

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

ABRIL/JUNHO 1994 • BRASÍLIA • ANO 31 • Nº 122

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 122

abril/junho — 1994

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor



SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal — 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência — 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora — 1964-1988

ISSN 0034-835-x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Anexo 1, 22.º andar

Praça dos Três Poderes

70.165-900 – Brasília, DF

Editor

Diretor João Batista Soares de Sousa

Diagramação

João Evangelista Belém

Editoração Eletrônica

Angelina Almeida Silva e Mário Simões

Impressão

Centro Gráfico do Senado Federal

Capa

Paulo Cervinho e Cícero Bezerra

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA ano 1- nº 1- mar. 1964-. Brasília, Senado Federal.
v. trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº 11-33, publ. pela Diretoria Informação Legislativa; ano 9-, nº 34-, publ. pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódicas. I. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. II. Sousa, João Batista S. de, dir.

CDD 340.05

CDU 34(05)

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 122 • abril/junho — 1994

| | |
|---------------------------------|---|
| Sílvio Meira | Presença e ausência de Rui na Constituição de 1988 5 |
| Clóvis Ramalhete | Pontes de Miranda e sua concepção do Direito 15 |
| Raul Machado Horta | O meio ambiente na legislação ordinária e no Direito Constitucional brasileiro 21 |
| Carlos Alberto Bittar | O direito de autor nos limiares do século XXI 33 |
| José Luiz Quadros de Magalhães | As garantias dos direitos fundamentais 41 |
| João de Lima Teixeira Filho | A organização sindical na Constituição Federal de 1988 47 |
| Vitor Rolf Laubé | Licitação pública (inovações decorrentes da Lei nº 8.666) 61 |
| Carlos Alberto da Costa Dias | Retenção por benfeitorias 73 |
| Antônio Souza Prudente | A lei injusta e sua inconstitucionalidade substancial no Estado democrático de direito 79 |
| Fernando da Costa Tourinho Neto | Prisão provisória 87 |
| Inocência Mártires Coelho | O acusado e seu defensor — a garantia da ampla defesa e os recursos a ela inerentes 103 |
| René Ariel Dotti | Anteprojeto do Júri 111 |
| Orides Mezzaroba | O partido político: concepção tradicional e orgânica 133 |
| Isabel Vaz | O contexto jurídico-constitucional do Mercosul 145 |
| Ricardo Antônio Lucas Camargo | Breves apontamentos sobre a presença do pensamento hobbesiano na hodierna concepção de segurança 155 |
| Maria Claudia Crespo Brauner | Problemas e perspectivas da adoção internacional em face do Estatuto da Criança e do Adolescente 169 |
| Marcelo L. Ottoni de Castro | A educação de massa e o princípio do ensino compulsório: origens, expansão mundial e a realidade brasileira 183 |
| José Mendonça de Araújo Filho | Revisão constitucional 197 |
| Sálvio de Figueiredo Teixeira | A efetividade do processo e a reforma processual 205 |
| Torquato Jardim | A tridimensionalidade da descentralização do Es- |

| | |
|-----------------------------|---|
| | tado brasileiro 215 |
| Edivaldo M. Boaventura | União, Estados, Municípios e os sistemas de educação 225 |
| Paulo Borba Casella | Dimensão constitucional da integração econômica 243 |
| José Reinaldo de Lima Lopes | Judiciário, democracia, políticas públicas 255 |
| Arnoldo Wald | Novos aspectos da concessão de obras e do seu financiamento 267 |
| Antônio Carlos Wolkmer | Direitos políticos, cidadania e a teoria das necessidades 275 |
| Edward D. Re | Stare Decisis 281 |
| Maurício Godinho Delgado | O modelo sindical brasileiro e a revisão da Constituição de 1988: o debate sobre as "cláusulas pétreas" 289 |
| Teori Albino Zavascki | Eficácia social da prestação jurisdicional 291 |
| Gilmar Ferreira Mendes | Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem 297 |
| Antonio Beristain | Un Derecho de la víctima: el Proceso en "conviction-sentencing" 303 |

Presença e ausência de Rui na Constituição de 1988

SÍLVIO MEIRA

Quando se comemorou o 1.º centenário de nascimento de Rui Barbosa, a 5 de novembro de 1949, tivemos oportunidade de proferir conferência na Assembléia Legislativa de nosso Estado sobre o tema Rui Barbosa — *A Constituição Republicana. O Código Civil. O Conceito de Liberdade.*

Àquela altura, sob a vigência da Constituição Federal de 1946, procuramos demonstrar a enorme influência de Rui na confecção da Carta de 1891 e a sua repercussão, anos afora, nos Textos de 1934 e 1946. Alguns juristas seguiram a nossa esteira em congresso na Bahia (1949).

Mudaram os tempos. Substituíram-se as constituições e hoje em dia vemos a nossa Nação regida por uma nova Carta Política, promulgada a 5 de outubro de 1988.

Cabe a pergunta, parodiando o célebre poeta: — mudaram as constituições ou mudamos nós?

Substituíram-se os preceitos, mas também se transformaram as condições sociais, a "natureza das coisas", como diria Montesquieu, de que as leis são as relações necessárias, e, sobretudo, mudaram os homens.

A mitologia antiga criou as figuras imaginárias dos gigantes. Os gregos em tudo viam gigantes: Adamastor, Atlas, Hércules, Ciclopes e Titãs. As culturas românicas assimilaram os conceitos gregos e quando se quer dizer que alguém é notável diz-se ser um *Titã*, se é poderoso é um *Hércules*. Adamastor está entre as figuras míticas de Camões — Canto V, 51: "Fui dos filhos aspérrimos da terra/...chamei-me Adamastor."

Ao lado dos gigantes, utilizados pela me-

Sílvio Meira é Professor Catedrático de Direito Romano; ex-Senador suplente

Conferência pronunciada na Fundação Casa Rui Barbosa, RJ, em 24-11-93.

táfora para simbolizar os grandes da pátria, há também os anões, muito comuns na mitologia nórdica e nos contos árabes. O demônio de Hans Sachs, nas terras germânicas, era um anãozinho esperto e safado. Goethe, na sua preocupação demonológica, põe em realce a diferença entre uns e outros, na variedade fáunica dos diabos de todas as categorias.

Todas as pátrias têm os seus gigantes e os seus anões.

Plutarco preferiu chamar aos primeiros “varões”, cantados por Virgílio: *Arma virumque cano*. Canto as armas e os varões. E Camões: “As armas e os varões (ou barões) *assinalados*” e por Augusto Meira, aos quais chama “heróis”, à maneira de Carlyle e Emerson: “As armas cantarei troféus e heróis...” (Brasileis).

Rui Barbosa, embora de pequenas proporções físicas, pertence à categoria dos gigantes da Pátria, aqueles que a carregam nos ombros e não permitem que desapareça. Em nosso passado, *irmana-se* na grandeza a Caxias e a Rio Branco, a Cairu e José Bonifácio e a outros gigantes da Pátria, como Mauá e Rondon.

O conceito, todavia, não é físico, mas moral. Há gigantes morais em corpos franzinos. Na tradição hebréia, Golias, gigante físico, foi derrotado pelo minúsculo Davi, gigante moral.

Rui Barbosa pertencia à raça dos gigantes morais. Aqueles que, no nascedouro das nacionalidades, são os seus maiores epônimos — os Pais da Pátria —, como o foi Andrés Bello, no Chile, e o foram Lincoln e Washington, nos Estados Unidos.

Daí decorre a sua projeção histórica, a sua sombra longa que se estende sobre o panorama imenso da Pátria, à proporção que esse panorama se projeta para o futuro. Eis a razão que nos traz a esta tribuna, nas comemorações de seu nascimento (ocorrido a 5 de novembro de 1849) e dentro na sua própria casa, em que viveu horas de inquietação e de angústia sobre os destinos da nacionalidade. As suas estantes, os seus livros, os seus objetos de uso diário, as paredes desta casa, guardam a memória de sua intensa vida, fazendo-nos lembrar os versos de Cassiano Ricardo, quando diz, referindo-se a outra personalidade: “Quem morreu não foi ele/ foram as coisas, que deixaram/ de ser vistas pelos seus olhos”.

Decorrido mais de um século da promulgação da Constituição Republicana de 1891, ele parece ainda estar presente no texto que nos rege, muito embora se possa dizer que existe *uma presença e uma ausência* de Rui Barbosa na Constituição de 1988. *Presença* em muitos institutos jurídicos ainda vigentes, embora transformados pelo tempo, e *ausência*, lamentável ausência, não apenas nos textos, mas nos hábitos, nos costumes políticos, nas práticas parlamentares.

Devemos ser objetivos. Tentaremos, tanto quanto possível, demonstrar a tese que adotamos: Onde a presença de Rui na Carta que Ulysses Guimarães chamou “cidadã” e “Constituição-coragem”.

“Diferentemente das sete constituições anteriores — escreveu Ulysses no seu estranho “prefácio” — começa com o homem.”

Não, não começa com o homem. Começa com a federação. Di-lo o artigo 1.º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal...”

A opção pela República e pela Federação não é obra do acaso, mas o fruto de uma longa tradição que antecede a proclamação de 89 e na qual está sempre presente a palavra de Rui. Este dizia ter sido federalista antes de ser republicano. A História do Império, com as revoluções nele geradas, sempre se fizeram em torno de tais sonhos. A Inconfidência Mineira; 1817 e 1824, no Nordeste; os farroupilhas e outras pretensões ousadas, aqui e ali, todas elas falam em implantar uma república no Brasil. Rui, porém, foi o grande intérprete e executor quando, ao lavrar o Decreto n.º 1 do Governo Provisório, ali cristalizou a idéia da república federativa, constituída de províncias “reunidas pelo laço da Federação... constituindo os Estados Unidos do Brasil...” Esse laço da federação, a que se referia o decreto, possuía atrás de si uma longa história, que pode entroncar-se nas raízes romanas do *foedus* (*foedus aequum* e *foedus iniquum*), nas *civitates foederatae*, que aquele povo instituiu, com finalidade de paz e de guerra. O decreto, porém, como bem o salienta Aureliano Leal, dizia erradamente: *legítima soberania* (art. 3.º).

É elementar, em Direito Constitucional, a distinção entre *soberania* e *autonomia*, aquela integrante das nações livres ou confederadas, esta das que são federadas, ligadas pelo “laço” federativo. Mais tarde, vemos renascer a pala-

vra soberania em pronunciamentos de Campos Sales. Perigosa palavra, que traz em si o vírus do separatismo.

A República federativa foi proclamada provisoriamente. E esse provisório haveria de durar um século, na expectativa de um plebiscito (art. 7.º).

O uso indevido da palavra soberania no artigo 3.º foi logo apagado pelo texto do artigo 5.º onde se lê: "Os governos dos Estados *federados* adotarão com urgência todas as providências necessárias para a manutenção da ordem e da segurança públicas, defesa e garantia da liberdade e dos direitos dos cidadãos, quer nacionais, quer estrangeiros."

É bem verdade que, doutrinariamente, o federalismo assume numerosas e variadas formas. O de Rui não seria rigorosamente idêntico ao que se proclama hoje em dia. O jurista francês Raoul de La Grasserie aponta nada menos de 25 estruturas federalistas, de acordo com as épocas, a geografia e os costumes dos povos.

Como bem salienta Paulo Bonavides (*Política e Constituição*, Forense 1985, p. 5): "o modelo dualista — União e Estados — da Constituição de 1891 quase ignorava por conseguinte a participação da esfera local ou municipal. A menção ao Município naquele documento federativo é fugaz e rápida. Consta em um único artigo, onde se diz que os Estados se organizarão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse".

O tema é polêmico e merece, por sua vastidão, um estudo especial. Fala-se hoje em *federalismo solidário*, em *federalismo regional*, tendo em vista os blocos sócio-econômicos que se desenvolvem: Nordeste, Norte, Centro-Oeste, Centro-Sul, etc.

O próprio municipalismo adquire novas feições, em contraste com a simplória definição da Carta de 1891.

Apesar de todas essas modificações e até distorções, o assinalável é que os dois pilares de nossa organização política — a República e a Federação — se incorporaram ao Decreto n.º 1 e à Constituição republicana pela mão de Rui Barbosa. E até hoje causam polêmica. Até hoje sobrevivem. Não faltaram tentativas no sentido de transformar esta Nação em confederação, com as constituições estaduais ultrapas-

sando os limites federativos e estabelecendo até Ministérios das Relações Exteriores e da Guerra. O Ceará chegou a ter um Ministro da Guerra, Major Manuel Bezerra de Albuquerque e um das Relações Exteriores, Joaquim Catunda (v. Barão de Studart, *Datas e Fatos para a História do Ceará*, Fortaleza, 1929, pp. 3 e 4, e Paulo Bonavides cit., p. 6).

Copiosa é a produção de Rui Barbosa em torno dessas idéias e dessas realidades.

Bem sabemos que as idéias, como as nuvens, tomam mil aspectos diferentes, nos céus da história. Espírito polêmico, Rui mesmo às vezes admitia revisão em seu pensamento e propunha mutações substanciais. O texto de 1891, em que sua pena esteve permanentemente presente, mereceu observações suas quanto à reforma e adaptação aos novos tempos. Pregou a reforma constitucional.

Toda constituição deve repousar sobre uma realidade social. E essa realidade, por sua vez, repousa sobre outra mais densa e profunda, a realidade econômica e esta tem a seu lado a realidade financeira.

Consideramos a partilha tributária, o sistema circulatório do organismo do Estado, como o sangue, levado pelas veias e artérias inunda e alimenta os corpos vivos.

Partilha tributária e federação estão intimamente ligadas, são entidades inseparáveis. Maior ou menor autonomia depende muitas vezes de maior ou menor receita de tributos. O povo participa intimamente desse fenômeno orgânico, contribuindo com o seu trabalho e os seus lucros para a sustentação da formidável máquina estatal, *o mais frio dos monstros frios*, no dizer de Friedrich Nietzsche.

O pensamento de Rui está também presente em todas as constituições brasileiras, inclusive na atual, em vários tópicos relacionados com a tributação. No artigo 9.º da de 1891, proibiu os Estados tributarem de qualquer modo ou embarçar com qualquer dificuldade ou gravame regulamentar ou administrativo, atos, instituições ou serviços estabelecidos pelo governo da União. E no artigo 10 vedou a cobrança de impostos interestaduais nocivos à vida econômica dos Estados. E, finalmente, no artigo 11 manteve a supremacia da União nos assuntos que pertencem concorrentemente ao seu governo e aos dos Estados.

Esses três artigos (9.º, 10 e 11) são um espelho da partilha tributária, que se vem aper-

feijando ou deteriorando, através dos anos nas Cartas de 1934, 37, 46, 67, 69 e 88, com passagem, antes pela revisão constitucional de 1926. Os chamados impostos de trânsito (art. 11, §1.º) constituem teimosa pretensão de muitas unidades federativas, que tentaram ultrapassar os limites da simples autonomia, adotando uma postura de soberania. Até hoje essa luta eclode em nosso País, disfarçadamente embora. A discussão em torno do Imposto de Circulação de Mercadorias, que favorece alguns grandes Estados em evidente prejuízo de pequenos Estados consumidores, é um exemplo a ser bem examinado.

A Carta atual, em seus arts. 150 a 152, sob a rubrica das Limitações do Poder de Tributar, é bem um espelho das sugestões de Rui. O art. 150 veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios "estabelecer limitações ao tráfego (a Carta de 1891 falava em *trânsito*) de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo poder público".

Consideramos aqueles três artigos da Carta de 1988 um dos melhores aspectos desse diploma. Neles se repetem conceitos seculares, advindos do apostolado de Rui Barbosa: exigir ou aumentar tributos sem leis que os estabeleçam; instituir tratamento desigual entre contribuintes; cobrar tributos em relação a fatos ocorridos antes do início da vigência das leis; cobrá-los no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu; instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros; templos de qualquer culto, patrimônio, renda ou serviços de partidos políticos; livros, jornais, periódicos, e o papel destinado à sua impressão, etc.

É bem verdade que nem tudo é de Rui. Seria exagero afirmá-lo. Muitas idéias foram apenas por ele transmitidas, extraídas da Constituição americana ou inspirados por ensinamentos de tratadistas anglo-saxões.

Dele, porém, é a essência. A inspiração. O sentimento. A propulsão. A força geratriz.

Se pudéssemos, por um passe de mágica, apagar da história constitucional brasileira a figura de Rui, restaria um enorme vazio, de impossível suprimento.

Quando a Carta atual, em seu art. 142, dá ao Presidente da República o comando supremo das Forças Armadas, nada mais faz do que

atualizar o que se continha no art. 48, §§ 3.º e 4.º da Carta de 1891.

No que se refere ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, numerosos preceitos do Capítulo V, Seção III, registram a presença de seu autor. É digna de menção, todavia, a discrepância entre o art. 56, de 1891 ("O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de 15 (quinze) juizes, nomeados na forma do art. 48, 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado"), e o art. 101, decorrido um século ("O Supremo Tribunal Federal compõe-se de 11 (onze) ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, de notável saber *juridico* e reputação *ilibada*").

Não podemos afirmar se a redação de 91 tentou ampliar o campo de escolha, permitindo que mais tarde Floriano, afoitamente, procurasse nomear médicos e generais para a Suprema Corte, ou se seria esse preceito um retrocesso à prática romana da república de entregar o julgamento das causas, no processo formular, não a juriconsultos, mas a homens notáveis daquela época, mesmo leigos.

Quando a Carta atual preceitua que "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição", dá-lhe uma altitude só comparável à prática norte-americana, em que, no passado, pontificou Marshall e que Rui procurou transferir para o Brasil, mais com os olhos no céu do que com os pés na terra.

No art. 59, ficou estabelecido a vasta competência do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Presidente da República nos crimes comuns e dos ministros de Estado nos crimes comuns e de responsabilidade; dos ministros diplomáticos; das causas e conflitos entre a União e os Estados ou entre estes uns com os outros; dos litígios e das reclamações entre nações estrangeiras e a União e os Estados; dos conflitos dos juizes ou tribunais federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos juizes e tribunais de um Estado com os juizes e tribunais de outro Estado; julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juizes e tribunais federais, e finalmente rever os processos findos, em matéria-crime.

Preceito ruiano é o do § 1.º do art. 59 citado: "Das sentenças das justiças dos Estados em

última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal”. Quando a Carta atual declara, art. 25, § 1.º: “São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”, nada mais faz do que repetir o § 2.º do art. 65 da de 1891: “Em geral todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.”

A abolição da pena de morte (art. 5.º, XLVII, a) foi incluída por Rui no art. 73, § 22, da Carta de 1891.

Caracterizou melhor o *habeas corpus* no art. 91, § 23, ampliando essa garantia aos casos de “ilegalidade ou abuso do poder ou iminência evidente desse perigo”.

Garantiu, no art. 2.º, parágrafo único, das Disposições Transitórias, as patentes, postos, cargos inamovíveis, concessões e contratos outorgados pelo Governo Provisório. Admitiu a reforma da Constituição, mediante iniciativa do Congresso Nacional ou das legislaturas dos Estados, no art. 86. Proibiu projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa ou a igualdade de representação dos Estados no Senado. Firmou a competência do Judiciário para “decidir a constitucionalidade das leis”. Tornou o Senado tribunal de justiça “presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal para julgar o Presidente da República”. Atribuiu exclusivamente à Justiça Federal decidir sobre crimes políticos. Estabeleceu o processo de execução das sentenças e ordens da magistratura federal. Fixou a preeminência dos tribunais federais. Não tolerou ao Estado recusar fé a documentos públicos da União e rejeitar a moeda nacional. Concedeu ao estrangeiro a capacidade de ser elegível aos postos municipais. Fixou o princípio de que o castigo não deve passar da pessoa do delinqüente (v. conf. de n. autoria, 1949 e H. Pires).

A Constituição de 1946 repetiu muitos preceitos provindos da de 1891 e que foram de autoria de Rui. Entre eles o do art. 17, redação do próprio Rui: “É vedado ao Governo Federal criar distinções e preferências em favor dos portos de uns contra os de outros Estados, mediante regulamentos comerciais ou fiscais”.

Onde, porém, Rui parece ter marcado de maneira mais profunda a consciência nacional é na defesa dos direitos fundamentais do homem, o culto da liberdade, através de sua

atuação, não apenas como constituinte, mas, também, como jornalista, orador e advogado.

Em um de seus mais veementes escritos faz alusão ao “exercício viril do direito” e tece um hino à liberdade porque — diz ele — “no fundo da minha consciência eu te vejo incessantemente como estrela no fundo obscuro do espaço”. Dizia mais que “a natureza impregnou dos teus elementos a substância do meu ser”. Na sua arrebatada oratória compara-se a Davi diante de Golias: “ousei pôr na funda do jornalista pequenino a pedra, de que zombaram os gigantes”. Embora republicano e federalista, reconheceu logo que aquela não era a república dos seus sonhos: “quando a república principiou a desgarrar do teu rumo, enchi do teu clamor a imprensa, o parlamento, os tribunais”.

Quem lê o art. 5.º, com seus 77 incisos, da Constituição atual, referente aos direitos e deveres individuais e coletivos, ali vislumbra, enumerados de forma tão derramada, a presença inegável daquele que sempre lutou por tais princípios.

O *caput* do art. 72 da Carta de 1891 assegurava a brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Compare-se com o *caput* do art. 5.º vigente, no qual se garantem aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Dois novos vocábulos aqui se incluem: *vida e igualdade*. O direito à vida parece dirigir-se diretamente à proibição do aborto e o direito à igualdade é uma redundância, uma vez que, em ambas as constituições, todos são iguais perante a lei (art. 5.º, na de 1988, e 72, § 2.º, na de 1891).

Na rubrica do Capítulo I do Título II da Carta em vigor, há uma ampliação de conceitos ao se colocarem os deveres ao lado dos direitos. Textualmente: *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*.

Não há propriamente originalidade nessa inovação. Quando se elaborou a Constituição Política do Estado do Pará, de 1947, tivemos oportunidade de apresentar emenda, que se transformou nos artigos 127 e seguintes. Título XII: *Da Declaração de Direitos e Deveres*. Art. 127: “São deveres individuais e sociais a obediência à lei, o trabalho honesto, o respeito recíproco e o amparo à família.”

Não temos a pretensão de querer reivindi-

car para nós o alto papel de precursor em matéria de tal altitude, mas a verdade é que, no elenco de constituições estaduais então promulgadas em todo o país, aquela foi a pioneira. Eramos, então, presidente da Comissão que elaborou o projeto constitucional e líder da maioria.

A nossa justificação foi longa, demonstrando que, ao lado dos *direitos* devem ser previstos *deveres*, para que haja equilíbrio nas relações humanas. Direitos, só direitos, sem deveres, importa numa hipertrofia de medidas protecionistas do indivíduo ou de uma coletividade. Há, talvez, uma superabundância de direitos na longa enumeração constante do art. 5.º, em 77 incisos. Há também outra redundância. Dizer que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações é legislar sobre o óbvio. Já o *Código Civil*, em seu artigo 2.º, declarava, desde 1917, que todo *homem* é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. Homem, aí, seguindo a velhíssima tradição romana, tanto é o ser do sexo masculino, como o do feminino. Falar em homens e mulheres é pouco técnico e vulgar, (I). *Hominis appellatione tam foeminam quam contineri non dubitabatur* (D. 50. 16 fr. 156 Gaio). Também dizer que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei é princípio tradicional de nosso direito, que já se tornou lugar-comum. (II). O mesmo pode dizer-se do inciso III referente à proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante. Esta é uma tradição não apenas legal e constitucional, mas latente na consciência de todos os brasileiros, mas sempre violada, sempre conspurcada, em todos os tempos, no Império e em todas as repúblicas, velhas ou novas. Ainda há pouco tempo os jornais noticiaram casos de tortura ocorridos em Anápolis. E nada mais degradante do que o tratamento que se dá a milhares de presos nas penitenciárias, seres humanos, embora delinquentes, amontoados como animais em jaulas. Acreditamos que seria o caso até de requerer-se ao Supremo Tribunal Federal um *habeas corpus* coletivo para todos os presos retidos em condições subumanas em nossas penitenciárias, sem saúde, sem assistência, sem alimentação adequada, sem condições de sobrevivência. Vivemos em uma sociedade hipócrita, com leis e constituições hipócritas, em que o *Ego* dos homens públicos se satisfaz com a pomposa declaração nos textos constitucionais de que todos são iguais pe-

rante a lei e é proibida a tortura e o tratamento desumano e degradante.

Chegamos, então, ao ponto a que chegou o jurista francês Lambert, de que as leis no Brasil nada mais são do que declarações de boas intenções, que nunca se transferem para a realidade. De que adianta escrever tantas coisas belas em textos que não são cumpridos, quando milhares de seres humanos apodrecem entre as grades, mendigos e crianças povoam as nossas praças e ruas, mata-se, tortura-se, humilha-se? Há uma distância muito grande entre *lei* e *realidade* e quando falamos em *lei* incluímos, genericamente, na categoria, as *constituições* de todos os tempos.

Os 77 incisos do art. 5.º da Carta atual são, em grande parte, a repetição mastigada de preceitos do passado, especialmente da *Constituição do início da república*, de que participou tão intensamente Rui Barbosa. Mas Rui Barbosa não podia fazer tudo, ser profeta e executor, ser arauto e meirinho, indicar rumos e executá-los num país de contraditória vocação totalitária, que gerou tipos estranhos e autoritários, que chegaram a alcançar a Presidência. E o pior não é isso. Os antigos poderiam ser violentos, mas eram probos. Mais recentes, ao lado da violência bruta aliam um outro ingrediente: a improbidade. Ímprobos sob a bandeira de reformadores e salvadores do povo. A velha fábula do lobo com pele de cordeiro, que atravessa os séculos, encantando as crianças e apavorando os adultos.

Para que tantos direitos se não temos direitos?

Vicente Ráo, eminente jurista, escreveu um livro interessante: *O Direito e a Vida dos Direitos*. Ele mesmo, Ráo, foi vítima de ataques de adversários, que o chamavam "ministro da ditadura". No Brasil, infelizmente, a ditadura é como a lepra nervosa, que se esconde por baixo da epiderme, mas está viva, destruindo o organismo. Façam-se bonitas leis e o pobre povo ficará encantado. Muita gente acreditava que, com a promulgação da Carta de 1988, iriam correr rios de leite, surgiriam empregos para todos, uma nova era se abriria nos horizontes da pátria. E o que vimos e vemos: a Bahia, berço de Rui e Teixeira de Freitas, a gloriosa Bahia, hoje em dia, berço de alguns saltadores da pátria, expostos à execração pública pela CPI do Orçamento.

Estas palavras de fogo são necessárias, quando se trata de homenagear a memória de

um homem que combateu como ninguém as violências, o arbítrio, a improbidade: RUI

Seguindo-se na análise dos incisos do art. 5.º — que Rui chamaria de “rabilongo” —, vemos o de número IV, que assegura a livre manifestação do pensamento. Isso já estava no texto de 1891, com mais abundância até: art. 72, § 12: “Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos excessos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.”

As leis, neste país, muito bem redigidas, ficam soterradas pelo tempo e vez por outra ressurgem em novos textos, que logo caem em esquecimento. Parece haver uma certa indolência coletiva, que despreza seus próprios direitos, produto — quem sabe? — da estranha mestiçagem?

Goethe escreveu certa vez que a liberdade deve ser conquistada dia a dia. O que passou, passou. Quando surge novo sol e nova aurora é preciso que o homem se reafirme numa atitude viril de reação em defesa de seus próprios direitos ameaçados.

O inciso V da Carta atual prevê o direito de resposta e o VI a liberdade de consciência e de crença e o livre exercício dos cultos religiosos. A de 91, já no art. 72, § 3.º: “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.”

Como é fácil verificar, quase todos os incisos do art. 5.º da Carta de hoje possuem um ancestral na de 1891 e que, às vezes, já provinha da Constituição imperial de 1824. Fastidioso seria comentar um a um tais dispositivos, bastando reproduzir os mais importantes.

O IX prevê a livre expressão da atividade intelectual, que se entronca historicamente no § 26 do art. 72 da de 1891: “Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.”

É o célebre Direito Autoral (expressão criada por Tobias Barreto), malsinado direito autoral, tão belamente legislado e tão execravelmente violado neste país. Já a Carta imperial

trazia preceito a respeito. No início da república a chamada Lei Medeiros de Albuquerque procurou disciplinar-lhe o exercício. Com o passar dos tempos toda a legislação piorou, vindo a culminar com a absurda lei de 1973, que nada protege, a não ser o interesse de seus violadores. Convenções internacionais são assinadas e descumpridas. Na prática de todos os dias autores e criadores de obra de arte são “passados para trás”, como se diz na linguagem popular. Até quando? Criou-se um Conselho de Direito Autoral, que um famigerado governo extinguiu, não faz muito tempo.

Os incisos X e XI protegem a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e a casa, asilo inviolável do indivíduo. Tudo isso vem sendo violentamente agredido por alguns espetáculos de televisão vulgares, grosseiros e imoralíssimos, que penetram nos lares, assustam as crianças e ofendem os adultos. Há nessa prática um contingente considerável de produções estrangeiras, especialmente norte-americanas, enlatados feitos para corromper os costumes. Como combatê-los, se os misseis americanos estão apontados para todos os continentes?

Já a Carta de 1891, inciso 11.º do art. 72 dizia que “a casa é o asilo inviolável do indivíduo: ninguém pode aí penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos em lei”.

Eis aí a novidade velha da Carta atual, repetidora, nem sempre feliz, do que já foi dito e proclamado em textos, muitos eles, da lavra de Rui Barbosa.

O atual inciso XII, sobre a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, encontra o seu ancestral histórico no § 18 do art. 72 da Constituição republicana, com a redação enxuta tão ao gosto de Rui: “É inviolável o sigilo de correspondência.”

O inciso XIII da Carta em vigor, quando diz “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, é um filho histórico do parágrafo 24 (72): “É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.”

E dessa forma vamos confrontando o texto de hoje com o texto de ontem e encontrando as raízes seculares, muitas delas ali plantadas por

Rui Barbosa e vigorosas até hoje: a livre locomoção (inc. XV), o direito de reunião pacífica (XVI), a garantia do direito de propriedade (XXII). A Carta de 1891 dizia, no § 17 (72) “o direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.” Aqui e ali, o diploma em vigor avança um pouco quando estabelece que é assegurado a todos o acesso às informações (XIV) ou firma que a propriedade exercerá a sua função social (XXIII); ou ainda quando exclui da penhora a pequena propriedade rural ou mesmo quando estabelece o óbvio, garantindo o direito de herança (XXX), matéria de direito civil. Acrescenta também, quando assegura a defesa do consumidor (XXXII).

Todas essas aparentes novidades, enumeradas na Carta atual, já se continham, implicitamente, em um só preceito, no texto de 1891: (art. 78) “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.” A diferença entre os dois diplomas reside apenas na vasta enumeração, em 77 incisos, de muitos direitos decorrentes do regime e da legislação ordinária. Outros poderiam ser acrescentados, dando a impressão de que o diploma de 1988 é mais amplo na concessão de direitos a *individuos e coletividades*. Procurando ampliar, enumerando, colocou numa camisa-de-força tantos direitos.

O inciso XXXIV: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Ou do inciso XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. São preceitos que vêm de longe e que se enquadram nas prescrições históricas republicanas. Igualmente, a proibição de tribunais de exceção (XXXVII), que a Carta de 1891 assegurava: “31 (72) é mantida a instituição do júri”, “livre exercício”, a “lei assegurará”, etc. os preceitos sobre direito penal (XXXIX, XL, XLI), já estavam no texto revisto por Rui Barbosa: “ § 19 — Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente; § 20: Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial; § 21: Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra”.

§ 15 — Ninguém será sentenciado. senão

pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada; § 14 — Ninguém será conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado a prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea, nos casos em que a lei a admitir; § 16 — “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa” e assim por diante.

A atual Carta introduziu uma inovação quanto ao racismo, considerado crime inafiançável e imprescritível. Inovou também quanto à prática do tráfico ilícito de entorpecentes, ao terrorismo e aos crimes hediondos (XLIII). As especificações do inciso XLVIII são mais do campo da lei ordinária do que propriamente do âmbito constitucional. A abolição da pena de morte, das de caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento, cruéis (XLVII) já estavam no texto de 1891.

Um inciso importantíssimo e não levado em conta na realidade é o XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.” Pura hipocrisia legislativa.

Assim seguem-se as enumerações, até atingir o número 77. De permeio algumas inovações como o *mandado de injunção* e o *habeas data*, cuja aplicação objetiva parece não vir dando muitos frutos. Onde, de fato a Carta de 1988 adquiriu amplitude foi no Capítulo II — Dos direitos sociais, e no Capítulo IV — Dos direitos políticos, e ainda no Título VII — Da ordem econômica e financeira.

Compreende-se.

A Carta de 1891 era mais uma estrutura de natureza jurídica como todas as Cartas mundiais. Os grandes eventos que abalaram o Século XX, como o fortalecimento da classe operária, o êxodo rural e as migrações internas, as lutas de categorias sociais, ainda não se haviam definido suficientemente. A partir da 1.^a Guerra Mundial, mais especificamente da Constituição de Weimar, de 1919, as constituições deixaram de ser arcabouços jurídicos para receberem em seu bojo preceitos de natureza econômica e social. Um espelho da sociedade, sem dúvida.

Rui, porém, em escritos pela imprensa e em orações de toda natureza já abordara quase todos esses temas que estavam fora do texto constitucional, mas que, na realidade, eram objeto de suas preocupações. Os juristas da época — entre eles Inglês de Souza — muito se interessaram pelas questões sociais e luta-

ram pelas reivindicações dessa natureza.

Como é fácil verificar, a presença do pensamento de Rui está sempre viva.

Muitos outros assuntos, de interesse vital, podem ser comuns às Cartas de 1891 e de 1988, como o estado de sítio (art. 80/1891; art. 138/1988); Forças Armadas (art. 14/1891; art. 142/1988); liberdade de imprensa (art. 72/1891; art. 220/1988); instrução pública (art. 72, inc. 6.º/1891; art. 205/1988); tributação federal (art. 7.º/1891; art. 153/1988); competência do Presidente da República (art. 48/1891; art. 84/1988); competência do Congresso Nacional (art. 34/1891; art. 48/1988); composição do Senado (art. 30/1891; art. 46/1988); competência privativa da União (art. 34/1891; art. 22/1988); intervenção federal (arts. 5.º e 6.º/1891; art. 34/1988); autonomia dos Estados (art. 63/1891; art. 25/1988); composição do Senado (art. 30/1891; art. 46/1988); votos (art. 47/1891; art. 14/1988); soberania popular e cidadania (art. 69 e ss./1891; art. 14/1988); propriedade (art. 72/1891; art. 5.º/1988); *habeas corpus* (art. 72, 22/1891; art. 5.º, XLVIII/1988); liberdade e prisão (art. 72, 13 e 14/1891; art. 5.º XL, LXI e LXVII/1988); retroatividade da lei penal (art. 11, 3/1891; art. 5.º, XL/1988); júri (art. 72, 31/1891; art. 5.º, XXXVIII/1988); brasileiros e estrangeiros (art. 72/1891; art. 5.º, XV, XXIX, XXXI/1988); liberdade de expressão (art. 72, 24, 26/1891; art. 5.º, IX/1988); órgãos da soberania nacional (art. 15/1891; art. 2.º/1988).

Fazendo-se um confronto, chega-se à conclusão que, em certos casos, a redação de 1891 era melhor, mais segura, mais enxuta. Assim ocorre no que diz respeito à proibição de leis retroativas, em que o texto atual alude a leis penais, que só podem retroagir para beneficiar o réu: enquanto a Carta de 1891 dizia simplesmente: "Art. 11 — É vedado aos Estados, como à União... 3.º) Prescrever leis retroativas." O mesmo pode dizer-se com relação à liberdade de expressão. A redação de 1891 (art. 72, 24, 26) parece-nos mais precisa e pura.

Enquanto a Carta de 1891, sob a censura de Rui Barbosa, apresenta pureza e linguagem, pureza que ele imprimiu também ao Código Civil, que entrou em vigor a 1.º de janeiro de 1917, a Constituição atual às vezes é prolixa e claudicante.

Não podemos negar, todavia, repetindo o que já foi dito antes, que o diploma em vigor,

obedecendo às imposições da época, alargou os seus horizontes, prescrevendo normas sobre direitos do trabalhador, direitos da gestante, higiene e segurança do trabalho, acidentes de trabalho, isonomia salarial, administração pública, estabilidade do funcionário público, ordem econômica, ordem social e família.

O importante é saber se tão longos e abrangentes preceitos alcançam em profundidade o meio social, ou se valem apenas como belas intenções, ali insertas, com fins demagógicos.

Lamentavelmente, dos 245 artigos da Constituição de 1988, somados aos 70 das Disposições Transitórias, num total de 315, cerca de 110 (cento e dez) — talvez os melhores — são inaplicáveis por falta de regulamentação. Esta é uma Constituição não do *presente*, mas do *futuro*.

As expressões *a lei disporá, na forma da lei, até que a lei disponha, até que seja aprovada a lei* estão em toda parte. Mais de cem leis são aguardadas sobre os mais importantes assuntos. O povo espera com ansiedade esses diplomas. Cremos que nem em meio século esse Congresso conseguirá elaborar essa massa legislativa, que constitui o reclamo maior da sociedade.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 dispunha de apenas 91 (noventa e um) artigos, mais 8 (oito) das Disposições Transitórias. Em muitos dispositivos vem sendo repetida nas cartas posteriores até nossos dias. O que há de melhor nela foi introduzido pela pena de Rui Barbosa, apesar dos ataques que lhe faziam alguns contemporâneos, negando-lhe a paternidade de todo o diploma, entre eles Felisbello Freire, Carlos Maximiliano e Paulo de Lacerda.

Podemos repetir com seu biógrafo, o também baiano João Mangabeira: "Demais, nem Teixeira de Freitas e Lafayette reunidos, para só falar dos nossos juristas máximos, influíram tanto na preservação e no desenvolvimento do sentimento jurídico no ânimo do povo brasileiro como Rui, no curso do seu apostolado."

Impõe-se, todavia, uma observação final: assim como há uma presença de Rui Barbosa na Constituição de 1988, há também uma *ausência*: o culto do espírito público, a procura da verdade, aquele sentimento originário da raiz latina *pater*, o patriotismo, o amor à gleba natal, o entranhado desejo de vê-la grande e

respeitada.

Rui está fazendo falta a este país, onde os pigmeus proliferam, os ádvenas aventureiros dominam economicamente e o povo, o pobre povo, aparvalhado, a tudo assiste sem saber reagir, nem como reagir.

Só a educação e o exemplo poderão salvar este País.

Rui é o exemplo.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Rui — *Obras Completas*, Fundação Casa Rui Barbosa, Rio de Janeiro, RJ.

BONAVIDES, Paulo — *Política e Constituição*, Forense, Rio de Janeiro, 1985.

CAMÕES, Luís de — *Os Lusíadas*. Porto Editora, Portugal, 1990.

ECKERMANN, Johann Peter — *Gaspra-eche mit Goethe*. D. Buch-Gemeinschaft. Berlin. S. D.

FREIRE, Felisbelo — *História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*, Tipografia Aldina, Rio de Janeiro, 1894.

GRASSÉRIE, Raoul de la — *L'État Fédératif*. a. Fontemonig. Paris. 1897.

GUIMARÃES, Ulysses — *Prefácio à Constituição Federal de 1988*.

HAMILTON, Edith — *A Mitologia*, Pub. Dom Quixote, Lisboa, 1983.

LEAL, Aurelino — *História Constitucional do Brasil*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1915.

MARSHALL — *Decisões Constitucionais* (Tradução de Américo Lobo) — Imprensa Nacional, Rio, 1903.

MEIRA, Sílvio — Rui Barbosa. *A Constituição Republicana*. Imp. Nac. 1952.

MEIRA, Augusto — *Brasileis*. Ed. Pongetti. Rio de Janeiro. 1958.

NIETZSCHE, Friedrich — *Also Sprach Zarathustra* — Werke. Alfred Kroner Verlag. Leipzig, pp. 287 e ss. S.d.

PLUTARCO — *Vidas Paralelas. Vies des hommes illustres*. G. Charpentier Ed. Paris. 1885.

RICARDO, Cassiano — *Poesias Completas*. J. Olimpio. Rio, 1957.

STUDART, Barão de — *Datas e fatos para a História do Ceará*. Fortaleza, 1929.

Pontes de Miranda e sua concepção do Direito

CLÓVIS RAMALHETE

SUMÁRIO

1. A "Escola do Recife" e as fontes culturais de Pontes de Miranda. 2. O "Sistema Positivo da Ciência do Direito" contém prévia formulação doutrinária da obra futura de Pontes de Miranda. 3. O Direito na concepção de Pontes de Miranda. 4. A renúncia à Metafísica. 5. O comentarista das leis.

1. A "Escola do Recife" e as fontes culturais de Pontes de Miranda

Na história das doutrinas jurídicas no Brasil, a concepção do Direito, que Pontes de Miranda formulou, mostra-se fato singularíssimo. Só na aparência ela é autônoma. Por isso convida à indagação das suas origens. No caso de Pontes de Miranda, remontar ao passado e a partir da sua obra conduz a descobrir ainda acesa nele a centelha da velha, fertilíssima "Escola do Recife", construída sob o sopro do cientificismo dos fins do século XIX.

No século XX, Pontes de Miranda, tão livre e fecundo, revela-se um desdobramento da "Escola do Recife".

Suas maiores figuras iniciais encontram-se em Tobias Barreto e Silvio Romero. Desdobram-se em Bevilaqua, Artur Orlando, Martins Jr., Laurindo Leão, outros; e chegam a Pontes de Miranda.

A "Escola do Recife", agitada e violenta com Tobias Barreto e Silvio Romero, no entanto, depois tornou-se serena e cresceu com Clóvis Bevilaqua. Em Pontes de Miranda, ela veio a ganhar realização sistemática, inteiriça, entretanto mais abrangente do que em qualquer outro.

Nos conceitos e nas colocações de Pontes

de Miranda surpreendem-se os vestígios e flagram-se as marcas da sua ancestralidade cultural na "Escola do Recife". São certas expressões verbais ou entes de raciocínio e de especulação advindas do evolucionismo de Spencer ou dos conceitos de luta e adaptação de Darwin, personagens, crenças e mitos do que foi erigido pelas abstrações científicas ou filosóficas da "Escola do Recife". Inclui-se, entre os outros traços, a preferência de Pontes de Miranda pela cultura jurídica germânica — tal como em Tobias ou em Bevilacqua.

2. O "*Sistema Positivo da Ciência do Direito*" contém prévia formulação doutrinária da obra futura de Pontes de Miranda

O jurista Pontes de Miranda (1892-1979) produziu obra, que é singular em todo o mundo.

Começou, tinha 29 anos, por formular uma acabada concepção da Ciência do Direito (*Sistema Positivo da Ciência do Direito* — 1922). Mas não ficou aí. A seguir e até a manhã de 22 de dezembro de 1979, quando faleceu, ele se entregou a explanações sobre quase todo o Direito Positivo Público e Privado. Redigiu tratados de Direito dos diferentes ramos, e todos lhe saíram com alta qualidade. Mas ao concebê-los, o escritor, obediente, submeteu-se àquela teoria jurídica que ele próprio havia anunciado, qual um mestre de si mesmo.

Entre juristas, não há exemplo em todo o mundo de tão completa atividade. Nas belas letras, sim; Balzac profetizou a própria obra, a *Comédia Humana*, um painel por ele previsto da sociedade da sua época. Nas letras jurídicas entretanto não há outro caso, o do jurista que tenha antes enunciado uma visão geral e teórica do Direito, e depois passado a produzir dezenas de tomos sobre os vários ramos do Direito, todos em coerência com sua prévia teoria.

Ninguém no mundo como Pontes dentre seus pares em teoria do direito, depois de haver reduzido o Direito a mera essência teórica geral, ninguém, de Hegel a Kelsen ou de Savigny a Erhlich, nenhum outro teórico mostrou fôlego para prosseguir e ainda ir penetrar o mundo concreto do Direito estatuído.

Pontes de Miranda o fez, e superiormente.

Pontes de Miranda diferenciou-se dos demais filósofos e teóricos do Direito; e ultrapassou-os. Formulou sua singular concepção

científica do Direito, tendo-o como infenso à opinião e à vontade, pois para Pontes o Direito mostra ser um feito da natureza nas comunicações dos homens, um irmão da água, das árvores, dos pássaros, também produtos da natureza. Passou depois à análise dos diversos institutos jurídicos tal como os deparou nas leis.

Transitou, como senhor, por todo o Direito Privado e quase todo o Direito Público. E em cada qual de seus ramos acampou, soberano.

Pontes de Miranda elevou-se ao nível dos melhores do mundo, em Processo Civil (13 volumes) e em todos os temas do Direito Privado, o civil e o comercial (60 vols.), como em Direito Constitucional (7 vols.), dos "Comentários", e especializou uma concepção pessoal da classificação e do entendimento do "direito de ação" ("*Tratado das Ações*", 6 vols.).

É conseqüência natural da sua profundidade teórica o fato de os livros de Pontes de Miranda serem obras para uso de mentes maduras. Não obstante, sua linguagem é direta e quase coloquial. Para lê-lo, entretanto, há que a ele se chegar, já com os pressupostos do saber jurídico.

Veja-se que nos começos de sua vida de escritor, ia ele pelos 29 anos, e com os dois tomos do seu monumental *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, já em 1922 Pontes superava os grandes revisionistas de então, do positivismo jurídico, tais como Ripert, Erhlich ou Timascheff.

Cada qual destes mestres doutrinários havia cuidado apenas de aspecto parcial do Direito, ou o das fontes, ou o da insuficiência das leis, ou o da sua feição sociológica. Pontes porém deu uma conceituação não apenas do Direito, mas da Ciência dele, abrangente e integral.

Não obstante com ele ocorreu algo maior.

Aqueles grandes especialistas na Teoria do Direito esgotaram-se, cada qual deles, e acabada a formulação que trouxeram à discussão. Nada mais deram, esvaziados. Pontes porém ultrapassou a todos. Propôs sua concepção positiva da Ciência do Direito integrando-a no quadro das Ciências Naturais. Mas depois de fazê-lo, decidiu-se a gastar seus dias por mais de meio século, curvado à mesa, a escrever e a escrever. Versou então seguidamente vários ramos do Direito.

Com a visão geral da obra de Pontes de

Miranda, que tive a sorte de poder alcançar, tenho-o, por tudo isso, como um dos maiores juristas do Ocidente em sua época. Seguramente, em cada ramo positivo que explanou, Pontes alinhou-se entre os mais seguros tratadistas do seu tempo, no Direito Público e no Direito Privado.

É um caso que, só de conferi-lo, causa espanto.

Os processualistas o respeitam. Os comercialistas o acatam. Os civilistas o apontam à consideração. Mas cada qual destes especialistas reverentes logrou dominar apenas uma das regiões do Direito. Pontes de Miranda porém visitou todas elas. Penetrou-as como um senhor. A todas reuniu, integrou, fundiu, submetendo-as à sua concepção científica do Direito — tal como a havia ele anunciado, desde os seus primeiros anos de escritor, já consciente de um plano oceânico a ser por ele desdobrado em sistema enciclopédico do Direito Positivo brasileiro.

3. O Direito na concepção de Pontes de Miranda

Pontes acusou de não serem científicos o subjetivismo e o voluntarismo no Direito.

Repelia conceber-se o Direito como obra subjetiva e individual.

Pontes entendia que este idealismo individualista, provindo de Kant, era de estar sepulto. Desde Hegel, Savigny e Spencer, o Direito tinha passado a uma ótica positiva e evolutiva. Mas a fragilidade de pensar, cientificamente, o Direito dava alento às tendências subjetivas, entendia ele.

A contribuição original de Pontes de Miranda à teoria do Direito assenta na tentativa dele de resolutamente incorporar o surto do Direito ao próprio quadro dos fatos da natureza.

Para Pontes, a natureza, que gerou os homens, engendra o Direito nas comunidades humanas, como um processo de adaptação do indivíduo ao grupo. “O direito, fenômeno social, é processo de adaptação do homem à vida social” (*Sistema*, v.2, p. 49).

“Não é em princípios metafísicos, abstratos, que se deve fundar o Direito; nas realidades é que ele vive, porque é fenômeno objetivo como a queda dos corpos, o vôo dos pássaros, o curso dos rios e assim por diante” (*Sistema*, v. 2,

p. 51). “Na conciliação dos interesses coletivos como o dos indivíduos está a função do Direito” (op. cit., p. 50).

O Direito — segundo Pontes de Miranda —, por isso, não constitui uma categoria universal e nem imutável, pois ele guarda relação com o grupo que o gerou, modifica-se no tempo e é uma realidade objetiva, exterior ao indivíduo.

“O que se conclui — registrou Pontes, em um trecho que é exemplar de sua concepção estritamente objetiva e científica — é que o Direito não é somente produto da cultura, do capricho ou da prepotência; não podemos saber-lhe a natureza última como também não conhecemos a do mercúrio, a do ouro, a do rádio ou outro elemento. Mas está contido nos fenômenos do mundo; a cultura transforma-o, não o cria; como a vida, é propriedade da natureza, e da natureza com as suas leis eternas” (*Sistema*, v. 2, p. 43).

“Na conciliação dos interesses coletivos com os do indivíduo está a função do Direito”, pondera ele, em traço fundamental da sua visão objetiva do Direito. Ele descreve a elaboração natural do Direito como sendo uma atmosfera dos grupos humanos; e ainda que produto das mentes, uma espontânea exalação da convivência, e que é gerada pela natureza, como consequência imediata da racionalidade do homem.

Vêm da noite dos tempos, o homem e o grupo. Indivíduo mas gregário, é o corpo coletivo que para ele elabora, de modo espontâneo, os padrões para sua convivência. Onde, ao longo dos milênios, a função do Direito, segundo Pontes — um processo de adaptação do indivíduo ao grupo, já que a redução do indivíduo pelo grupo é fato natural, e é imanente ao fato milenar da existência gregária.

A originalidade desta abordagem do Direito fomenta o sistema da ciência positiva que Pontes propõe. Pensou o Direito como desprendendo-se da natureza, ao exalar-se do grupo humano, e sendo peculiar a cada um rebanho desses seres racionais, rebanho que submete cada membro seu.

A inexistência de uma ordem estável e universal provém, para Pontes de Miranda, do fato natural do gregarismo. A diversidade do Direito, no espaço e no tempo, decorre daí, de ser ele um produto natural de cada grupo. e

apto a transformar-se no tempo, por efeito das lutas de grupos por seus interesses (mutação, Darwin; evolução, Spencer).

Donde, esse teórico objetivo e relativista advertir:

“Cumpre evitar qualquer vaidosa ciência ou filosofia que considere definitivo ou pelo menos realizado todo o conhecimento científico, como se não fosse ele produto, como se não tivesse gênese histórica, como se pudesse o homem libertar-se das leis que presidem à evolução do mundo e, portanto, à dele” (*Sistema*, v. 1, p. XVII).

Ele situou a Ciência Jurídica entre as Ciências Sociais, e distinguiu-a.

“O direito é um dos principais elementos ou fatores da vida social e, quanto ao objeto, constitui seguramente uma das Ciências Sociais; porém entre a ciência do Direito e a Social existe diferença sensível, que é a do método: essa procede descritiva e indutivamente; aquela, dogmática e dedutivamente” (*Sistema*, v. 2, p. 292).

Sua descrição figurativa do “mundo fático” e do “mundo jurídico” fornece a visão da dinâmica atuante do Direito. Pontes de Miranda introduziu, na linguagem jurídica, a expressão, pouco elegante mas sugestiva, do “supor-te fático”. Alude, com ele, ao elemento que é indispensável à compreensão do instante em que o Direito atua.

4. A renúncia à Metafísica

Todos os textos citados fixam em Pontes de Miranda a renúncia à Metafísica para explicar o Direito.

Em oposição, condensa-se nele o sociologismo. Pontes afasta-se, nesse passo, do papa da “Escola do Recife”, Tobias Barreto, negador sequer da possibilidade de existir a Sociologia.

“Eu não creio — escreveu Tobias —, eu não creio na existência de uma ciência social. A despeito de todas as frases retóricas e protestos em contrário, insisto na minha velha tese: a Sociologia é apenas o nome de uma aspiração tão elevada quanto pouco realizável” (*Variações anti-sociológicas, e Estudos de Direito*, Ed. Liv. Progresso, 1951, p. 5).

Comte propusera a Sociologia, encimando

o quadro das ciências abstratas e mais complexas. Negava a Metafísica. Seu seguidor, Silvio Romero, praticou sociologia no Brasil como fecundo pioneiro e proclamou a morte da Metafísica. Outro seguidor, este do Sul, Pedro Lessa, fez-se um positivista dissidente, declarando a metafísica imanente à atividade mental do homem. Vê-se que a “Escola do Recife” só teve de comum a recepção, no Brasil, do pensamento científico naturalista do final do século XIX.

Pontes de Miranda, porém, praticou Sociologia.

“Nas portas das Faculdades — escreveu Pontes — devia estar escrito: aqui não entrará quem não for sociólogo” (em *Introdução à Política Científica*, ou os *Fundamentos da Ciência Positiva do Direito*, Ed. Garnier, p. 24, 1924).

Ele sustenta “a natureza sociológica das normas de Direito” (*Introdução à Sociologia Geral*, p. 207).

E aqui esta jóia de seu pensamento sociológico:

“Há em toda a comunidade, em todos os corpos sociais, certa virtude de organização intrínseca, para a qual somente existe uma explicação: o direito. Não poderia ser — crêmo-lo bem — pura criação do Estado. Se algum deles criou o outro, foi o Direito” (*Sistema*, v. I, p. 61).

5. O comentarista das leis

Jurista múltiplo, Pontes de Miranda era equipado com a vasta e especializada erudição apropriada a cada departamento do Direito. Sua mente plástica era pronta em tomar a feição natural e diferenciadora do ramo do Direito que passasse a versar em livro.

Pontes, sensível às características das divisões do Direito, entendeu-as como regiões diferenciadas. Sabia serem criadoras, cada qual delas, de conceitos próprios a serem expressos em linguagem própria. Traduziu tudo isso afirmando:

“Tem-se de ser civilista quando se está no terreno do Direito Civil, constitucionalista no terreno do Direito Constitucional, administrativista no terreno do Direito Administrativo, e processualista no terreno do Direito Processual. O que importa é erguer a sistemática que serve à lei e fazê-la fecunda no seu plano e den-

tro dos limites em que tem de ser aplicada.”

Em Pontes de Miranda, o domínio de toda a matéria jurídica permitiu-lhe deixar estancados os diversos ramos do Direito, cuja natureza profunda não permitia que se interpenetrassem. Não padeceu, nos seus escritos, da imperfeição encontrada, por exemplo, naqueles administrativistas cujas dissertações não destacam a natureza própria da administração, e que descrevem a atividade dela em linguagem e conceitos no entanto tirados ao Direito Civil.

Nos textos de Pontes de Miranda, por isso, as questões cambiais desenrolam a abstração imanente a seus vínculos; os temas de processo não se confundem com o interesse ou o bem negado ou ameaçado, a ser tutelado pelo Estado; a matéria constitucional alimenta-se das realidades do poder, no Estado, que para elas foi criado.

Evolucionista, comportou-se a partir de aceitar que a evolução consiste na passagem do homogêneo indefinido para o heterogêneo diferenciado (Spencer). O direito evoluiu assim, diferenciando-se ele próprio em categorias jurídicas especiais, ainda que todas coordenadas, como efeito da luta da adaptação (Darwin).

Foi ainda um cientista do Direito, também nisso. A obra de Pontes de Miranda reflete abertamente a especialização diferenciada das categorias jurídicas, e ele discorreu sobre cada qual delas como especialista autêntico.

Passava de um ramo a outro como um completo especialista que nele apenas se houvesse concentrado toda a vida, tal a adaptação, tal o conhecimento, tal a correção jurídica.

As súbitas, ele dá estocadas no erro aquietado pela aceitação. Então põe etiqueta de errada e de erros superpostos, à denominação do “Direito Internacional Privado”, que na verdade é nacional e de Direito público.

O pequeno achado desta moeda falsa, que é corrente no mundo jurídico em livros e nas cátedras, vem nas cartas teóricas de Pontes de Miranda, incidentalmente. Foi quando incorporou a seu ferramental a concepção de “sobredireito”, de Zitelman, *recht über recht*.

Lendo-se Pontes de Miranda em Direito Constitucional, guarda-se a sensação de comunicar-se com um pensador dos problemas da

organização nacional do Poder, no Brasil, que a eles exclusivamente dedicasse seus longos anos de pesquisa, reflexão e escritos. O espantoso está em que outros apenas lograram isso, a exegese do direito pertinente ao Estado; Pontes, porém, exerceu esta exegese, e também as outras todas; e ainda submeteu-as a uma concepção própria da Ciência Jurídica.

Superiormente dissertou:

“Toda democracia é atenção ao querer e esforço para identificar: marcha-se, sem que se saiba para onde; mas marcha-se. O seu fim é, pois, esperança, e não, propriamente, fim; espera-se que se chegue ao acordo pelas simetriações que atenuem as diversidades da vontade.” “Não é só isso. Toda democracia é luta contra as lutas, porque organiza pleitos que evitem os choques. Ainda mais. Toda democracia supõe a vontade livre; portanto, liberdade, que precede à função democrática, e solução, que não a sacrifique: porque a democracia é no tempo, em soluções sucessivas e provisórias” (*Comentários à Constituição de 1946*, v. I, p. 15).

A crise contemporânea do Estado e as suas transformações, sentiu-as Pontes de Miranda. Deu-lhes a origem histórica e as causas. Constatou a novidade da parte programática das Constituições após a I Guerra Mundial, sua intervenção no econômico e no social. Mas identificou nelas a timidez fatal que haveria de corrompê-las por dentro, detidas no problema ético e faltas dos fins políticos do Estado, de que resultou a corrosão delas nos foros da Itália e da Alemanha. “Eram Constituições de intenções teleológicas, que apenas atenuaram o liberalismo do tipo constitucional do século XIX e do fim do século XVIII”. E apodou-as de “vagas e ingênuas”.

Ele, e não um outro, e nem algum político, influiu na criação de Territórios federais por desmembramento deles, dos Estados, já que aqui a Federação foi ato do Poder Central, os Estados-Membros surgiram por decisão política do Estado unitário; a União não resultou de uma formação dos Estados nem é posterior a eles.

Em 1937, a Constituição adotou esta sugestão de Pontes, de tantos efeitos, lançada em seus *Comentários à Constituição de 1934*.

Evolucionista, um jurista sucessor de He-

gel e de Savigny, Pontes de Miranda proclama:

“A história é sucessão de estruturas”.
“Sempre há estrutura que tem de substituir outra estrutura, como forma cômoda, quando mudam as circunstâncias, isto é, quando mudam os termos do problema”.

Pessoa desdobrada, matéria mental fluida a acomodar-se à forma do recipiente que a continha, não pára aí porém o admirável, em Pontes de Miranda.

Nele, a versatilidade adere à profundidade, a erudição submete-se à constatação da realidade, o pensamento universal serve à reflexão do nacional.

Personalizou uma enciclopédia, ele próprio, esse jurista multiplicado, esse escritor oceânico, no entanto um admirado espectador do mundo e da vida.

O meio ambiente na legislação ordinária e no Direito Constitucional brasileiro

RAUL MACHADO HORTA

SUMÁRIO

1. Meio ambiente no Direito Colonial. 2. Precedência da legislação ordinária federal. 3. Primazia na Constituição da República de 1988. 4. Repartição de competências e meio ambiente. 5. Município e meio ambiente. 6. Constituição do Estado e meio ambiente. 7. Direito comparado e meio ambiente. 8. Posição singular do meio ambiente no Direito brasileiro.

1. Meio ambiente no Direito Colonial

A preocupação com o meio ambiente é antiga. No mundo jurídico, as regras de preservação da natureza afloraram no domínio da legislação ordinária, o que se explica pela precedência histórica da lei em relação à Constituição. Se é antigo e remoto no tempo o aparecimento da regra legal de preservação da natureza e de seus frutos, como comprova a pesquisa dos textos legislativos, é de nossos dias o tratamento do meio ambiente como matéria constitucional, para tornar-se objeto de norma na Constituição.

As *Ordenações Filipinas*¹, compiladas por ordem de Dom Philippe I, rei de Portugal e dos Algarves, em onze de janeiro de 1603, posteriormente confirmadas por Dom João, em 29 de janeiro de 1643, que ao título de “Rei de Portugal e dos Algarves daquém e dalém mar”, por graça de Deus, acrescentava o Brasil entre os territórios do domínio lusitano abrangido pela Lei Confirmadora da Compilação Philipina, previa no Livro Quinto – Título LXXV – pena severa ao que “cortar árvore ou fruto”, sujeitando o transgressor ao açoite e ao degredo para Áfri-

¹ *Ordenações e Leis do Reino de Portugal, re-compiladas por Mandado Del Rei Dom Philippe o Primeiro*, Duodécima edição, Tomo III, Coimbra, Imprensa da Universidade – 1851 – p. 337.

ca por quatro anos e, se o valor de estimação do dano fosse de “trinta cruzados e dahi para cima”, o infrator, dizia o implacável Livro Quinto, “será degredado para sempre para o Brasil”.

No Brasil do Primeiro Reinado, a Lei de 1.º de outubro de 1828, que organizava as Câmaras Municipais do Império, incluía entre os assuntos das posturas emanadas das Câmaras dispor “sobre os depósitos de imundícies e quanto possa alterar e corromper a salubridade da atmosfera”, revelando, nesta alusão à salubridade da atmosfera, incipiente preocupação com o meio ambiente. Em fase ulterior, no plano do direito de propriedade, o Código Civil Brasileiro, promulgado em 1.º de janeiro de 1916, conferiu ao proprietário ou inquilino de um prédio o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam (art. 554).

San Tiago Dantas², em profundo exame do “Conflito de vizinhança e sua composição”, identificou no artigo 554 do Código Civil, que oferece defesa contra o mau uso da propriedade, “o verdadeiro estatuto da vizinhança industrial”, para evitar “os inconvenientes do vicinato industrial”. Lembra o festejado jurista que os tribunais e juízes brasileiros, com amparo no preceito civilístico, determinaram a remoção de empreendimentos perturbadores do sossego, da segurança ou da saúde dos moradores ou impuseram aos seus titulares indenização pela atividade nociva, sem embargo da anterior autorização do poder público para instalação do estabelecimento ou atividade.

O mau uso da propriedade como fato prejudicial ao sossego, à segurança e à saúde representa o reconhecimento de que valores transindividuais ou sociais poderão condicionar o exercício do direito privado por excelência. O sossego repele a poluição sonora e a saúde impõe ambiente saudável. As exigências de um e de outro, a princípio, no plano individual, acabariam conduzindo, no desdobramento da legislação ordinária, às noções da qualidade de vida e de meio ambiente, elaboradas, mais tarde, para a preservação de valores que o direito individualístico não alcançou nas formulações clássicas do direito de propriedade.

2. Precedência da legislação ordinária federal

² SAN TIAGO DANTAS, F. C. de – *O Conflito de Vizinhança e sua Composição* – Rio de Janeiro – 1939 – pp. 41, 53, 74, 223/228.

De forma fragmentária e setorial, a proteção ao meio ambiente e à natureza despontou na codificação do direito novo, que se desagregou do Código Civil ou do Código Comercial, para se expandir em legislação própria: o Código de Águas (Decreto-Lei n.º 852, de 11 de novembro de 1938), o Código Florestal (Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965), o Código da Caça (Lei n.º 5.197, de 3 de janeiro de 1967), o Código de Pesca (Decreto-Lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967), o Código de Mineração (Decreto-Lei n.º 227, de 28 de fevereiro de 1967), o Código Brasileiro do Ar (Lei n.º 6.833, de 30 de setembro de 1980). Nesta legislação codificadora o meio ambiente não é o objeto principal da lei. A referência ao meio ambiente e à natureza é incidental, condensada em normas breves e resumidas, refletindo a percepção do legislador de cada época.

O ingresso autônomo do meio ambiente na legislação ordinária federal brasileira verificou-se em data mais recente. A legislação pioneira fundou-se na competência constitucional da União Federal para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção de saúde, contemplada na Constituição Federal de 1967 (art. 8.º – XVII – c). Apoiando-se nesta competência, a primeira manifestação legislativa de proteção autônoma do meio ambiente deu-se com a expedição do Decreto-Lei n.º 1.413, de 14 de agosto de 1975, que dispunha sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais. Instituiu política de natureza preventiva, o decreto-lei criava, para as indústrias instaladas ou a se instalarem no território nacional, a obrigação de prevenir ou corrigir os inconvenientes e prejuízos da poluição e da contaminação do meio ambiente (art. 1.º). Reservava à competência exclusiva do Governo Federal o ato de suspensão do funcionamento de estabelecimento industrial considerado de alto interesse do desenvolvimento e da segurança nacional (art. 2.º). Sem se afastar da política preventiva, o decreto-lei recomendava a adoção de novo zoneamento urbano, como alternativa de outra localização, nos casos reputados mais graves, e preconizava o estabelecimento de prazos razoáveis para a instalação dos equipamentos de controle da poluição (art. 4.º). O Decreto-Lei n.º 1.413, de 1975, refletia a posição do Governo brasileiro em face da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, que resultou da reunião promovida pela Organização das Nações Unidas, em junho de 1972, naquela capital, com o objetivo de fixar uma política univer-

sal de proteção ao meio ambiente. Signatário do documento, o Brasil compartilhou das reservas dos países em desenvolvimento, que então alimentavam suspeitas fundadas no conflito de interesses entre as nações altamente industrializadas e as nações em fase de desenvolvimento industrial ascendente.

Os propósitos do Decreto-Lei n.º 1.413, de 1975, foram ampliados em legislação federal posterior, correspondendo às exigências da consciência coletiva. A Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, incorporou as tendências da opinião pública e estruturou as linhas fundamentais da política nacional do meio ambiente. Inovando a legislação de normas gerais de defesa e proteção da saúde, em domínio legislativo comum à União e aos Estados, como autorizava a Constituição federal de 1967 (art. 8.º XVII - c), a referida lei alargou o seu conteúdo material, para abranger recursos minerais, metalurgia, florestas, caça, pesca, águas e energia elétrica, dentro da competência privativa da União Federal.

A Lei Federal n.º 6.938, de 1981, estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins, objetivos, mecanismos de formulação e aplicação. Criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente. Fixou a definição legal de meio ambiente (art. 3.º - I), de degradação da qualidade ambiental (art. 3.º - II), de poluição (art. 3.º - III - a - b - c - d - e), de poluidor (art. 3.º - IV) e de recursos ambientais (art. 3.º - V). Ultrapassando o campo retórico das boas intenções, a Lei n.º 6.938 previu sanções administrativas, civis e penais, para eficaz proteção ao meio ambiente. Consagrou a responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, para indenização ou reparação do dano causado. Confiou ao Ministério Público da União e dos Estados a defesa dos interesses difusos da coletividade, com legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (art. 14, § 1.º).

A responsabilização por danos ao meio ambiente, que surgiu na Lei n.º 6.938, de 1981, recebeu amplo desenvolvimento e sistematização na Lei federal n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. De forma autônoma, a mencionada lei disciplinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e estendeu essa proteção ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico. A ação civil pública poderá ser proposta pela União, os Estados, os Municipi-

os, as autarquias, a empresa pública, a fundação, a sociedade de economia mista, a associação que preencher os requisitos legais (art. 5.º) ou o Ministério Público. A função do Ministério Público como órgão de defesa dos interesses difusos, em atividade desvendada pela Lei n.º 6.938, de forma incipiente, mereceu apreciável desenvolvimento. A Lei n.º 7.347 confere ao Ministério Público a titularidade ativa da ação civil pública de responsabilidade por danos ao meio ambiente. Assegura ao Ministério Público a instauração do inquérito civil. A sentença judicial na ação civil pública poderá impor a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinando, no primeiro caso, a prestação da atividade devida e, no segundo, a cessação da atividade nociva.

Em matéria de defesa do meio ambiente, a legislação federal brasileira, toda ela posterior ao clamor recolhido pela Conferência de Estocolmo, percorreu três etapas no período de tratamento autônomo, iniciado em 1975: a primeira, caracterizada pela política preventiva, exercida por órgãos da administração federal, predominantemente; a segunda coincide com a formulação da Política Nacional do Meio Ambiente, a previsão de sanções e a introdução do princípio da responsabilidade objetiva, independentemente da culpa, para indenização ou reparação do dano causado, e a terceira representada por dupla inovação: a criação da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, sob a jurisdição do Poder Judiciário, e a atribuição ao Ministério Público da função de patrono dos interesses difusos da coletividade no domínio do meio ambiente. O processo de consolidação da defesa do meio ambiente, através de medidas legais protetoras, ainda se encontra em gestação, no âmbito do Anteprojeto de Lei³. Trata-se do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, elaborado por Comissão de Juristas, designada pelo Ministério da Justiça. O Anteprojeto introduzirá na legislação penal, quando for convertido em lei, a catalogação técnica dos crimes contra o meio ambiente, compreendendo a degradação do meio ambiente, os atentados contra a flora e a fauna, o atentado contra a paisagem e o favorecimento aos crimes contra o meio ambiente (Anteprojeto - Título XIII - arts. 401 -

³ Anteprojeto de Código Penal - Parte Especial - Diário Oficial da União - Seção 1 - 28 de outubro de 1987, fls. 17777/17794.

415). Com a tipificação penal, ainda dependente de lei definidora do crime, a proteção ao meio ambiente no campo da legalidade federal atingirá a triplice modalidade do ilícito punível: o ilícito administrativo, o ilícito civil e o ilícito penal.

3. Primazia na Constituição da República de 1988

A ascensão do meio ambiente à condição de tema e de norma constitucional pressupõe este anterior percurso no domínio da legislação ordinária federal, em etapas sucessivas, nas quais foi se aprimorando a definição dos objetivos, dos meios e dos instrumentos de proteção ao meio ambiente.

Não há coincidência no tempo quanto ao tratamento dispensado ao meio ambiente na lei e na Constituição. No primeiro caso, como observamos, a atenção dispensada pelo legislador à natureza, aos seus frutos e manifestações ambientais mergulha raízes no Direito Colonial, prossegue de forma indiferenciada na legislação codificada em regras incidentais, até alcançar o tratamento autônomo, como objeto da própria legislação.

Diversa é a situação no domínio do Direito Constitucional. As Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 não contêm regra sobre meio ambiente nem empregaram a palavra identificadora da moderna preocupação ecológica. No período republicano, o tema ambiental se confundia com a autorização conferida à União para legislar sobre defesa e proteção da saúde ou com a proteção aos monumentos históricos, artísticos e naturais, às paisagens e aos locais particularmente dotados pela natureza, temas que as Constituições Federais incluíram na repartição de competências e no Título da Educação e Cultura (Carta de 10 de novembro de 1937 – art. 16 – XXVII, art. 134, Constituição Federal de 1946 – art. 5.º – XV – b, art. 175, Constituição Federal de 1967 – art. 8.º – XVII – c, art. 172 – parágrafo único).

A Constituição da República de 1988 promoveu a incorporação do meio ambiente ao texto constitucional, em decisão que não encontra precedentes nas Constituições que a precederam no Direito Constitucional brasileiro. As referências ao meio ambiente são abundantes e elas percorrem a Constituição em toda a sua extensão, desde os direitos individuais, em título localizado na abertura do documento, para findar no capítulo derradeiro da parte permanente da Lei Fundamental.

No seu conjunto, as referências constitucionais ao meio ambiente podem ser agrupadas na seguinte classificação, considerando a natureza típica de cada referência:

- I - regra de garantia;
- II - regras de competência;
- III - regras gerais;
- IV - regras específicas.

A regra de garantia é a que se contém no artigo 5.º, inciso LXXIII — localizado no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – e respectivo Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos — considerando qualquer cidadão parte legítima para propor *ação popular* que vise a anular ato lesivo ao meio ambiente.

As regras de competência relacionam-se com atribuições conferidas à União Federal, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e a órgãos do Estado, para legislar, preservar ou defender o meio ambiente. Nesta categoria de regras, a Constituição integra, sucessivamente, na *competência comum* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23 – VI); na *competência concorrente* da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre proteção ao meio ambiente e controle da poluição (art. 24 – VI) e responsabilidade por dano ao meio ambiente (art. 24 – VIII); na *competência dos Municípios* suplementar a legislação federal e a estadual, abrangendo nesta complementação o meio ambiente e o controle da poluição (art. 30 – II); nas *funções institucionais do Ministério Público* promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129 – III).

As regras gerais identificam definições de princípios ou de conduta. Incluem-se nesta categoria de regras gerais o preceito do artigo 170 – VI, que define a defesa do meio ambiente como princípio da Ordem Econômica; do artigo 173, § 5.º, que prevê a responsabilidade da pessoa jurídica por atos praticados contra a ordem econômica, na qual se insere a defesa do meio ambiente; do artigo 174, § 3.º, estabelecendo que o Estado, na organização da atividade garimpeira, atenderá à proteção do meio ambiente; do artigo 186 – II, que impõe à propriedade rural a preservação do meio ambiente; do artigo 200 – VIII, que inclui entre as atribuições do siste-

ma único de saúde colaborar na proteção do meio ambiente: do artigo 216 – V, que considera patrimônio cultural brasileiro os conjuntos urbanos e sítios de valor ecológico; do artigo 231, § 1.º, que declara terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar.

As regras específicas, ao contrário das regras gerais que se dispersam no corpo da Constituição, aglutinam-se no Capítulo VI, que trata exclusivamente do *Meio Ambiente*, como parte do título VIII — Da Ordem Social. O artigo 225, que concentra as regras específicas do meio ambiente, compreende seis parágrafos, sete incisos e trezentas e uma palavras.

As regras específicas se dividem em dois grupos: o das normas auto-aplicáveis e o das normas não-auto-aplicáveis e incompletas, que dependem de complementação legislativa ulterior. Pertencem ao grupo das normas auto-aplicáveis:

1. A declaração programática de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225).

2. As incumbências do poder público para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, compreendendo:

2.1. preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

2.2. preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

2.3. definir, em todas as Unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos;

2.4. controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida e o meio ambiente;

2.5. promover a educação ambiental em todos os níveis e a consciência pública para a preservação do meio ambiente;

2.6. proteger a fauna e a flora (art. 225, § 1.º – I – II – III – V – VI – VII – primeira parte).

3. Sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, para as condutas consideradas lesivas ao meio ambiente.

Ingressam na categoria das normas não-auto-aplicáveis, dotadas de eficácia e obrigatoriedade, embora dependentes de complementação legislativa, as seguintes regras constitucionais do meio ambiente:

1. Alteração e supressão, mediante lei, de espaços territoriais e seus componentes, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

2. Exigência de estudo prévio de impacto ambiental, na forma da lei, para instalação de obras ou atividade potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente.

3. Vedação, na forma de lei, das práticas que coloquem em risco a função ecológica da fauna e da flora e provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

4. Exploração de recursos minerais com a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

5. Localização das usinas que operem com reator nuclear, definida na forma da lei.

6. Utilização, na forma da lei, da Floresta Amazônica Brasileira, da Mata Atlântica, da Serra do Mar, do Pantanal Mato-Grossense e da Zona Costeira, consideradas patrimônio nacional, fazendo-se essa utilização dentro das condições que assegurem a preservação do meio ambiente e dos recursos naturais.

A Constituição da República de 1988 ampliou a lista dos bens públicos, que se encontra no Código Civil (art. 66 – I – II), para incluir o meio ambiente entre os *bens de uso comum do povo*, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças, conforme a linguagem não exaustiva do Código.

4. *Repartição de competências e meio ambiente*

O Estado Federal caracteriza-se pela dualidade de ordenamentos jurídico-constitucionais. A Constituição Federal, que provém da atividade originária do constituinte, é o documento fundamental do ordenamento jurídico da Repú-

blica Federal. É a sede de normas que estruturam o ordenamento central, que é o da União ou Federação, e os ordenamentos parciais, que são os dos Estados Federados e dos Municípios. É na Constituição Federal que reside a fonte do poder de organização dos Estados, na via de suas Constituições (art. 25) e a dos Municípios, através da Lei Orgânica (art. 29). Os poderes de organização dos Estados e dos Municípios não são soberanos. São poderes autônomos e reservados a um e a outro. A natureza autônoma do poder de organização submete os Estados e os Municípios aos princípios da Constituição Federal (art. 25, § 1.º, e art. 29 – I – II – III – IV – V – VI – VII – VIII – IX – X – XI – XII e art. 30 – I – II – III – IV – V – VI – VII – VIII – IX), que são numerosos e condicionam o exercício de sua competência constituinte, no caso do Estado, e organizatória, no âmbito do Município, bem como de sua competência legislativa e administrativa.

O ordenamento jurídico da República Federativa, que compreende, por definição constitucional, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (Constituição da República – art. 18), repousa na repartição de competências, que serve para identificar os *princípios estabelecidos* na Constituição Federal e na Constituição do Estado. Em face da complexa estrutura federativa, que compreende uma pluralidade de pessoas jurídicas de Direito Público Interno — União, Estados, Distrito Federal e Municípios — para se alcançar o domínio da legislação e da administração municipal, dentro da competência conferida ao Município, é necessário apurar se a matéria legislativa e a atividade administrativa não ficaram anteriormente previstas na competência da União ou na competência estadual. É preciso saber se a previsão de competência ficou atribuída com privatividade, que exclui a ingerência de outro ordenamento ou se ela foi contemplada sem privatividade, mas, neste caso, sujeita à articulação da competência comum e à regência de normas gerais, das quais decorrerá a sucessiva legislação suplementar.

A Constituição da República, como responsável pela atribuição de competências, incluiu na competência da União e dos Estados matérias que irão condicionar a atividade legislativa do Município, seja para inibi-la, quando se confere matéria à União e ao Estado, com exclusão do Município, seja para submeter a legislação local aos princípios e normas primariamente revelados pelo ordenamento-matriz.

A legislação federal sobre meio ambiente, que pode ser extraída da competência de legislação privativa, notadamente no campo do direito federal, identificado na enumeração do artigo 22 – I, ingressou, explicitamente, na atividade legislativa da *competência concorrente*, modelada pelas regras constitucionais que singularizam essa inovadora modalidade de legislação. Com efeito, dentre as numerosas matérias da competência concorrente (art. 24 – I até XVI), a Constituição da República erigiu a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal, para legislar concorrentemente sobre “proteção ao meio ambiente e controle da poluição” (art. 24 – VI) e “responsabilidade por dano ao meio ambiente” (art. 24 – VIII). A legislação concorrente, como se vê, abandonou o critério da legislação privativa, para adotar a solução da cooperação legislativa entre a União, os Estados e o Distrito Federal. O Município não foi incluído no domínio da legislação concorrente.

Sendo instrumento de legislação partilhada, a competência concorrente obedece a quatro regras constitucionais que dispõem sobre o seu exercício. A primeira regra fixa a natureza da atividade da União no âmbito da legislação concorrente: a de estabelecer normas gerais (art. 24, § 1.º).

A segunda regra qualifica a competência suplementar dos Estados no quadro da legislação concorrente (art. 24, § 2.º). A terceira regra preenche o vazio que decorrer da inexistência da lei federal sobre normas gerais, autorizando os Estados a exercerem a competência legislativa plena, para atender suas peculiaridades (art. 24, § 3.º). A quarta regula o eventual conflito entre a superveniente lei federal de normas gerais e a anterior, lei suplementar estadual, mandando suspender a eficácia da lei estadual que contrariar a lei de normas gerais (art. 24, § 4.º).

A flexibilidade legislativa, que se instaurou na competência concorrente, pressupõe o comando da lei federal de normas gerais e o caráter derivado da legislação suplementar dos Estados e do Distrito Federal.

A Constituição do Estado de Minas Gerais de 21 de setembro de 1989, incorporando ao seu texto a técnica e as matérias da legislação concorrente, originariamente instituídas na Constituição da República, manteve a “proteção do ambiente e controle da poluição” (art. 10 – XV – f), e a “responsabilidade por dano ao meio ambiente” (art. 10 – XV – h) no domínio da

competência suplementar do Estado, condicionada pela lei federal de normas gerais (Constituição do Estado – art. 10 – XV – § 1.º – I – II).

A Constituição da República e a Constituição do Estado previram outra modalidade de competência, à qual se deu o nome de *competência comum*. Na Constituição da República (art. 23 – I até XII) e na Constituição do Estado de Minas Gerais (art. 11 – I até XII), que reproduziu literalmente as matérias da Constituição da República, a competência comum, que se alargou até o Município, não é impulsionadora de atividade legislativa. Os casos incluídos nessa competência, como, por exemplo, “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público”, “proteger os documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, paisagens naturais notáveis e sítios arqueológicos”, “impedir a evasão, destruição e descaracterização de obra de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural”, “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”, “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direito de pesquisa e de exploração de recursos hídricos e minerais em seu território”, são incumbências que caracterizam, predominantemente, as atividades administrativas e visam à execução de objetivos anteriormente contemplados no enunciado genérico da lei. A competência comum, embora possa ser exercida isoladamente em cada área de poder federal, estadual e municipal, contém o chamamento à cooperação intergovernamental, consagrando a moderna tendência do federalismo cooperativo.

5. Município e meio ambiente

Não obstante o relevo que a Constituição da República conferiu ao meio ambiente, tornando-o objeto de atividade legislativa federal e estadual e matéria destacada no Capítulo VI, Da Ordem Social, (Título VIII), a Constituição Federal não atribuiu, explicitamente, ao Município a indispensável competência para legislar sobre meio ambiente. A pesquisa no Texto Constitucional revela que a Constituição deixou de inserir a legislação direta e autônoma sobre o meio ambiente na competência do Município. O artigo 30 da Constituição da República, que é a sede de competência legislativa do Município, não emprega a locução, como fez em relação à União e ao Estado, de modo a autorizar a legislação material correspondente. É certo que

a Constituição mantém e preserva a autonomia legislativa do Município. A questão, entretanto, não se coloca no plano da autonomia legislativa, que é irrecusável. O que se assinala é a inexistência da competência municipal explícita para legislar sobre meio ambiente. É o Município competente para “legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber” (Constituição da República – artigo 30 – I – II). Não sendo a legislação sobre o meio ambiente matéria deferida explícita e diretamente ao Município, ao contrário do que ocorreu com a União e os Estados, que receberam da Constituição a competência explícita e direta para legislar sobre meio ambiente, a consequência que se extrai da diversidade de tratamento é que, no caso do Município, legislação sobre o meio ambiente, se houver, deverá configurar assunto de interesse local ou decorrer da residual suplementação de legislação federal e estadual, no que couber. Os dois pressupostos aqui admitidos, a configuração do assunto de interesse local e a secundária suplementação de legislação federal e estadual — para abrigar eventual legislação municipal sobre o meio ambiente —, recomendam a cautela do legislador local no seu exercício. Deslocando o exame para outros setores da Constituição da República, assim os capítulos da Política Urbana e do Meio Ambiente, situados fora da competência atribuída ao Município para legislar, neles também não se vislumbra outorga da competência material explícita, relativa à legislação sobre meio ambiente. No enunciado da norma programática da Política Urbana, está dito que

“A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182).

Em regra de conteúdo genérico, sem particularização nominal do meio ambiente como integrante das funções sociais da cidade e garantidor do bem-estar de seus habitantes. No capítulo dedicado ao meio ambiente (art. 225, §§ 1.º – I – II – III – IV – V – VI – VII, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º), que tem como destinatário o poder público, a Constituição da República não incluiu nas incumbências gerais do poder público a legislação municipal sobre meio ambiente. Para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente

ecologicamente equilibrado (art. 225, § 1.º), a Constituição expede regras para conduta do poder público e elas devem ser entendidas como aplicáveis, dentro da competência preestabelecida do poder público, conforme distribuição operada pela Constituição.

6. Constituição do Estado e meio ambiente

A Constituição do Estado de Minas Gerais de 21 de setembro de 1989, como as demais Constituições dos Estados Federados brasileiros, subordina-se aos “princípios estabelecidos” na Constituição da República, aos quais deve obediência e acatamento, consoante estabelece regra que comanda a competência de auto-organização do Estado-Membro no exercício reservado das competências não vedadas pela Constituição (art. 25, § 1.º). Dispondo sobre o Município, na parte que lhe ficou reservada, a Constituição do Estado fixou com exatidão o círculo que limita a competência do Município, desdobrando regra central da Constituição da República. O círculo dentro do qual se manifesta e age a competência autônoma do Município encontra limitações nos *princípios estabelecidos* na Constituição Federal e na Constituição do Estado (Constituição da República – art. 29). A dosagem dessas limitações, que é variável no tempo, se formos projetá-las na experiência passada, podendo ser maior ou menor, sempre ocorrerá, por exigência da complexa estrutura federativa e do convívio entre o ordenamento central da União e os ordenamentos parciais dos Estados e dos Municípios. Essa concepção da arquitetura federativa reproduziu-se na atual Constituição do Estado, para localizar o ordenamento municipal e identificar as limitações que lhe são inerentes. Dai dispor, acertadamente, que:

“O Município, dotado de autonomia política, administrativa e financeira, organiza-se e rege-se pela sua lei orgânica e demais leis que adotar, observados os princípios da Constituição da República e os desta Constituição” (Constituição do Estado – art. 165, § 1.º).

A Lei Orgânica é a *lei de regência* do Município, como a qualifica a Constituição da República (art. 29), ou, na caracterização que deflui da Constituição do Estado, a lei de organização e de regência (art. 165, § 1.º).

Ao deslocar do Estado para o Município a competência de auto-organização, a Constituição da República fixou, desde logo, os limites dessa competência organizatória municipal,

mandando observar na elaboração da Lei Orgânica os procedimentos formais da deliberação e os princípios estabelecidos naquela Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os preceitos constitucionais enumerados nos incisos e alíneas do artigo 29 da Constituição Federal. Dimensionando a autonomia do Município, para nela abranger a autonomia política, administrativa e financeira, a Constituição do Estado igualmente submete a Lei Orgânica do Município à observância dos princípios da Constituição da República e aos dela própria (art. 165, § 1.º). O exercício constitucional da competência do Município requer o seu enquadramento nas regras que dimanam da Constituição da República e se reproduziram na Constituição do Estado. Na matéria do meio ambiente, sem embargo da projeção que a Constituição da República conferiu ao relevante tema, em tratamento que se prolongou na Constituição do Estado, o Município deixou de ser contemplado com a competência explícita, *nominal* e direta, para legislar sobre meio ambiente. A Constituição da República concentrou a atividade legislativa dessa natureza na competência da legislação concorrente, da qual não participa o Município (Constituição da República – art. 24 – VI e VIII). Posteriormente, a Constituição do Estado de Minas Gerais, na particularização das incumbências do poder público referidas na Constituição da República (art. 225, § 1.º), converteu-as em atribuições do Estado (Constituição do Estado de Minas Gerais, art. 214, § 1.º), estadualizando as incumbências dentro do território estadual, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente. A presença do Município, em matéria do meio ambiente, ficou localizada no campo administrativo da competência comum, em articulação com a União os Estados e o Distrito Federal (Constituição da República – art. 23 – VI, Constituição do Estado de Minas Gerais – art. II-VI), para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

Essa proteção, como se depreende da natureza dos casos da competência comum, envolvendo atos de zelar, cuidar, proteger, impedir, proporcionar, preservar, fomentar, combater, registrar, estabelecer, não deve advir do ato legislativo local, mas da atividade administrativa municipal de execução. A manifestação possível do ato legislativo municipal, em tema de meio ambiente, dada a ausência da competência explícita direta e nominal, só poderá emergir em caráter residual, após a legislação federal de

normas gerais e a legislação estadual complementar, para atender assuntos de interesse local.

Atenta à estrutura escalonada do ordenamento jurídico da República Federativa, a Constituição do Estado preceitua que o Município, quando no exercício da competência geral, prevista no artigo 170 – I – II – III – IV – V – VI, observará a norma geral respectiva, federal ou estadual (artigo 170 – parágrafo único). Determinação que se reitera, para abranger competência legislativa específica, submetida, como a anterior, “às normas gerais da União e às suplementares do Estado” (art. 171 – II – *a – b – c – d*). Na competência legislativa do Município, observando a regra matriz da Constituição da República, a Constituição do Estado não contemplou a legislação explícita e direta sobre o meio ambiente. A legislação em apreço poderá provir da inferência interpretativa, sem possuir, todavia, o caráter de norma emanada de competência explícita e direta. Surgindo por inferência, a norma local se submeterá à legislação federal de normas gerais e à legislação estadual suplementar.

A Constituição do Estado reservou ao meio ambiente a Seção VI do Capítulo Da Ordem Social, que se filia ao Título IV – Da Sociedade. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que se enuncia no artigo 214, reproduz as recomendações contidas na Constituição Federal (artigo 214 – I – IV – V – VII – §§ 4.º, 5.º, 6.º) e acrescentou inovações (artigo 214 – II – III – VI – VIII – IX – X – XI – §§ 3.º e 7.º) para atender a peculiaridades. A inovação mais profunda consistiu na apropriação pelo Estado das atribuições ou incumbências que a Constituição da República confia ao poder público, em matéria de meio ambiente. Deu-se a estadualização das tarefas compreendidas no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A extensão desse processo atingiu a previsão de órgão colegiado estadual, com participação da sociedade civil, destinado a estabelecer normas regulamentares e técnicas, padrões e demais medidas de caráter operacional, para proteção do meio ambiente e controle da utilização racional dos recursos ambientais (art. 214, § 1.º – IX). Com essa providência, que tornou o Estado responsável exclusivo pela efetividade do direito ao meio ambiente (art. 214 – § 1.º), mais distante ficou o Município dos relevantes assuntos que se concentram na política legislativa e na política administrativa do meio ambiente.

A Constituição do Estado de Minas Gerais,

de 21 de setembro de 1989, que resultou da atividade sucessiva do poder constituinte estadual, seguindo o modelo da Constituição da República, incorporou o meio ambiente à Constituição, como parte do Título IV – Da Sociedade e do Capítulo I – Da Ordem Social, em normas predominantemente de transplantação e de reprodução, as quais denomino de normas de imitação, salvo nos casos em que o constituinte acrescentou normas autônomas, para atender a peculiaridades do Estado.

As normas autônomas, que inovarem a matéria do meio ambiente, por acréscimo de situações ou de exigências não incluídas na Constituição da República, ficarão naturalmente sujeitas ao controle de sua constitucionalidade, em tese, na Ação Direta, ou no caso concreto, dentro da jurisdição difusa, para apurar a compatibilidade entre as normas inovadoras e os princípios da Constituição da República.

7. Direito comparado e meio ambiente

O confronto entre a Constituição da República de 1988 e constituições estrangeiras demonstra que nenhuma outra a excedeu no volume e na profundidade da matéria constitucional relativa ao meio ambiente

No Direito comparado, as constituições socialistas desfrutaram de precedência quanto ao ingresso do meio ambiente no domínio material das normas constitucionais.

Destacaram-se na área do constitucionalismo marxista, que precedeu a desintegração dos Estados Socialistas, as Constituições da República Socialista da Tchecoslováquia, de 11 de julho de 1960 (art. 15 – 1.2), da República Socialista Federativa da Iugoslávia, de 21 de fevereiro de 1974 (art. 87), da República Democrática Alemã, de 7 de outubro de 1974 (art. 15 – 1.2), da República Popular da Polónia, de 10 de fevereiro de 1976 (arts. 12.2 e 71), da República Popular de Cuba, de 15 de fevereiro de 1976 (art. 27), da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 7 de outubro de 1977. Todas precederam, no tempo, à Constituição da República de 1988. Não obstante a anterioridade, as constituições do socialismo real, hoje superado, não deram ao meio ambiente o desenvolvimento da Constituição Brasileira. Nelas, as referências ao meio ambiente são resumidas e breves, como matéria do enunciado de um artigo ou de seu prolongamento em inciso, dentro da brevidade do artigo.

As novas constituições dos países do Les-

te Europeu, como a da República da Bulgária, de 18 de maio de 1991, e a da Romênia, de 21 de novembro de 1991, afastaram-se dos modelos anteriores da Constituição expansiva, para concentrar objeto da matéria constitucional na organização dos poderes e na Declaração dos Direitos, Liberdades e Deveres Fundamentais, promovendo a recuperação da clássica concepção material de Constituição.

Dentre as constituições anteriores à Constituição Federal de 1988, em área não localizada no constitucionalismo marxista, projetaram-se as Constituições de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978, com acentuada impregnação socialista da Constituição Portuguesa, alterada nas revisões de 1982 e de 1989. Na Constituição de Portugal, inspirou-se o constituinte brasileiro para redação introdutória do artigo 225 e outros tópicos do mesmo. São princípios comuns a uma e a outra Constituição o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de defendê-lo, a técnica da incumbência de atribuições ao Estado, na Constituição de Portugal, e ao poder público, na Constituição da República; a cessação dos fatores de degradação ao ambiente e o direito à indenização. A Constituição de Portugal é mais breve que a do Brasil no tratamento constitucional do meio ambiente (art. 66 - 1 - 2 - a - b - c - d - 3 - 4).

A Constituição da Espanha, de 31 de outubro de 1978, modelo de equilíbrio político, cuida do meio ambiente em três regras concisas, no capítulo dedicado aos princípios ordenadores da política social e econômica.

A primeira, para assegurar o direito ao meio ambiente adequado. A segunda, recomendando aos poderes públicos a utilização racional dos recursos naturais, para proteger e melhorar a qualidade da vida, defender e restaurar o meio ambiente. A terceira regra, prevendo a aplicação, em caso de violação das regras anteriores, de sanções penais e administrativas e a obrigação de reparar o dano causado (art. 45 - 1.2.3).

8. *Posição singular do meio ambiente no Direito brasileiro*

No Direito brasileiro, como se demonstrou, o meio ambiente recebeu tratamento autônomo na legislação ordinária, quando passou a constituir objeto da própria legislação, superada a fase do tratamento indiferenciado e incidental, em regras esparsas e fragmentárias da legislação codificada.

No plano da legislação autônoma, o trata-

mento dispensado ao meio ambiente evoluiu das soluções preventivas, adotadas originariamente no Decreto-Lei n.º 1.413, de 1975, para alcançar, em período ulterior, a fase da legislação ativa, que coloca à disposição dos titulares e dos interessados, em geral, recursos e meios hábeis à preservação do meio ambiente. Destacam-se nesta linha de defesa o estabelecimento da política nacional do meio ambiente e seus órgãos, a fixação do princípio legal da reparação do dano ao meio ambiente, independentemente da existência de culpa (Lei n.º 6.938, de 1981), a instituição da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e a legitimação do Ministério Público para promover a defesa do meio ambiente, em atividade de proteção ao interesse coletivo e difuso (Lei n.º 7.347, de 1985).

A Constituição da República de 1988 exprime o estágio culminante da incorporação do meio ambiente ao ordenamento jurídico do País.

A Constituição tornou o meio ambiente tema da competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observadas as regras que conferem ascendência à legislação federal e situam em plano subordinado a legislação municipal. Dilatou o alcance da ação popular, de modo que qualquer cidadão possa pedir a anulação de ato lesivo ao meio ambiente.

Incluiu entre as funções institucionais do Ministério Público a iniciativa do inquérito e da ação civil pública, para proteger o meio ambiente. Disseminou a presença do meio ambiente em regras gerais que criam obrigações e impõem responsabilidades. Concentrou e sistematizou a matéria constitucional do meio ambiente em numerosas regras específicas, tornando-as objeto de aplicação imediata ou de aplicação diferida, se não preexistir norma legal imediatamente aplicável. A Constituição qualifica o meio ambiente de bem de uso comum do povo e determina ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo. Introduziu a figura do impacto ambiental e a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado.

As regras da Constituição de 1988 e das leis conferem ao meio ambiente relevância e eficácia que colocam o direito brasileiro do meio ambiente em posição singular no confronto com as normas de igual categoria no direito estrangeiro.

As normas constitucionais e legais não dis-

põem de vida própria. São normas do dever-ser. Reclamam, por isso, a colaboração dos executores da vontade constitucional e legislativa, para acioná-las, e não prescindem do acatamento de seus destinatários, para se converterem em normas mandamentais da realidade e da vida.

A preservação do meio ambiente, que a Constituição e a lei impõem em normas juridi-

cas de conduta, será plenamente alcançada na medida em que se transformar em tarefa comum, congregando nos mesmos objetivos a sociedade, as instituições governamentais, os partidos políticos, as empresas, a população, os homens e as mulheres de pensamentos e de ação. São estes os nossos votos e esta é a nossa esperança, com o pensamento voltado para o bem-estar do povo brasileiro.

O direito de autor nos limiares do século XXI

Sugestões para o aperfeiçoamento dos regimes existentes

CARLOS ALBERTO BITAR

SUMÁRIO

1. Indagações preliminares. 2. A internacionalização da proteção a direitos autorais. 3. Sistemas instituídos. 4. Mecanismos de defesa e de garantia dos direitos autorais. 5. Sugestões para o aperfeiçoamento dos regimes existentes. 6. Reflexões conclusivas.

1. Indagações preliminares

No apagar das luzes do século XX intrigamos as seguintes questões: conseguirá o homem alcançar o pleno domínio de seu conhecimento e, em caso positivo, que conseqüências advirão? A máquina pensante e agente conviverá com os seres concebidos pela união entre homem e mulher? O homem cambiante substituirá, em parte, o homem normal? Como se mostrarão, no século que se avizinha, os atuais sistemas de comunicação, de identificação e de relacionamento social? Como ficarão os presentes veículos de comunicação? E as formas de expressão do pensamento? Como se poderão garantir direitos aos criadores intelectuais?

É que de tal sorte evolui a tecnologia que, em pouco espaço de tempo, defasados se mostram métodos, sistemas, formas e mecanismos em uso na sociedade. Assistimos às enormes transformações pelas quais vêm passando a escrita, a arte e a ciência, ao longo dos anos em que nos temos debruçado sobre problemas detectados no plano do Direito de Autor, desde o trabalho inicial de 1976. Substituem-se telas por visores de computação ou por *pagets* (equipamentos portáteis); lápis, canetas e pincéis cedem lugar a teclados de computador; fotografias e desenhos são trocados por traçados e diagramações da revolucionária máquina comunicativa. De outra parte, os veículos se expandem

e se combinam; integram-se escritos, imagens e sons ao sabor de aparelhos multiplicadores, que a telemática vem introduzindo no cenário fático; as criações intelectuais, que de uma comunicação direta (representação) evoluíram para a indireta (reprodução), são ora transmissíveis por circuitos infinitos (satélites), que cobrem, praticamente, todo o orbe terrestre, e também por multiplicadores (multimídia), que possibilitam rápido e diversificado contato com o público visado.¹

Ampliam-se, assim, de um lado, as formas possíveis de manifestação do intelecto humano e, de outro, os meios de difusão, tanto individuais como integrados, formando-se, assim, extensas redes de colocação de obras intelectuais ao dispor dos respectivos interessados. Crescem, outrossim, os problemas enfrentados pela intelectualidade humana para o correspondente equacionamento.

Ora, cada uma das indagações acima levaria a meditações e a especulações dispares. Outras tantas poderiam ser adicionadas e sem nos evadirmos dos planos básicos em que nos temos movimentado, a saber, os direitos autorais e os direitos da personalidade: a problemática da criação através de máquinas (os denominados *elaboradores*, programados para produzir obras de engenho); a da definição de critérios para a percepção e o controle de direitos autorais na transmissão via satélite; a do controle da atuação, no meio social, de máquinas pensantes e agentes e de seres combiantes (os chamados *biônicos*), e assim por diante.

Não obstante a relevância dessas matérias, que colocamos para provocar espíritos outros interessados, deter-nos-emos, no presente texto, no âmbito do Direito de Autor e, mais particularmente, sobre certos pontos relacionados com o correspondente aspecto patrimonial, que, em nossos dias, ganha colorido especial em todas as discussões travadas nas entidades do setor, com ênfase para a OMPI. Basta que nos reportemos aos informes constantes do Boletim por ela divulgado regularmente.²

¹ V. a respeito nossos trabalhos "O Direito de Autor e o impacto das novas técnicas", na *Revista dos Tribunais*, e "Autonomia científica do Direito de Autor", na *Revista de Direito Civil*.

² *Derecho de Autor*, em especial, n.º 1/92, pp. 11 e ss; 2/92, pp. 23 e ss; 1/93 pp. 11 e ss e 2/93, pp. 23 e ss, em que se descrevem os problemas existentes e as atividades da entidade na busca de seu equacionamento.

Com efeito, conforme temos assinalado, inúmeras discussões vêm sendo efetivadas, por iniciativa de entidades internacionais e nacionais de defesa de obras intelectuais protegidas, a começar pela mais complexa de todas, ou seja, a referente ao estabelecimento de sistema próprio para a percepção da remuneração cabível aos titulares de direitos pela utilização econômica de suas produções.

2. A internacionalização da proteção a direitos autorais

A proteção a direitos autorais, sob os aspectos pessoais e patrimoniais, encontra ora constituídos sistemas internacionais e nacionais, os primeiros, especialmente, na União de Berna, que reúne, atualmente, 139 (cento e trinta e nove) países aderentes, em uma inequívoca demonstração do relevo dessa matéria no âmbito supranacional. Isso, aliás, faz da Convenção, sem dúvida, a de maior espectro no universo, sob a eficiente gestão de Organização especializada (a OMPI, que está comemorando, presentemente, 25 anos de existência). Os segundos remanescem, em cada Estado, sob o controle de entidades estatais e privadas, que cuidam da respectiva gestão.³

Observa-se crescente internacionalização dos mecanismos protetivos, diante do estreitamento das comunicações no orbe terrestre, que, basicamente, os satélites e os sistemas de *laser* têm produzido, a par de elementos outros, que as conquistas tecnológicas na área vêm acrescentando ao mundo fático.

Mas essa esquematização resultou de longa evolução, em que se superaram inúmeros obstáculos, doutrinários e práticos.

De início, foi árdua e acirrada a luta pelo reconhecimento de direitos a criadores intelectuais, possível graças à Revolução Francesa. É que, a partir da constatação da existência de

³ São os conselhos, registros e oficinas que, em países dos vários continentes, exercem o controle do setor, em defesa dos titulares de direitos e do próprio sistema. No Brasil, instituiu-se o denominado Conselho Nacional de Direito Autoral (Lei n.º 5.988/73, arts. 116 e ss), que atuou por vários anos, sendo desativado em 1990. Urge a sua recomposição, nos termos que propusemos em outros textos, para a *Revista dos Tribunais*, sobre a adaptação da Lei n.º 5.988/73 à Constituição vigente, a saber: "Considerações sobre a pretendida reforma da legislação sobre direitos autorais" e "Críticas ao Projeto de Lei n.º 2.951/92 sobre modificação da legislação autoral."

direito sobre cópias ou reproduções de escritos, conheceu o mundo, ainda na Idade Média, o regime dos monopólios de exploração, que os editores obtinham junto ao Conselho do Rei para livros que lançavam. Admitiu-se, então, direito a editores e não a autores.

Coube à Inglaterra a primazia na expedição de diploma legal sobre *copyright*, com o Estatuto da Rainha Ana (1710), em que se buscava mais resguardo à obra, ou seja, com sensível marca de objetividade. Direito mesmo, atribuído ao criador, somente se fez presente com as leis francesas baixadas pelos revolucionários (1793), exatamente para extinção dos privilégios dos editores. Precedentes das Cortes francesas, a favor de herdeiros, em 1761 e 1777, foram decisivos na caminhada para o reconhecimento legal de direitos relacionados à criação das obras.

Com esse alcance é que, na era moderna, se plasmaram os direitos autorais no mundo jurídico, não obstante posições doutrinárias discordantes, mas que sempre se identificaram em um ponto, o da necessidade de efetiva proteção a esses direitos como meio de geração e de expansão de cultura nacional. Nesse sentido é que, apesar de divergências ideológicas assinaladas entre Ocidente e Oriente durante décadas, da enorme diversidade de cultura e de civilização entre os povos que habitam os cinco continentes, das finalidades distintas buscadas em cada qual, as nações têm encontrado, no plano do Direito de Autor, certa uniformização de entendimento e, mesmo legislativa, a revelar o sentido de universalidade que a matéria oferece.⁴

Em verdade, tratando-se de amparo jurídico à mais nobre manifestação do espírito humano — a obra de caráter artístico, literário ou científico —, têm os povos encontrado denominadores comuns nos princípios e nas regras que vêm pondo para a respectiva regência e que, na prática, são responsáveis pelo respeito demonstrado, de um modo geral, pelos criadores intelectuais, em tema de consideração, e, também, de retribuição econômica, embora muito haja ainda por efetivar-se nessa última esfera. Loas, homenagens e afeição pública, de regra, sempre adornaram a via do artista, do literato e do

cientista, desde tempos primitivos, quando mereciam acolhida especial nas Cortes e nos palácios. Dificuldades têm acompanhado, de outra parte, o item econômico dos direitos autorais, em razão de inúmeros fatores, que na prática se conjugam, como, de resto, em outros setores da economia, criando resistências, perplexidades ou mesmo inconformismos.

De qualquer sorte, quando se apreendeu o vulto dos direitos em tela, em termos patrimoniais, cogitou-se logo da definição de mecanismos próprios de realização, em que tiveram atuação decisiva as associações de titulares, erigidas sob o signo do ditado segundo o qual *a união faz a força*. É que, congregando interessados nas várias áreas de criação (teatro, música, literatura e outras), facilitaram o regime de outorga de autorização autoral aos empresários e aos usuários de obras intelectuais e, ao mesmo tempo, passaram a constituir-se em pólos de poder na contratação com terceiros, suprimindo, dessa forma, as deficiências naturais que os criadores individuais sempre apresentaram nos contatos com as grandes empresas exploradoras.

Concebidos, inicialmente, a nível interno, ganharam depois sentido de internacionalização, em especial com a exportação de obras intelectuais estéticas dos centros mais desenvolvidos para todos os países interessados. A invenção da fotografia e, na seqüência, a do rádio, a do cinema, e da televisão, a do satélite e a de outros tantos meios de comunicação imprimiram ao cenário fático as dimensões extracontinentais ora verificadas, exigindo a criação de sistema de defesa, a nível supranacional, consagrado na referida "União de Berna", de 1886.⁵

Ficou evidenciada a expressão econômica dos direitos em questão com os resultados obtidos, ao longo dos tempos, na indústria livreira, no teatro, na comercialização de música e de obras de arte e, mais modernamente, com a extraordinária massa de recursos financeiros que envolvem o cinema, a televisão, os satélites, a área musical, a dramática e outras tantas, que movimentam, em todo o mundo, milhares e milhares de dólares, em temas de criação, de pro-

⁴ DESBOIS, Henri, FRANÇON, André e KE-REVER, André: *Les conventions internationales du Droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976. V. tb., o *Guia da Convenção de Berna*, da OMPI, Genebra, 1980.

⁵ Sobre a União CASELLI, Piola: *Tratato del Diritto di autore e del contratto di edizione*, Torino, Torinese, 1927, p. 11 e ss; PULLET, Eugene: *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Marchal e Billard, 1908, pp. 854 e ss; STOLFI, Nicola: *Il Diritto di Autore*, Milano, SEL, 1932, I, pp. 129 e ss.

dução, de distribuição e de comercialização de obras intelectuais.

Somam-se, então, nesse campo, duas ordens de preocupações: a da defesa da criação em si, nos aspectos personalíssimos com que se relaciona a seu criador, e a da atribuição de remuneração adequada ao titular de direitos pelo uso econômico da obra no circuito normal das comunicações.

Nesse passo, a internacionalização da proteção representou sensível avanço, na medida em que se definiram parâmetros, a partir dos quais os Estados nacionais procederam à elaboração das leis internas, cumulada, quase sempre, com a aprovação das Convenções e de Tratados especiais celebrados. Com isso, não só se editaram diplomas próprios para a regência da matéria, como também, conscientizados pelo relevo a ela conferido pela comunidade internacional, os povos civilizados acabaram, em verdade, respeitadas as especificidades locais, recebendo o influxo das culturas a que se ligavam historicamente. Assim terminaram expedindo leis em que se evidencia o referido sentido de uniformidade na respectiva disciplina jurídica, observados os três núcleos básicos de influência detectados: o sistema individualista ou subjetivo, voltado para a proteção do criador (francês); o objetivo ou do resguardo à obra como defesa da cultura (anglo-norte-americano), e o coletivo, concebido sob influência direta da ideologia socialista, ou instrumento de difusão dessa cultura (russo).⁶

3. Sistemas instituídos

Os sistemas instituídos obedecem, pois, a pressupostos históricos e culturais diversos, mas têm sempre em conta, no fundo, a necessidade de proteção aos titulares de direito como

⁶ Os sistemas são discutidos, dentre outros especialistas, por BOCK, Marie Claude: "Radioscopie du Droit d'auteur contemporain", em *Il Diritto di autore*, 1978. Confrontos são feitos por: STOYANOWSKY, K.: *Le Droit d'auteur dans les rapports entre la France et les pays socialistes*, Paris, Lib. Générale, 1959, e STROMOLM, Stig, *Le droit moral de l'auteur en Droit Allemand, Français et Scandinave*, Stockolm, P. A. Norstedt & Soners, 1966.

Anotese, outrossim, o pioneirismo da Bélgica na edição de lei especial sobre direitos autorais, com características próprias, distintas das do direito de propriedade, então prevalente (em 1886, sob influência da doutrina de PICARD, Edmond, não obstante a existência de antecedentes em cidades italianas — 1865).

estímulo à produção intelectual, que funciona como alavanca na afirmação e no desenvolvimento geral de qualquer país. Com efeito, a cultura de um povo é seu mais importante fator de expressão: célebres são, dentre outras tantas, as contribuições que os gregos e os romanos (especialmente) e outros povos da Antigüidade legaram ao mundo: depois, as da Igreja, na Idade Média, para a preservação e a difusão dos clássicos e, por fim, no âmbito jurídico, os grandes trabalhos de codificação, em particular, a napoleônica. Com isso, a filosofia legada pelos gregos, o direito deixado pelos romanos, os textos conservados pelo labor dos glosadores e as codificações erigidas no século passado continuam a representar marcos relevantíssimos na vida da humanidade, deitando sobre ela influências que alcançam nossos próprios dias.⁷

Nessa linha de raciocínio, é que os países desenvolvidos investem valores consideráveis, em programas relacionados à área cultural, objetivando a crescente evolução dos setores correspondentes, tomando-se depois as criações daí resultantes — porque submetidas ao regime protetivo do Direito de Autor — fontes inesgotáveis, e de extensão infinita, de carreamento de recursos, através da exploração econômica em outros Estados. Verdadeiras vias de ingresso de *royalties*, essas criações contribuem, cada vez mais, tanto para a afirmação cultural do país de origem, como para a sua expansão e as das empresas e das pessoas que sobre elas detêm direitos.

Baseiam-se esses sistemas na existência: a) de um organismo central de controle — os escritórios ou unidades do registro, ou conselhos ou centros de defesa dos direitos autorais — ao qual compete assegurar, no âmbito estatal, os interesses dos titulares, compatibilizando-os com os de caráter público; b) de associações de titulares, que se constituem para a concessão da autorização autoral nos diversos níveis possíveis, nacionais e supranacionais; c) de normas legais e regulamentares especiais, que definem os direitos assegurados, impõem sanções aos transgressores e estabelecem me-

⁷ Sobre a influência na cultura, v. nosso *Contornos atuais do Direito de Autor*, SP, Ed. RT, 1992, pp. 113 e ss, e a extensa bibliografia indicada.

É conhecida a célebre exclamação de Napoleão de que seria lembrado, não como guerreiro, ou pelas conquistas realizadas, mas pela grande obra de codificação civil levada a efeito sob sua égide.

canismos de percepção da remuneração cabível pela utilização econômica das obras.

Orientam-se, na respectiva atuação, sob perspectivas diversas, pendendo os países de cultura inglesa para uma proteção eficaz à obra em si, que se controla, na prática, pela ação dos entes estatais de registro e de defesa (nessa diretriz encontram-se a Inglaterra, os EUA, o Canadá, a Austrália, países da África do Sul, e outros). Já os países de influência latina voltam-se mais para o amparo de autor, ou seja, preocupam-se mais com a defesa da personalidade, do criador (como a França, a Itália, a Espanha, Portugal, Brasil e países da América, dentre outros).

Há uma nítida inspiração dos primeiros nos textos de origem anglo-norte-americana, em especial o Estatuto da Rainha Ana (1710) e a Constituição dos Estados Unidos (1787), quando se inseriu a bandeira da defesa da cultura como norte para a instituição de direitos sobre reproduções e representações de obras intelectuais. Os segundos preocupam-se, primordialmente, com a preservação dos direitos inerentes ao aspecto pessoal da obra em sua relação com o respectivo titular.

Estímulo direto à produção de cultura e defesa da personalidade humana são as metas básicas da legislação protetiva a direitos autorais, que, ademais, se encontram no denominador comum da submissão de qualquer uso da obra à autorização autoral, como meio de alcançar-se concreta participação dos titulares na respectiva exploração econômica.

Com fortes colorações ideológicas, enquanto formulação destinada à defesa do regime e à propaganda correspondente, o sistema ao Direito de Autor na ora extinta União Soviética apresentava, em seu esquema normativo, mais aproximação com o regime subjetivista; vale dizer, interessava-se mais pelo amparo aos titulares, estimulando, de outra parte, as criações que pudessem contribuir para a difusão da cultura assumida. O coletivismo era a marca do regime, mas a legislação aproximava-se mais do modelo subjetivo.

Mas as transformações políticas operadas no equilíbrio mundial, com a queda do "Muro de Berlim", a ruptura da União Soviética e a influência da doutrina subjetivista no direito norte-americano produziram modificações importantes nesse contexto. A liberação da prisão ideológica, de um lado, e a consequente

busca da democracia, na Rússia, e, de outro, a aproximação com o sistema universal de Berna — ao qual não se haviam integrado os EUA — vêm ocasionando a cristalização do sistema subjetivo como o ideal perseguido pelo universo.

Nessa ordem de idéias, é de realçar-se a adesão dos EUA à Convenção em 1988, em cujo seio já se albergava a antiga União Soviética, por iniciativa da própria Rússia.

Chega-se, então, à constatação de que a defesa da personalidade humana se apresenta como o fator central da instituição do regime legal para os direitos autorais, como item para a estimulação de criadores intelectuais à produção de cultura, que à nação interessa, no cenário internacional, para a consecução dos fins já expostos.⁸

4. Mecanismos de defesa e de garantia dos direitos autorais

Os sistemas em aplicação concentram-se, essencialmente, em certas regras, que se esquamatizam para permitir a percepção, em concreto, pelos titulares, de direitos sobre as obras criadas e inseridas em circuitos negociais, nacionais e supranacionais, por entidades de comunicações e através dos diferentes veículos possíveis.

São elas: a) a da incidência de direitos sobre quaisquer usos econômicos de obras de engenho; b) a da independência, para esse efeito, de cada processo autônomo de comunicação; c) a da necessidade de autorização autoral para cada um dos usos possíveis; d) a da outorga de autorização por intermédio da associação de titulares a que se vincula o autor; e) a da representação das associações nacionais, em territórios estrangeiros, por entidades congêneres do exterior; f) a da celebração de tratados entre países interessados para a compatibilização dos pagamentos de direitos aos respectivos titula-

⁸ Essencial a defesa da personalidade humana, em razão do princípio da dignidade dos seres, que, estimulado, produz e difunde cultura. Foi assim que, sucessivamente, se construíram os imensos impérios e, depois, se formaram as nações que ora o mundo conhece.

Significativo é o texto da Constituição norte-americana (1787), que outorgou poderes ao Congresso para "promover o progresso da ciência e das artes úteis, assegurando por tempo limitado aos autores e inventores o direito exclusivo sobre os respectivos escritos e descobertos" (art. I, seção 8).

res; g) a da constituição de redes de distribuição, através de contratos associativos, para a exploração econômica, em outros Estados, de criações nacionais.⁹

Com efeito, de início, atribuem-se direitos autorais sobre quaisquer utilizações econômicas de obras de engenho, assim entendidas as que possibilitam às entidades de comunicação (produtos, editores, distribuidoras, veículos e outras) a auferição de proventos econômicos, direta ou indiretamente: assim, por exemplo, a utilização de música canalizada, ou executada, em circuitos fechados, tais como hotéis, shows, boates e outros; a divulgação por satélite, a execução em rádio, em televisão, ou por outro meio qualquer de comunicação a público.

Considera-se, nesses usos, independente cada meio autônomo de comunicação que, em conseqüência, gera direitos patrimoniais aos titulares da obra, tais como: a gravação da música, a inserção em partitura e a produção em disco, ou em fita; a execução pela estação de rádio, e a posterior transmissão por outro meio, como o alto-falante, ou a canalização para certo ambiente (quarto de hotel, sala de escritório, restaurante dançante e outros); a reprodução e a subsequente transmissão por satélite, e assim por diante. Isso significa que a mesma criação pode produzir direitos, a níveis vários, no âmbito nacional e supranacional, conforme os usos a que, legitimamente, se submete, observadas as premissas da economicidade da utilização e da necessidade da autorização autoral.

De fato, exatamente porque se cuida de defender o titular de direito, é preciso que, para o ingresso da obra no mundo negocial, se ouça o autor, ou sua entidade representativa, quando então, através dos contratos próprios, se estipulam os direitos envolvidos, modo, prazo, território e condições de uso, com a conseqüente remuneração devida e a forma de pagamento. A *autorização autoral é que legitima, assim, qualquer utilização, que se queira realizar, com fins econômicos, por outrem. Pode o titular, nessa esquematização, acompanhar e fiscalizar os usos de suas criações no mundo econômico e retirar os proventos pecuniários que daí resultam.*

Para efeito de tornar possível essa exploração e por via mais expedita, tanto para os usuários como os próprios interessados, têm-se uni-

⁹ Sobre a estruturação dos direitos autorais, v. nosso livro ult. cit., pp. 13 e ss.

do os titulares por áreas, ou não, em associações, que, a um só tempo, negociam, administram e defendem os respectivos interesses, os quais se incumbem de *contratar com os empresários do setor os usos compatíveis, recebendo a remuneração ajustada e repassando-a aos associados, descontada a taxa de administração fixada.*

Em nível internacional, interligam-se com entidades de outros países, facultando-se, assim, o uso extranacional das criações e o conseqüente carregamento, aos titulares, de direitos gerados e percebidos fora do país de origem. Inspirada no mesmo princípio associativo, acabam possibilitando a formação de extensas redes de consulta e de administração de direitos, que viabiliza o uso extraterritorial de obras intelectuais estéticas, que, assim, rompem fronteiras e mais fronteiras nos cinco continentes, levando a cultura de um país a todos os recantos do universo, uma vez alcançada a consagração, como ocorre com freqüência com os filmes, os discos, os livros, os audiovisuais, em particular novelas, que ora se disseminam por todo o globo, produzindo receitas vultosas para os países produtores e os respectivos titulares de direitos.

Tendo em vista a internacionalização da economia, que se expandiu com a das comunicações, vêm os países interessados, a par da participação em Convenções abertas a toda a comunidade de nações, celebrando tratados bilaterais, em que definem orientações de interesse recíproco quanto a pagamento de direitos autorais, a fim de evitar-se conflitos, em particular com a bitributação. Compatibilizam-se, desse modo, os direitos e os interesses das nações envolvidas; instituem-se sistemas coerentes de processamento de pagamentos, enfim, regulam-se aspectos de relevo no tráfego de cultura entre os países diretamente relacionados nesse campo.¹⁰

Formam-se, então, com diferentes obras de engenho (tais como filmes, músicas gravadas e novelas, e bem como seus personagens ou contextos, *software*, e outras tantas criações), verdadeiras *redes de distribuição de cultura, que exercem influência decisiva na economia, no comportamento, no exercício de utilidade, na*

¹⁰ O fenômeno da internacionalização, que deita raízes em meados do século XIX, ganhou maior vulto em nossos tempos, em razão do extraordinário progresso das comunicações.

linguagem, nos hábitos, enfim, em vários aspectos da vida em sociedade, com expressivos resultados para os criadores, para os produtores e para os exportadores. Utilizam-se os titulares, nesse passo, de mecanismos diretos de atuação, formando, com pessoas e com empresas interessadas, redes de distribuição ao mercado em países nos quais possa florescer o uso das criações envolvidas. Através de contratos associativos (*licensing, franchising, merchandising*, e outros) colocam em todas as partes criações estéticas de interesse empresarial, ou como mecanismos de comunicação, de fruição de lazer, de entretenimento, de difusão de cultura, ou mesmo de fins múltiplos, recebendo, em todos, a remuneração cabível, que tem permitido, dentre outros, a criação e a manutenção de conglomerados empresariais de diversão e de entretenimento de enormes e extensas proporções.¹¹

Ora, quaisquer reflexões que, a propósito, se realizem levam à conclusão de que corolários da exportação de cultura são, dentre outros: influência decisiva sobre outras nações nos planos social, político, econômico; abertura de constantes mercados para seus produtos; desenvolvimento crescente do país exportador; ascendência intelectual, e assim por diante.

Daí por que pregamos, para os países em desenvolvimento, uma verdadeira "revolução pela cultura", a fim de que, mediante a afirmação interna de sua arte em geral, possam ingressar no mercado internacional ou expandir sua atuação a esse nível. Cuida-se, em verdade, de dar vida à significativa expressão da "Declaração Universal dos Direitos do Homem."¹²

5. Sugestões para o aperfeiçoamento dos regimes existentes

Os sistemas enunciados vêm, nos respecti-

¹¹ Sobre as verdadeiras redes e associações, deve-se anotar que interligam, sob o controle dos titulares, pessoas e empresas de diferentes nacionalidades e com extensões por todos os continentes, constituindo-se os exploradores em multinacionais de grande porte e que carregam divisas consideráveis em toda parte.

¹² "Todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da humanidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística de que seja autor" (art. XXVII).

vos países adotantes, produzindo resultados satisfatórios, funcionando, através de mecanismos institucionais (controlados diretamente pelas entidades do setor) e contratuais (conduzidos de modo direto, pelos próprios interessados, sem intervenção das entidades), nas áreas de exploração das obras e ao largo dos Estados interessados, e possibilitando, em consequência, a devida remuneração aos titulares de direito, drenados os recursos pelas vias próprias mencionadas.

Mas ainda carecem de aperfeiçoamentos, assim como a sistemática toda de regência de direitos autorais, diante de inúmeros fatores negativos que, na prática, têm obstado, não só a incidência, como o próprio alcance e, até mesmo, a efetiva percepção, pelos titulares, da justa remuneração devida. Assim, por exemplo: a) a falta de previsão legal de determinada criação ou de certo veículo, como protegível, ou suscetível de geração de direitos; b) a ausência, ou a ineficiência, de mecanismos internacionais, ou nacionais, de controle de pagamentos e de administração de recursos; c) a resistência de usuários a pagamentos devidos em concreto; d) a falta de conhecimento, pelo mercado, do alcance dos direitos autorais e conexos, tem criado, ou mantido, dificuldades para a atribuição, aos interessados, dos direitos patrimoniais devidos pelo uso das obras sobre as quais detêm interesses.

Tomando-se por base os mecanismos existentes e à luz da experiência nacional, podemos assinalar dentre outras áreas, como carentes, as referentes à percepção de direitos nas criações, nas representações e nas reproduções relacionadas à utilização de satélites, de televisão, de jornais, enfim, de veículos de publicidade em geral. Faltam, às vezes, instrumentos hábeis para a atribuição de remuneração, seja para as atividades de criação ou de produção da obra, seja por seu uso econômico através dos diferentes meios e processos de comunicação existentes. Com isso, deixam os titulares, injustamente, de auferir vantagens econômicas que, por direito, lhes pertencem, e, de modo indireto, ingressos próprios não são carregados, via tributação, para os cofres públicos. Temos insistido, em escritos, em congressos e em aulas ministradas que esse é o problema mais grave que se enfrenta na matéria, em tema de direitos patrimoniais de autor, pois se cura de perda de remuneração que, por lei, cabe ao autor. Há que se cogitar, portanto, da instituição de fórmulas

próprias, em cada setor, para a concretização dos direitos autorais, nas esferas referidas, através de ação de todos os interessados. Sugestões nesse sentido temos formulado em livros e em artigos especiais.¹³

No mais, há que se cuidar da atualização do complexo normativo sobre a matéria, tanto a nível internacional, como a nível interno.

No plano internacional, cumpre se preveja e se prepare a realização de mais uma revisão da Convenção de Berna — técnica adotada, desde o início, pelos convencionais, para efeito de constante aperfeiçoamento do sistema geral de proteção — e ainda na presente década, para que se adentre no novo século sob um regime adaptado às conquistas tecnológicas e doutrinárias alcançadas desde a última, que se operou em Paris.¹⁴

Cogitar-se-iam, então, dos temas que ora se acham inscritos na preocupação da comunidade internacional e divulgados, periodicamente, pela OMPI em suas publicações. São eles, dentre outros: novos direitos detectados (como os sobre *software*; em satélites; em reproduções por *laser*); pirataria; gestão coletiva; e incidência de direitos em novos usos (como nos regimes de assinatura, em televisão; na multimídia, nas novas formas de gravação).¹⁵

No plano nacional, há que se ajustar a Lei n.º 5.988/73 — que regula os direitos autorais em nosso País — aos novos princípios fixados na Constituição de 1988. Cuidam-se, em verdade, de adaptações de certos aspectos que indicamos em textos específicos, pois, no mais, atende o Diploma vigente aos reclamos da doutrina e se afina, por inteiro, com o sistema da União de Berna.¹⁶

¹³ V., principalmente, nosso *O Direito de Autor nos meios modernos de comunicação*, SP, Ed. RT, 1989.

¹⁴ A técnica das revisões, que possibilitou, paulatinamente, a inserção da fotografia, do cinema, da televisão e de outros meios, é o ponto alto do sistema unionista, que evita a petrificação do texto-base, ajustando-o, sucessivamente, ao estado evolutivo da época.

¹⁵ *Estão, pois, diagnosticados os problemas, necessitando de soluções, tanto, particulares, que temos oferecido nos textos citados, como gerais, que ora apresentamos.*

¹⁶ Propostas específicas fizemos em nossos livros e estudos citados, com destaque para o último referido, em que analisamos as deficiências existentes em todos os meios de comunicação de massa nessa matéria.

Entendemos que, com essas medidas, adentraremos o novo século, com disciplina jurídica compatível com o estatuto atual da doutrina e com a evolução das técnicas, cumprindo prever-se, sempre, disposições legais abertas à absorção dos progressos que, futuramente, se farão sentir nesse campo, pela inelutável busca de aperfeiçoamento que move o homem na Terra.

6. Reflexões conclusivas

Nesse momento em que dúvidas e perplexidades assolam o pensador do Direito, diante do constante desenvolvimento tecnológico, questões existem, na área do Direito de Autor, que merecem estudos e meditações, a fim de que se possa alcançar a necessária compatibilização entre os sistemas de regência existentes e a realidade cambiante.

Impõe-se a busca de quebra do descompasso, ou seja, deve-se pugnar pelo ajuste do direito posto às novas conquistas doutrinárias e tecnológicas, para que se protejam, com firmeza, os criadores intelectuais e, via de consequência, se afirme e se expanda a cultura do País.

Sugestões são possíveis nesse sentido, a partir de certas constatações que a análise do mercado de comunicações nos permite alcançar, consubstanciando-se, basicamente, na necessidade de absorção, pelo direito em vigor, das novas formas de reprodução e de apresentação de obras detectadas e da instituição ou do aperfeiçoamento dos mecanismos de percepção de direitos patrimoniais em uso.

Com a sua adoção, chegar-se-á à plena harmonização entre Direito e vida social no que pertine a direitos autorais, possibilitando o ingresso no século XXI com complexo normativo, universal e nacional, que, protegendo adequadamente os titulares de direitos, estimule o desenvolvimento da cultura como meio de progresso geral das nações!...

As garantias dos direitos fundamentais

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES

Pretendemos abordar de forma sintética os vários aspectos que envolvem a questão das garantias dos direitos fundamentais, no ordenamento constitucional.

O tema vem recebendo, através dos tempos, constantes e grandes evoluções, no sentido de se criar condições para que o direito possa corresponder com eficácia às também constantes violações dos direitos humanos.

A eficácia da declaração de direitos é preocupação e tema de debate dos clássicos do Direito Constitucional. As Constituições francesas de 1791, 1793, do ano III e de 1848 não se limitaram às declarações solenes de direitos em seu preâmbulo, passando a enumerar certos direitos que estas Constituições garantiam aos cidadãos.

Muitos textos constitucionais empregaram a expressão "garantias constitucionais" ou "garantias individuais" para significar os direitos individuais neles encontrados. Com o tempo se perceberá que a simples declaração não será suficiente para garantir a sua eficácia.

Podemos perceber que, neste momento, as expressões "garantias constitucionais" ou "garantias de direitos" terão significados diferentes. Na doutrina francesa, a garantia de direitos decorrerá da inserção nos textos constitucionais de princípios, institutos ou situações subjetivas, que após sua incorporação ao texto constitucional passam a ser especialmente asseguradas, isto é, garantidas constitucionalmente¹.

José Luiz Quadros de Magalhães é Professor de Direito Econômico e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional: o devido processo legal*. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, p. 83.

A doutrina alemã, de forma diferente, vai empregar esta expressão para significar os mecanismos jurídicos que dão segurança ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo².

Utilizando esta expressão para significar os mecanismos jurídicos que garantem a eficácia das normas constitucionais, encontraremos no direito brasileiro garantias como o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança (individual e coletivo), mandado de injunção, remédios processuais constitucionais, além de princípios fundamentais do direito processual, como o devido processo legal, o juiz natural, a instrução contraditória e a ampla defesa³.

Estas concepções de garantias de direitos evoluíram como reflexo da evolução e conseqüente ampliação do leque de direitos fundamentais, aos quais se somaram no início do século os direitos sociais, econômicos e culturais, como complementação necessária aos direitos individuais e políticos.

Desta forma, podemos dividir as garantias constitucionais em três tipos diferentes, que poderiam ser classificadas como garantias processuais, garantias de rigidez constitucional e garantias sócio-econômicas dos direitos individuais e políticos.

Enquanto garantias processuais, poderemos localizar na Constituição de 1988 garantias específicas e genéricas. O *habeas corpus*, tradicional remédio processual constitucional, visa a proteger especificamente a liberdade de locomoção, enquanto o *habeas data* garante o direito à informação.

O mandado de segurança individual vem acompanhado da criação do mandado de segurança coletivo, que proporciona às organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano a possibilidade de defesa de direitos de seus membros ou associados, e aos partidos políticos a defesa dos direitos difusos, que pertencem a todos de forma indivisível e indisponível⁴.

² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Constitucionalismo. *Revista de Informação Legislativa*, a. 23, n.º 91, jul/set 1986, p. 45.

³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Interna*. Belo Horizonte, Interlivros de Minas Gerais, 1992, pp. 97-98.

⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Ob. cit., pp. 102-103.

Criaram-se ainda no Texto de 1988 garantias processuais dirigidas a dispositivos que dependem de regulamentação, que em geral são aqueles referentes a direitos sociais e econômicos. O mandado de injunção vem possibilitar a concretização dos dispositivos constitucionais que dependem de norma regulamentadora e tem como objetivo obter do Poder Judiciário, num caso concreto e com efeito *inter partes*, a regulamentação do direito de forma provisória, até que o órgão ou poder competente a faça.

Portanto o objeto do mandado de injunção é suprir a carência de norma regulamentadora, possibilitando que o sujeito do direito que depende da regulamentação possa usufruir deste. É importante notar que, como na ação de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção também é uma forma processual de controle de constitucionalidade, pois supre, para aqueles que o impetrarem, a omissão inconstitucional.

A outra garantia, portanto, é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que não se confunde com o mandado de injunção. Além da diferença da legitimidade ativa e passiva, nos termos mesmo da redação do artigo 103, incisos I a IX, e do § 2.º, a principal diferença está no objeto. O mandado de injunção visa ao pronto exercício do direito, embora ausente a norma regulamentadora. Temos então uma decisão judicial supridora da omissão para aquele caso concreto colocado sob apreciação do Poder Judiciário. De forma diferente, a ação de inconstitucionalidade por omissão busca a construção da norma ausente por parte do órgão ou poder competente, tendo sempre efeito *erga omnes*, ao contrário do mandado de injunção, que tem efeito *inter partes*.

Finalmente, temos ainda como garantias processuais constitucionais a ação direta de inconstitucionalidade por ação, com legitimidade ativa restrita às pessoas do artigo 103 da Constituição Federal, e a ação popular, bastante valorizada no Texto de 1988, pois amplia sua proteção, possibilitando que através deste remédio processual se possa anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A segunda espécie de garantia constitucional é aquela que chamamos de garantia de rigidez constitucional. Essa garantia se caracteriza

pela inserção de determinados limites à atuação do poder público, das pessoas em geral e do legislador infraconstitucional no que se refere à proteção dos direitos fundamentais.

Exemplificando, podemos visualizar esta espécie de garantia ao fazermos um estudo comparado de textos constitucionais brasileiros, no que diz respeito à inviolabilidade do domicílio. A Constituição de 1937, quando se refere a este direito, simplesmente declarou o direito à inviolabilidade da casa, "salvas as exceções expressas em lei" (artigo 122, § 6.º da Constituição brasileira de 1937). Não há aí nenhuma garantia, mas mera declaração de direito, que deixa livre o legislador infraconstitucional para estabelecer quaisquer casos em que se poderá penetrar no domicílio.

A Constituição de 1967, no seu artigo 150, § 10, estabelece que a casa é o asilo inviolável, ninguém podendo nela penetrar, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer. Temos aí um limite expresso relativo aos casos em que se poderá penetrar no domicílio durante a noite, havendo portanto uma garantia de rigidez da Constituição, que não permite ao legislador infraconstitucional estabelecer outras hipóteses senão aquelas já previstas. Entretanto, durante o dia, o Texto Constitucional deixa o legislador livre para estabelecer quais casos este entenda ser necessário regulamentar. Não há então garantia de rigidez para o legislador ordinário, mas há para as autoridades e para os cidadãos em geral, que estarão restritos a determinação de lei infraconstitucional, conforme mandamento constitucional.

Finalmente o Texto de 1988 estabelece no seu artigo 5.º, inciso XI, que a "casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". Temos neste caso garantia de rigidez constitucional dirigida para o legislador ordinário que não poderá estabelecer outros casos além dos ali mencionados, como também, obviamente, são estes limites impostos para todos que obrigatoriamente em nosso território se submetem à nossa ordem constitucional.

Utilizamos este exemplo apenas para facilitar o entendimento da expressão "garantia de rigidez constitucional", aqui empregada.

O último tipo de garantia constitucional é que podemos classificar como garantias sócio-econômicas dos direitos individuais e políticos, conceito este que nos levará à percepção da indivisibilidade dos direitos humanos.

Para entendermos o sentido destas garantias é necessário percorrermos rapidamente a evolução do conceito de direitos humanos e mesmo de indivíduo no Direito Constitucional moderno. O nascente Estado liberal, que se afirma com a Revolução americana de 1776, a Constituição norte-americana de 1787 e a Revolução francesa de 1789, irá proclamar direitos individuais e liberdades públicas que irão se fundamentar em dois conceitos básicos.

Segundo Charles Tocqueville, existirá uma concepção liberal que defende a correlação entre propriedade e liberdade e uma concepção liberal-democrática que defende a correlação entre igualdade e liberdade⁵.

Direitos humanos neste período terão como conteúdo apenas direitos individuais e políticos, sendo os direitos políticos sinônimos de uma democracia política extremamente limitada e restrita, vinculada a privilégios econômicos.

Este liberalismo clássico corresponderá portanto a um Estado liberal, que traduzirá o pensamento econômico do *laissez-faire - laissez-passez*, que deixará aos cidadãos a possibilidade do exercício da livre concorrência de modo que o egoísmo de cada um ajudasse a melhoria do todo⁶.

Este modelo político e econômico levava, no século dezenove, a uma concentração econômica que ameaçava o núcleo do pensamento liberal de livre concorrência e livre iniciativa. Era urgente a intervenção estatal no domínio econômico que viesse a possibilitar a sobrevivência do liberalismo, como também urgente era que o Estado liberal incorporasse determinadas reivindicações socialistas por trabalho, previdência, saúde e educação, evitando com isso a explosão social que ameaçava os Estados europeus naquele final de século e no início do século XX.

Esses fatos conduziram ao surgimento do Estado social e democrático de direito, que se

⁵ GRUPPI, Luciano. *Tudo Começou com Maquiavel*, 3.ª edição, LSPM Editores, Porto Alegre, 1980, pp. 22, 23.

⁶ NICZ, Alvair Alfredo. *A Liberdade de Iniciativa na Constituição*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, p. 11.

afirma nas Constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919.

Essas Constituições ampliaram o catálogo de direitos fundamentais, acrescentando ao núcleo destes direitos no Estado liberal (os direitos individuais e políticos) novos direitos sociais, econômicos e culturais.

É importante ressaltar que não se trata de mera ampliação de direitos e garantias, como interpretam vários constitucionalistas, que caracterizaram este Estado como um Estado assistencialista, mantendo o núcleo liberal de direitos fundamentais intacto e acrescentando direitos sociais e econômicos, que seriam reflexos da injunção econômica do momento. O Estado nesse sentido interviria na economia quando necessário para fazer correções e assistiria os necessitados nos momentos de crise econômica. Não há, portanto, nenhuma reformulação no modelo econômico liberal.

Entendemos não ser isso o que propõe o novo modelo constitucional, que é adotado pela Constituição brasileira de 1988.

Na verdade, os direitos sociais e econômicos são verdadeiras garantias sócio-econômicas do exercício de direitos individuais e políticos. Não há como se separar os direitos individuais e políticos dos direitos sociais e econômicos. Eles são indivisíveis, e esta é a grande contribuição do moderno constitucionalismo.

O que ocorre é na verdade o surgimento de um novo conceito de indivíduo, que ultrapassa o conceito liberal. É um indivíduo portador de todos os direitos que possam permitir a sua completa integração à sociedade em que vive. É um indivíduo que não tem apenas o direito à sobrevivência, o direito à vida biológica, mas direito à vida com dignidade, com trabalho, justa remuneração.

As garantias sócio-econômicas são meios de que o indivíduo deve dispor em uma sociedade em um determinado momento histórico, para poder ser livre. Não há liberdade política sem democracia econômica e social. Esta é a propositura que faz o Estado, democrático e social de direito, e é este o sentido da expressão "garantias sócio-econômicas de direitos individuais e políticos".

Os direitos humanos, hoje, são integrados por grupos de direitos indivisíveis, como os direitos individuais, políticos, econômicos e sociais. Um pressupõe o outro necessariamente, e não há como compreender esta nova siste-

mática, partindo de pressupostos liberais. Estes estão ultrapassados.

Neste sentido, em trabalho sobre "Direitos Fundamentais e Constituição", o Professor Jaime Ordoñez nos recorda que o trabalho do Estado não se limita ao trabalho de tutelar determinados direitos fundamentais dentro de uma normativa jurídica, para que estes sejam efetivos, mas, citando Norberto Bobbio, ressalta a necessidade de que ocorra a "função promocional do direito", "onde, através de medidas positivas, se buscariam promover condições para que a igualdade e liberdade fossem efetivas, removendo obstáculos que impedissem a plenitude do exercício destes direitos e facilitasse a participação dos cidadãos na vida política, econômica e cultural de um país".

Podemos dizer que os direitos sociais e econômicos possibilitaram a libertação do indivíduo das carências materiais, que o impedem de ser realmente livre.

O debate da indivisibilidade dos direitos humanos também ocorreu no Direito Internacional Público, onde se superou a dicotomia entre direitos civis e políticos de um lado, como direitos de implementação imediata, e direitos sócio-econômicos e culturais de outro lado, como direitos passíveis de aplicação apenas progressiva.

O Professor Antônio Augusto Cançado Trindade aborda a questão no seu livro *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, quando ressalta o questionamento e mesmo a superação da velha dicotomia, que no plano global se deu com a Conferência de Direitos Humanos de Teerã, de 1968, e a célebre Resolução 32/130, de 1977, da Assembleia Geral da ONU, que proclamaram a indivisibilidade e a interdependência de todos os direitos humanos. Nas palavras do autor: "Deu-se conta de que os meios de implementação das duas categorias de direito não teriam de ser necessariamente em todos os casos distintos. Sem os direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos teriam pouco sentido para a maioria das pessoas, e determinados direitos de caráter econômico e social revelavam afinidades com as liberdades civis, e, exigíveis por si, adaptavam-se aos mesmos mecanismos de proteção dos direitos civis e políticos (a exemplo, e.g., do direito de associação e liberdade

¹ ORDOÑEZ, Jaime. *Derechos Fundamentales y Constitución*, Contribuciones, p. 98.

sindical, e do direito a educação)⁸.

Analisando então esta classificação proposta, das garantias dos direitos fundamentais, vários questionamentos podem surgir a respeito das implicações desta abordagem, na realidade contemporânea. Duas questões podem ser levantadas neste momento, e que podemos abordar rapidamente. A primeira diz respeito aos limites do poder constituinte derivado no Texto de 1988.

A Constituição de 1988 coloca este poder de reforma, que é um poder limitado, subordinado e de segundo grau, dividido em duas espécies: emenda e revisão. O poder constituinte derivado de emenda à Constituição se caracteriza pela alteração pontual do texto, alteração esta que se sujeita a um *quorum* de 3/5, limitando-se a iniciativa de emenda ao Presidente a 1/3 dos senadores ou deputados e a mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados-Membros, que deliberarão por maioria absoluta de seus membros a sua propositura. Este poder derivado de emenda sofre ainda limites circunstanciais (proibições de funcionar em estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal), como também limites materiais no mesmo artigo 60, § 4.º, incisos I a IV (proibição de emendas tendentes a abolir a forma federativa, a separação dos poderes, a democracia representativa e os direitos individuais e suas garantias).

O artigo 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê a possibilidade de funcionamento ainda de um poder constituinte derivado de revisão, sendo que este só poderá existir uma só vez, aplicando-se a este poder, além da limitação temporal do mencionado artigo 3.º do ADCT, as limitações circunstanciais e materiais previstas no artigo 60 para o poder constituinte derivado de emenda.

Partindo deste entendimento, que encontra amparo na doutrina do poder constituinte⁹, e de posse dos dados doutrinários já estudados sobre garantias de direitos, podemos concluir que no exercício do poder constituinte derivado, seja enquanto poder de revisão, seja en-

⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 40.

⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. "Poder Constituinte e a Norma Fundamental de Hans Kelsen". *Revista de Informação Legislativa*, a. 27, n.º 105, jan/mar 1990.

quanto poder de emenda, os direitos individuais, políticos, sociais e econômicos não poderão ser restringidos, sendo impossível a restrição ou a retirada do Texto Constitucional de 1988 de qualquer direito individual e político, assim como de suas garantias sócio-econômicas, sendo inconstitucional qualquer emenda ou revisão que venha de encontro aos princípios da ordem econômica e social. Estes dispositivos podem ser modificados no sentido de sua ampliação ou aperfeiçoamento, que facilite sua implementação.

Finalmente, outro aspecto importante que se refere à problemática atual que envolve o tema diz respeito à internacionalização da economia e à mudança dos centros de poder decisional sobre questões políticas e econômicas.

Fala-se hoje da substituição do Estado-Nação tradicional, protagonista indiscutível do exercício de poder durante quatro ou cinco séculos, por mega-Estados, entidades macrorregionais, como a Comunidade Econômica Européia e o Nafta, que assumem o controle do poder político e econômico¹⁰.

Esta realidade coloca um questionamento fundamental para o papel das Constituições nacionais na proteção dos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais e econômicos.

Esta é uma realidade para o Mercado Comum Europeu, onde, com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, caminha-se firme para o nascimento de um Estado regional.

No caso da América do Sul, entretanto, entendemos que este processo será mais demorado, mesmo porque se encontra no início, e várias dificuldades devem ser superadas para que se possa avançar neste sentido.

Não é o caso aqui de aprofundarmos neste tema, mas procurarmos apenas levantar indagações para debate e posterior aprofundamento em outra oportunidade.

Entendemos que mesmo com a evolução do Mercado Comum do Cone Sul será possível e desejável a convivência do modelo nacional de repartição econômica ao lado de um modelo regional e mesmo internacional.

É fundamental que no plano internacional se criem condições de controle das políticas dos organismos financeiros internacionais, vinculando suas políticas econômicas a princípios

¹⁰ ORDOÑES, Jaime. Ob. cit., p. 94.

dos direitos humanos, presentes nos textos internacionais, possibilitando-se com isso o desejável desenvolvimento regional e nacional e a livre adoção de modelos regionais e nacionais de repartição econômica.

A necessidade da vinculação destas políticas à implementação dos direitos humanos poderá certamente evitar a adoção de políticas econômicas que acarretem grandes custos sociais, o que ocorre invariavelmente no Terceiro Mundo.

Esta preocupação está presente em estudos realizados pelas Nações Unidas, como, por exemplo, o estudo de Raúl Ferrero, *Rapporteur*, especial da subcomissão da luta contra as medidas discriminatórias e da proteção das minorias¹¹.

Alerta Raúl Ferrero para as imposições do FMI, por exemplo, quando este fornece créditos para ajudar a resolver problemas de balanço de pagamentos, obrigando países em desenvolvimento a aplicar políticas internas de consequências perigosas, como a aceleração da inflação ou o agravamento do desemprego. Os

organismos internacionais, como o FMI, o Banco Mundial e o GATT, devem levar em consideração as repercussões ou consequências sociais que podem ter suas recomendações ou receitas para países em desenvolvimento¹².

É necessário se levar para o plano internacional a idéia de condicionamento das políticas econômicas e da ordem econômica internacional, aos valores refletidos pelos textos internacionais de direitos humanos, assim como ocorre no plano interno.

Finalizando, esclarecemos que nossa pretensão foi de propor uma classificação que facilite a análise e o entendimento das garantias dos direitos humanos, introduzindo ao final, apenas como questionamento e visando ao debate, as questões que envolvem este tema perante problemas e desafios contemporâneos.

As respostas para estas questões muitas vezes têm de ser retiradas da vivência, do debate e da reflexão, para que possamos construir mecanismos eficazes de implementação dos direitos humanos, que correspondam às constantes modificações sócio-econômicas de nosso tempo.

¹¹ FERRERO, Raúl. *Le Nouvel Ordre Economique International et la Protection des Droits de L'homme*. Nations Unies, New York, 1986, ISBN.92-1-254055-4.

¹² FERRERO, Raúl. Ob. cit., p. 10.

A organização sindical na Constituição Federal de 1988

JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO

SUMÁRIO

1. Introdução 2. A organização sindical. 2.1. Autonomia sindical. 2.2. Liberdade coletiva. 2.3. Liberdade individual. 3. Conclusão.

1. Introdução

As relações coletivas de trabalho no Brasil sempre estiveram marcadas pelo intervencionismo estatal, em maior ou menor intensidade, notadamente a regulamentação da organização sindical.

O Brasil agroindustrial da década de 40 munuiu-se, sob os ventos provenientes da Europa, de uma legislação detalhista, de inspiração fascista, atrelando o sindicato ao Estado e destinando-lhe uma atividade assistencialista.

Mecanismos como a unicidade sindical, imposta por lei, o conceito rígido de categoria profissional ou econômica, o sistema de enquadramento sindical, a contribuição sindical determinada por lei, o reconhecimento do sindicato pelo Estado mediante o preenchimento de certos requisitos, as limitações ao exercício do direito de greve, a pouca importância dada à negociação coletiva, o poder normativo e a representação classista na justiça do trabalho caracterizam, em linhas gerais, o modelo brasileiro. Este modelo resistiu intacto desde os fins da década de 30 até a Constituição de 1988 e serviu, de igual forma, aos regimes políticos de diferentes matizes que atuaram nesse mesmo período.

Ao lado do feito mussoliniano do modelo sindical coexiste a tradição brasileira do direito legislado. A lei sempre esteve em um plano de destaque entre todas as demais fontes de produção do direito. Aliás, uma rápida análise

João de Lima Teixeira Filho é Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho e da Administração, Coordenador Nacional do Subgrupo n.º 11 do Mercosul, ex-Secretário Nacional do Trabalho do MTPS, Advogado Trabalhista e Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

comparativa dos textos constitucionais leva a essa inevitável conclusão.

Desde a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, em 1985, o propósito dos parlamentares, independentemente da corrente partidária a que pertencessem, parecia convergir para a elaboração de um texto constitucional sintético, enunciador de princípios básicos e regras essenciais de conduta em sociedade, o que o faria longo. Nesse contexto, abundavam as invocações da Magna Carta Inglesa e da Constituição norte-americana.

Ocorre que esses bons propósitos depararam-se com entraves de diferentes ordens, variando desde a estrutura peculiar do direito anglo-saxônico, em contraposição ao sistema intervencionista do direito romano, que adotamos, até o desejo de inserir no corpo do Diploma Maior da Nação interesses concretos ao influxo da realidade nacional do momento ou a elevação ao patamar constitucional de normas preexistentes e detalhistas, de distinta hierarquia legal.

Dentro dessa concepção regulamentarista, a Constituição Federal promulgada em 1988 apresenta o seguinte perfil das relações coletivas de trabalho:

a) proclamou o princípio da liberdade sindical (art. 8.º, *caput*), embora, a seguir, imponha o regime de unicidade representativa não resultante da vontade dos representados, assim como o conceito de categoria e, ainda assim, dentro de bases territoriais;

b) assegurou a plena autonomia sindical ao obstar qualquer interferência ou intervenção do Estado na criação e na gestão do órgão de classe;

c) estimulou, fortemente, a negociação coletiva, realçando-a como o mecanismo mais eficaz de composição de conflitos laboriais;

d) garantiu o exercício amplo, porém não ilimitado, do direito de greve, tornando incompatíveis com a nova ordem constitucional todos os condicionamentos que a legislação anterior impunha à paralisação coletiva;

e) conferiu poder tributário ao sindicato, condicionando seu exercício à deliberação da Assembléia, e contraditoriamente manteve a contribuição sindical obrigatória, preexistente na Consolidação das Leis do Trabalho;

f) reafirmou a instituição da reapresentação classista em todas as instâncias da justiça

do trabalho, guardando simetria entre as instâncias desta e os graus de entidades integrantes da organização sindical;

g) manteve o poder normativo da justiça do trabalho para solucionar institucionalmente os conflitos coletivos de trabalho, através de sentença que substitui os instrumentos normativos de autocomposição, e previu a possibilidade de as partes, como alternativa ao dissídio coletivo, recorrerem à arbitragem privada (art. 114 da CF);

h) muniu o sindicato de instrumentos processuais que antes não possuía, como a legitimidade ativa para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103 da CF), assim como de impetrar mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX), criado nessa Constituição.

Portanto, a fonte primária de regulamentação do direito sindical brasileiro é a Constituição. Esta Lei Fundamental busca estabelecer os contornos necessários à convivência entre os regimes jurídicos autônomo e heterônomo, dando a esta regulamentação características particulares e de razoável complexidade, onde os espaços abertos ao regramento pelos interlocutores sociais mesclam-se ainda com algumas invasões estatais na área da organização sindical.

Por razões de delimitação de tema, não será possível examinarmos como opera esse sistema constitucional no campo das relações coletivas de trabalho, que se compõe de três grandes áreas: a organização sindical, a negociação coletiva e o direito de greve. Ficaremos circunscritos à organização sindical, nada mais nada menos que o componente deflagrador das relações coletivas de trabalho. Duas regras singelas podem mostrar a importância da organização sindical no êxito da negociação coletiva, de cujo desdobramento depende, por sua vez, o direito de greve.

A primeira regra pode ser assim anunciada: *quão mais rígida é a organização sindical, mais tormentosa é a negociação coletiva.*

A estrutura sindical brasileira é bastante inflexível, na medida em que a lei secciona os sindicatos por *base territorial* e, dentro destas, por *categorias* preponderantes, diferenciadas e profissionais de nível superior.

Neste *atomizado* cenário de representação,

não decorrente da vontade dos interessados, raramente os empregados de uma empresa estão representados por um único sindicato. A regra é que as empresas tenham em seus quadros motoristas, ascensoristas, advogados, engenheiros, entre outros, os quais possuem representação legalmente diferenciada, qualquer que seja a atividade preponderante da empresa. Isso dificulta o afinamento de posições pelo lado dos trabalhadores, tão mais díspares quanto maior seja o número de sindicatos e categorias, e também pelo lado do empregador, que se defronta com interesses que não são homogêneos.

E se a negociação coletiva tem lugar sem a presença de todos os sindicatos representativos daquelas três categorias de trabalhadores, as condições de trabalho não se aplicam uniformemente a todos os empregados, eis que o efeito normativo do instrumento que as substancia exaure-se no âmbito da categoria acordante. Caso o empregador voluntariamente estenda as condições de trabalho avançadas às categorias cujo sindicato não participou da negociação, tal extensão implica a contratualização dessas concessões para os trabalhadores não representados por sindicato na negociação coletiva. Estas indesejáveis consequências, em termos de proliferação de sindicatos na negociação e em termos de tratamento jurídico diferenciado para o produto da negociação, constituem decorrência da rigidez do modelo sindical imposto por lei aos interlocutores sociais.

A segunda regra está em que *quão mais fortes e representativos são os sindicatos, menor é a necessidade de intervenção legislativa*.

À medida que o sindicato robustece sua representatividade, como decorrência de seu desempenho nas negociações coletivas, atendendo às reais necessidades dos trabalhadores que representa, progressivamente a lei passa a desempenhar um papel secundário na satisfação daqueles anseios. Inverte-se, desse modo, a forma de ativar a fonte de produção de direitos: de *heterônoma* para *autônoma*. Vale dizer, cada vez mais os direitos sociais resultam do assentimento direto dos interlocutores sociais e proporcionalmente menos de imposição legislativa. Com isso, cria-se o campo propício ao desenvolvimento da negociação coletiva, pois a proliferação de normas legais, re-

gulamentando o processo negocial ou concedendo o que seria o seu objeto, acaba por esvaizar a autonomia coletiva ou por atrofiá-la, na medida em que confina o seu raio de ação.

A negociação coletiva pressupõe, portanto, a participação insubstituível e mediadora dos corpos intermediários, baseada no princípio da subsidiariedade. Segundo este princípio, o Estado tem apenas função supletiva e só deve centralizar e desempenhar aqueles papéis que não possam ser assumidos diretamente pelos cidadãos ou pelos corpos sociais intermediários: as empresas, os sindicatos e outras instituições que se interpõem entre os cidadãos e o Estado.

As razões para isto são óbvias: é para que haja uma ampla e saudável descentralização capaz de dar respostas e soluções mais justas e mais racionais às demandas; para que se estimule o senso de responsabilidade e de participação de cada cidadão, que, assim, assumirá o papel de artífice de seu próprio destino e não ficará esperando as soluções padronizadas do Estado; e para evitar que os cidadãos tenham de enfrentar-se sempre diretamente com o próprio Estado, sem os amortecedores dos corpos mediadores.

E a negociação coletiva constitui o processo mais adequado para se estruturar uma verdadeira rede de regras privadas, revistas e aprimoradas a cada exercício da autonomia coletiva, sempre objetivando reduzir a folga, o espaço faltante que existe na área do trabalho em relação à área do capital, distância essa que nem mesmo a mera intervenção legislativa se mostrou capaz de corrigir.

Isso não significa menosprezar a função reguladora que o Estado efetivamente tem a desempenhar. Significa, isto sim, reconhecer a existência de uma vertente autônoma voltada para a busca — cada vez mais ostensiva e mais autêntica — da realização da justiça social.

Dessa forma, é possível conjugar e sincronizar a intensidade da intervenção estatal com os avanços sociais indicadores da suficiência da ação sindical, visando tentar, de alguma forma, corrigir o desnível existente entre trabalhadores e empresários.

Essa pujança e maturidade sindicais representam um divisor de águas no sentido de que a presença do Estado no campo das relações de trabalho já não é exigida, como o foi no advento da Revolução Industrial, com a mes-

ma intensidade e com os mesmos objetivos. O afastamento total do Estado, numa atitude omissiva, também não é a posição correta, já que a Constituição brasileira reconhece as desigualdades sociais e regionais (arts. 3.º, III, e 170, VII) e imputa ao Estado, basicamente, o dever de reduzi-las.

Na busca desse objetivo, cumpre ao Estado, sem prejuízo de valer-se do intervencionismo básico sempre que se fizer necessário, adotar a posição de estímulo e de sustento a que os sindicatos assumam o papel de protagonista da regulação do trabalho, deixando o de pávido coadjuvante ou de complacente espectador do cenário de desigualdades.

Desde que efetivamente atuem os corpos intermediários situados entre o cidadão e o Estado, a este último incumbe apenas lançar o núcleo das relações de trabalho, editando as normas de ordem pública, em resguardo do interesse coletivo. Isso porque a intervenção estatal em dose excessiva reduz desejavelmente, de um lado, a autonomia individual, porém, por outro lado, ocupa indesejavelmente espaços dentro dos quais a negociação coletiva deveria estar evoluindo e se desenvolvendo.

O sistema jurídico brasileiro está, em tese, armado dentro desse molde de níveis diferentes de interesses: o público, o coletivo e o individual.

O interesse público encontra-se resguardado com a cláusula de irrenunciabilidade e com a cominação de nulidade dos atos que contra ele atentem (arts. 9.º e 444 da CLT). É ainda previsto que, mesmo na hipótese de lacuna legislativa, as autoridades judiciárias ou administrativas recorrerão aos meios usuais de supri-la, mas decidirão sempre de modo que "nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público" (art. 8.º da CLT).

O interesse coletivo, de categorias profissionais (empregados) e econômicas (empregadores), é revelado através das negociações coletivas, de onde resultam condições de trabalho de eficácia restrita ao âmbito das respectivas representações, ajustadas no vazio ou por cima do mínimo da lei, embora seja constitucionalmente permitida a flexibilização de direitos, sempre sob tutela sindical (art. 7.º, incisos VI, XII e XIV, da Constituição Federal). E contra a pactuação coletiva não cabe o acordo individual (art. 444 da CLT).

O interesse individual, exatamente por ser o mais frágil, quando isoladamente considerado, submete-se aos demais níveis de interesse e só produz eficácia jurídica se presente aos requisitos da bilateralidade da avença e, ainda assim, da ausência de prejuízos diretos ou indiretos para o trabalhador (art. 468 da CLT).

A proliferação de normas estatais que até poucos anos atrás se verificava no Brasil, ultrapassando o campo do interesse público, enquanto não comprometa a estrutura do modelo acima referido, leva-nos a crer que o sindicato ainda não vinha cumprindo, na intensidade e na medida do desejável, sua função distributiva, apesar do significativo e permanente robustecimento de sua ação, nos últimos quinze anos. Aliás, este revigoramento do sindicato explica por que o legislador constituinte de 1988 introduziu na Lei Maior a figura da flexibilização de direitos, sob estrito controle sindical.

2. A organização sindical

A liberdade sindical tem na Convenção n.º 87, da OIT, o seu documento básico. Ali estão consagradas as três dimensões dessa liberdade: a coletiva ou de grupo, a individual e a autonomia sindical.

2.1. Autonomia sindical

Autonomia sindical é o atributo fundamental da liberdade associativa. É o direito do próprio sindicato de, como pessoa jurídica, auto-organizar-se e funcionar sem a intenção e a interferência do Estado. Esta dimensão da liberdade sindical somente veio a se configurar no Brasil após a Constituição Federal de 1988.

Antes disso, a criação e gestão dos sindicatos, bem assim o processo de reconhecimento para que pudessem praticar atos da vida sindical, encontravam-se reguladas em aparatosa malha legal, verdadeira peneira de microscópica granulometria, para serem administradas pelo Estado ao sabor de seus interesses de momento. Desde o estabelecimento de *quorum* para a constituição de sindicatos (art. 515 da CLT), passando pela padronização de estatutos sociais (art. 518 da CLT), a composição da administração (art. 522 da CLT), a forma de deliberação (art. 524), o processo eleitoral (art. 529), até à gestão financeira do sindicato, nada passou alheio à pena do legislador da década de 40.

Ultrapassado o exame destas exigências formais, submetia-se o sindicato à Comissão de

Enquadramento Sindical (arts. 570 a 577 da CLT), cuja atribuição era a de velar pela integridade do princípio da unicidade sindical. Para tanto, dispunha de um completo mapeamento sindical, fundamentado em um detalhado “quadro de atividades e profissões” (art. 577 da CLT).

Não existindo mais de um sindicato de igual categoria na mesma base territorial (art. 516) e restando satisfeitas aquelas formalidades, com todas as minúcias inerentes a cada qual, competia ao Ministro do Trabalho reconhecer o sindicato, outorgando-lhe a “carta sindical” (art. 529 da CLT), com o que adquiria, finalmente, o monopólio da representação sindical, passava a desempenhar atividades assistenciais e de colaboração mesmo com o Poder Público (art. 513, *d* e 514 da CLT) e vinculava-se ao Estado por mecanismos de suprimento financeiro, como a contribuição sindical obrigatória (arts. 578 a 593 da CLT), ou de cooptação de dirigentes sindicais, através de nomeação para integrarem a justiça do trabalho, em todas as instâncias, na condição de juizes classistas (arts. 647, 660 a 667, 670 §§ 4.º e 5.º, 684 a 689, 693, *b* e §§ 2.º e 3.º, da CLT).

A tal ponto esse papel de “controle” agigantou e projetou o Ministério do Trabalho perante a sociedade, que curiosa situação se verifica: a própria sociedade festeja as novas prerrogativas sindicais asseguradas pela Constituição de 88 e, ao mesmo tempo, critica o Ministério do Trabalho de omissão no campo das relações coletivas de trabalho, como se a antiga engrenagem de controle não tivesse sido, em grande parte, desmontada pela Constituição...

O preceito da Constituição que assegura a autonomia sindical é de extrema singeleza mas de grande eficácia em relação aos entraves até então vigentes:

“a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical” (art. 8.º, I).

A frondosa árvore de ingerências estatais na autonomia sindical, cujo objetivo não era outro senão o atrelamento do sindicato ao Estado, foi ceifada, a um só golpe, pelo dispositivo constitucional supratranscrito. Isto provocou um imenso vazio no Título V da Consoli-

dação das Leis do Trabalho, diante da contrariedade à letra e sobretudo aos princípios que decorrem da nova ordem constitucional. Assegurada completa autonomia na formação e na conseqüente aquisição da personalidade jurídica do sindicato, não mais se concebe a presença do Ministério do Trabalho impondo-lhe um estatuto-padrão, determinando-lhe o número de dirigentes, controlando seu processo eleitoral, posicionando-o em determinado “escaninho” do plano de enquadramento sindical etc...

Contudo, uma única ingerência estatal é admitida pela Carta Magna: o registro do sindicato no “órgão competente”. E qual seria esse órgão competente?

Curioso notar que tal questionamento normalmente parte de interlocutores interessados na arrecadação do nefasto *contributo sindical* fascista ou de entidades incapazes de pôr em prática o discurso de valorização da negociação coletiva. Em ambos os casos, o argumento do registro sindical é utilizado como *escudo* para justificar a atitude de abstenção à prática negocial ou à manutenção de uma representatividade meramente formal, fundada numa receita financeira que não resulta da vontade dos representados.

Sempre entendemos que o Ministério do Trabalho havia decaído dessa competência a partir da promulgação da Constituição de 88. Isto porque o registro estava, como visto, indissolúvelmente ligado a um conjunto de intromissões que o Ministério praticava para, ao final, “reconhecer” ou legitimar o sindicato. O registro era um *ato complexo*, cujas etapas, inicial e subseqüentes, estavam contaminadas pela vontade estatal. Logo, não há como se seccionar deste ato uma parte supostamente sã para produzir efeitos, isoladamente, no novo cenário constitucional de respeito à autonomia sindical. O Título V da CLT passou a representar — finalmente! — peça de arqueologia jurídica.

Mas há um outro aspecto fundamental que conduz àquela mesma conclusão. O registro no Ministério do Trabalho está umbilicalmente ligado ao plano de enquadramento sindical. Um não existe sem o outro. Este é pressuposto necessário daquele! A doutrina parece não discreditar quanto à extinção desse verdadeiro mapeamento de sindicatos pelo Estado e da Comissão de Enquadramento Sindical, que o ge-

renciaava, assim como quanto à revogação do art. 577 da CLT por inextrincável incompatibilidade com a Lei Maior.

Salienta Eduardo Gabriel Saad que

“o enquadramento sindical era elaborado pelo Poder Público. O pré-requisito da constituição de um sindicato, patronal ou de empregados, era existir a correspondente categoria naquele enquadramento (...). O art. 8.º da Constituição Federal deitou por terra esse intervencionismo da pasta do Trabalho na estrutura e na dinâmica do sindicalismo pátrio”¹.

Inexistindo o plano de enquadramento sindical, o resguardo da unicidade ficou inviabilizado. Se o Estado não mais dispõe de mecanismos de controle sobre a geografia sindical, a possibilidade de superposição de entidades de classe e, pois, de controvérsia sobre a representação de ambas é quase inevitável. E a respeito dessas controvérsias, já enfatizava Octávio Bueno Magano:

“Antes do advento da Constituição de 1988, inscreviam-se elas nas atribuições da Comissão do Enquadramento Sindical, com recurso para o Ministro do Trabalho (art. 576, § 6.º, da CLT). Agora, porém, já não há mais como sustentar a validade de tal solução porque o artigo 8.º, I, da Constituição proíbe qualquer interferência do Poder Público na organização sindical”².

Em síntese, o Ministério do Trabalho não é o órgão competente para efetivar o registro de sindicatos porque:

a) o registro concessivo da carta sindical não sobrevive se escoimado do feixe de atos iminentes e impregnados de intromissões estatais;

b) a insubsistência dos escaninhos do vestuário enquadramento sindical retira o suporte e cria uma impossibilidade fática para o registro; e

c) o Ministério não pode arbitrar qualquer conflito de representatividade entre sindicatos.

Diante da inexistência da regra especial da CLT, derogada que foi pela nova Constituição, prevalece a regra geral de registro dos atos

constitutivos das demais pessoas jurídicas, isto é, a Lei n.º 6.015, de 31.12.73, que instituiu o registro civil das pessoas jurídicas.

J. Cretella Jr. é enfático ao afirmar que

“o legislador constituinte quer ‘o registro do sindicato no órgão competente’, mas não indica qual seja esse órgão. Não há a menor dúvida de que se trata do Cartório de Registro das Pessoas Jurídicas, tão-só, e em nenhum outro mais, sendo, assim, inócuo e inoperante, mesmo ilegal o registro em Delegacias do Trabalho e no Ministério do Trabalho”³.

Não foi por outra razão que o Ministério do Trabalho, através de sucessivos atos, sendo o mais recente a Instrução Normativa n.º 1, de 27.8.91, deixou claro que o órgão de classe poderia compor o “Arquivo das Entidades Sindicais Brasileiras”, após o registro constitutivo do sindicato em cartório. Este arquivo representa mero *cadastro* dos sindicatos existentes, que em hipótese alguma pode ser confundido com procedimento tendente a conferir personalidade jurídica à entidade para a prática de atos da vida sindical. Esta personalidade emerge como decorrência lógica e direta do registro do sindicato em cartório.

Aliás, o Decreto n.º 509, de 24.4.92, foi de meridiana clareza ao delinear o papel do Ministério do Trabalho e da Administração na hipótese de criação de sindicatos, *verbis*:

“organizar e manter atualizado o cadastro das entidades sindicais representativas de trabalhadores e empregadores, vedada a prática de qualquer ato que implique concessão ou retirada da personalidade jurídica dessas entidades” (art. 13, inciso I — grifamos).

Além de constituir um cadastro, permanentemente atualizado, o Arquivo no Ministério do Trabalho tem por objetivo dar, em âmbito nacional, *publicidade* à possível superposição de sindicatos, por categorias e bases territoriais, para que eles próprios, querendo, busquem diretamente o consenso quanto às suas representações ou, permanecendo *inconciliáveis*, recorram ao Judiciário para que este dirima a controvérsia.

Dessa forma, está rigorosamente ajustada à Constituição a política ministerial, prevista

¹ In *CLT Comentada*, LTr, 25.ª ed., 1992, p. 359.

² In *Política do Trabalho*, LTr, 1992, p. 184.

³ In *Comentários à Constituição de 1988*, v. II, Forense, 2.ª ed., 1991, p. 1046.

no referido Decreto n.º 509/92, de “não interferência na autonomia sindical, notadamente em questões de representatividade” (art. 11, I).

Considerando que o Ministério do Trabalho não mais realiza o controle da unicidade, reconhecendo sindicatos, a Confederação Nacional do Comércio (patronal) assumiu essa atribuição em relação a seu âmbito de representatividade, ao publicar a Resolução n.º 2, de 18.11.91, que “regulamenta o Registro e o Enquadramento Sindical no Sistema Confederativo da Representação Sindical do Comércio — Sicomércio”. Sem entrar no mérito dos critérios para tanto estabelecidos por aquela Confederação, temos que este passo inovador constitui importante sinal no sentido de que o *sindicato começa a sair da cômoda inércia* que a tutela estatal provocou e a caminhar rumo à auto-regulamentação.

Mas aqui cumpre indagar: tendo em vista que o registro em cartório pode conferir personalidade jurídica a mais de um sindicato de igual categoria, qual, então, o sentido da unicidade sindical, constitucionalmente prevista?

Em nosso entender, ocorre aqui o fenômeno do *deslizamento*: o instituto concebido para atingir determinado fim tem redirecionada sua trajetória pela realidade social para alcançar novo destino, tudo coerentemente com o cenário remodelado.

Ora, é cediço que a Constituição de 88 valorizou sobremaneira a negociação coletiva de trabalho, sabidamente o método democrático mais eficaz de composição dos conflitos trabalhistas. De outra parte, os sindicatos têm a sua existência explicada pelo exercício da negociação coletiva.

A conjugação desses dois fatores dá ao intérprete o conteúdo lógico e consentâneo com a realidade que conforma aquela diretriz constitucional: a unicidade passou a ter em mira a *finalidade* do sindicato, não mais sua existência jurídica. Logo, a unicidade só pode ser invocada para o e quando do exercício da negociação coletiva. Temos, pois, que a representação dos trabalhadores na negociação coletiva será enfeixada em um único sindicato da categoria — o mais representativo —, nada impedindo que outras entidades existam e que busquem, conquistando o respaldo da categoria, a posição de novo protagonista na próxima negociação coletiva.

2.2. Liberdade coletiva

No que concerne à liberdade coletiva, seus lineamentos estão assim postos na Constituição, apesar de o *caput* do artigo dizer que “é livre a associação profissional ou a sindical”:

“é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, *representativa de categoria profissional* ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município” (art. 8.º, II, da CF).

Observa-se que a Constituição internalizou contradições de difícil manejo. A primeira delas é a de conjugar o princípio da liberdade sindical, que enseja tanto a organização plural quanto a unitária, desde que volitiva, com o sindicato único por força de lei, inadmitindo, por conseqüência, a pluralidade como uma das expressões da liberdade associativa.

Além de a liberdade sindical implicar, para a coletividade de trabalhadores, o direito de organizar sindicatos, e na quantidade que o desejarem, o modelo brasileiro evidencia a segunda contradição ao estabelecer o corte organizativo por “categoria” e a divisão desta por “base territorial”.

Entendemos que a primeira contradição só pode ser resolvida através de uma interpretação sistemática da Constituição, abandonando-se a interpretação literal, sabidamente o método exegético de maior falibilidade. Esta compatibilização há que se dar tanto internamente no próprio art. 8.º da CF quanto externamente entre os diversos dispositivos constitucionais.

Internamente, não se pode tratar do princípio da unicidade dissociado da autonomia sindical, dada a interpretação dos dispositivos constitucionais que os regulam, e conformam o sistema sindical.

Já está visto que o registro de sindicatos não pode ocorrer no Ministério do Trabalho. Está ele impedido de praticar o ato complexo, prenhe de interferências, que redundava na outorga da Carta Sindical. E mais. Sem o Plano de Enquadramento Sindical, flagrantemente incompatível com a Lei Maior, há mesmo a impossibilidade material de realizar o controle sindical para que apenas um seja o “donatário” da categoria. Logo, a restrição que a unicidade acarreta não pode ser considerada so-

bre a existência em si do sindicato e sim sobre a sua finalidade. Vale dizer, pode haver vários sindicatos que representem o mesmo universo de trabalhadores na mesma base territorial. Todos são sindicatos com existência jurídica válida. Todavia, como a representação da categoria é unitária, por disposição constitucional, no ato da negociação coletiva só um deles poderá vocalizar os anseios daquele mesmo universo de trabalhadores.

Externamente, a interpretação sistemática da Constituição não pode esvaziar de sentido a liberdade sindical realçada no *caput* do art. 8.º ante o princípio do *pluralismo*, consagrado no preâmbulo da própria Carta Magna e em seu art. 1.º, inciso V. As normas introdutórias da Lei Maior, verdadeiras palavras de ordem constitucionais, têm a missão essencial de lançar alicerces, diretrizes, bens e valores da organização nacional. Servem também para iluminar o intérprete sobre a aplicação mais próxima da almejada para as disposições específicas, subseqüentes, quando dúvidas assaltem-lhe o espírito, turvando sua exata compreensão. A opção do legislador constituinte pelo sistema pluralista, em oposição ao monista, é de incomodativa clareza. De modo que a dúvida decorrente do alcance do monismo insere no art. 8.º, inciso II, da CF, se pertinente à existência do sindicato ou ao desempenho de sua função, há que ser solvida pela forma que prestigie a concepção mais aberta. E esta é a que admite possível a existência de mais de um sindicato de classe e atribui a apenas um deles, já que a norma o exige, a representatividade concentrada dos trabalhadores tão-só no ato da negociação coletiva. Como acertadamente destaca Celso Ribeiro Bastos, ao comentar o art. 1.º, V, da CF:

“Por pluralismo político não se deve entender tão-somente a multiplicidade de partidos políticos. Há de se entender também o pluralismo dos sindicatos, das igrejas, das escolas e das universidades, das empresas, das organizações culturais e, enfim, de todas aquelas organizações que podem ser sempre de interesses específicos dentro do Estado e conseqüentemente servir para opor-se-lhe e controlá-lo.”⁴

Reforça esta posição o fato de a própria

⁴ In *Comentários à Constituição do Brasil*, Ed. Saraiva, 1988, v. I, p. 426.

Constituição já admitir a possibilidade do pluralismo sindical ao assegurar, para o servidor da administração direta, autárquica e fundacional, a plena liberdade associativa (art. 37, inciso VI).

Por fim, a referida interpretação sistemática não pode ficar insensível à ênfase dispensada pela Lei Fundamental à negociação coletiva, por variadas referências, nem pode olvidar a inegável ampliação do direito de greve, instrumento de inegável importância no estabelecimento da adequada correlação de forças para que a negociação coletiva produza condições de trabalho mais consentâneas com as necessidades dos trabalhadores e com a capacidade operacional da empresa.

Essas mudanças profundas nas principais peças do cenário das relações coletivas de trabalho têm um significado que o operador do direito não pode deixar de captar. E repercutem também fortemente sobre a organização sindical que não permanecerá inerte, como se nada houvesse mudado.

Há que se romper com a noção sociológica de *resistência à mudança*, sepultando, definitivamente, concepções e práticas cartoriais de antanho. Só então teremos içado velas rumo à modernidade também na organização sindical, que ora passa por nítido momento de transição, pugnando contra formalismos que não encontram guarida nem na nova perspectiva constitucional nem entre os autênticos interlocutores sociais.

Relativamente à segunda contradição, temos que a liberdade sindical consagrada na Convenção n.º 87, da OIT, só estará internamente assinalada conforme a legislação infraconstitucional conceitue o que seja “categoria profissional ou econômica”. Esta alocação genérica não implica, por si só, restrição ao direito de trabalhadores e empregadores de “como” se organizarem. A expressão não obsta, por exemplo, a que os trabalhadores se associem por empresa, por profissão, por ideologia etc. Esta restrição poderá revelar-se dependendo do conteúdo com que a lei vier a preenchê-la.

A Consolidação das Leis do Trabalho, cujo art. 511 foi recepcionado pela Constituição de 88, fixa o seguinte conceito de categoria econômica, constituída por empregadores, e de categoria profissional, integrada por empregados:

“§ 1.º - A solidariedade de interes-

ses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.

§ 2.º - A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.”

E para delimitar as fronteiras das diversas categorias, as quais compunham o minudente “quadro de atividades e profissões” — já derogado —, esclarece a CLT que:

“Os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural” (art. 511, § 4.º).

Como tivemos oportunidade de ressaltar, “dentro da organização sindical brasileira, para cada categoria econômica (patronal) corresponde uma categoria profissional (trabalhadores), ambas elencadas por geminação em quadro anexo à CLT (art. 577). Em face dessa paridade, dispõe a lei que a categoria econômica a que pertence a empresa é o indicador para que se proceda ao enquadramento do empregado no sindicato da respectiva categoria profissional (art. 511, § 2.º, da CLT)”⁵.

Dentro da categoria profissional, a CLT previu uma forma especial de grupamento, chamada de categoria profissional diferenciada. Compõem-na profissionais com formação superior e os trabalhadores cujo ofício lhes imprime uma característica uniforme, não modificável em qualquer das atividades econômicas. É o caso, por exemplo, do motorista. Suas necessidades, em relação ao trabalho desenvolvido, são as mesmas quer trabalhe numa indústria, quer trabalhe num banco ou no comércio. Na elocução da CLT,

“Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exercem profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional

especial ou em consequência de condições de vida singulares” (art. 511, § 3.º).

O enquadramento dos trabalhadores integrantes dessa categoria diferenciada, como já o dissemos, é “independente do campo de atuação econômico do empregador, mas pressupõe que o empregado efetivamente desempenhe na empresa atividade pertinente às citadas categorias”⁶.

Diante do exposto, indubitosa é a conclusão de que não há liberdade sindical para os trabalhadores e empregadores se organizarem da forma que melhor consulte a seus interesses, eis que o conceito de categoria, com o delineamento que ainda vige, impõe-lhes inegável restrição. Categoria é somente aquilo que a lei diz que é. Logo, não há espaço para que a vontade coletiva molde e dê conteúdo à categoria.

As categorias econômicas e profissionais submetem-se também ao princípio geográfico da “base territorial”. Ao prevê-la, a Constituição especifica que ela

“...será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município” (art. 8.º, II).

Dois são os momentos do dispositivo constitucional em relação à vontade dos atores sociais: um de respeito, ao delegar-lhe a definição do âmbito, e outro de restrição, consistente em que o âmbito de ação do sindicato não poderá ser inferior à área do Município. Com isso, fica inviabilizado o sindicato por empresa, caso os trabalhadores desejassem criá-lo. Há, no caso, uma limitação, ainda que parcial, à liberdade coletiva ou de grupo.

Em recente seminário interno, realizado no Ministério do Trabalho e da Previdência Social, intitulado “Rumos do Sindicalismo”, questionamos o conteúdo da chamada unicidade sindical, levantando os seguintes dados, *verbis*:

“Recebi um número e fiquei realmente espantado com a tal ‘unicidade sindical’ (obs.: aspas do orador). Temos, ao todo, 10.180 sindicatos registrados antes da Constituição Federal — até 4 de outubro de 1988 —, envolvendo trabalhadores urbanos e rurais.

⁵ In “Estabilidade Provisória do Dirigente Sindical”, no *Suplemento Trabalhista* n.º 82/83, Ed. LTr, pp. 313/314.

⁶ Idem, nota 5.

A partir da nova Constituição, quando se instituiu o Arquivo das Entidades Sindicais Brasileiras, temos, em números redondos, mais dois mil pedidos de registros de entidades sindicais!

Então, a unicidade sindical de que estamos falando possui, hoje, 12 mil sindicatos! É espantoso e contraditório terminologicamente... Seria essa realmente a unidade sindical que se pretendeu?

Seria essa a unidade sindical que nós pretendemos numa visão prospectiva, já que o tema deste seminário é *Rumos do Sindicalismo*⁷?

Verifica-se que, sob o rótulo da unicidade, o que existe é uma autêntica pluralidade, a qual, por sua vez, não resulta da vontade dos trabalhadores, mas de imposição legislativa. Logo, o banimento da unicidade ditada por lei não deverá acarretar maior pulverização sindical do que a já existente. Em tese, até pode ocorrer. Só que o panorama sindical está de tal forma matizado que será muito difícil sua maior atomização. A tendência é, portanto, de enxugamento de entidades, processo que tende a ser tão mais rápido quanto mais representativos os sindicatos se tornarem, sobretudo com a extinção da contribuição sindical obrigatória.

Sobre esse panorama sindical horizontal, seccionado pelo conceito rígido de categoria e pela delimitação geográfica da base territorial, a lei constrói verticalmente uma estrutura que tem no sindicato o seu órgão de base. Segue-se a federação, como a entidade de grau intermediário, culminando com a confederação, na cúpula.

Ocorre que essa hierarquização não conduz a um ápice, a um só vértice, ou à possibilidade de que tal pudesse existir. A CLT, no seu art. 535, estabelece, nominando taxativamente, as várias cumeeiras para o prédio da organização sindical. E sendo a confederação a entidade de maior hierarquia do sistema — “sistema confederativo da representação sindical”, conforme o inciso IV, do art. 8.º, da CF —, as centrais não encontram espaço jurídico para, formalmente, desempenharem a representatividade em *lay out* sindical.

Contudo, mesmo diante desse rígido siste-

ma, as 5 centrais sindicais existentes souberam abrir, de fato, seu próprio espaço, consolidando-o e impondo-se à organização formal, à sociedade e aos poderes constituídos. Exemplo disso é a Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que prevê a composição tripartite do seu Conselho Curador. Os três representantes dos trabalhadores são “indicados pelas respectivas centrais sindicais e confederações nacionais e nomeados pelo Ministro do Trabalho e da Previdência Social” (art. 3.º, § 3.º, da Lei n.º 8.036/90).

O mesmo se passa com o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador, que gere os recursos do seguro-desemprego (Lei n.º 7.998, de 11.1.90, art. 18), com o Conselho Nacional de Previdência Social (Lei n.º 8.213, de 24.7.91, art. 3.º, § 2.º), com o Conselho Nacional de Seguridade Social (Lei n.º 8.212, de 24.7.91, art. 6.º, § 4.º), e com o Conselho Gestor do Cadastro Nacional do Trabalhador (Lei n.º 8.212, art. 65).

É de se notar que as lideranças sindicais tradicionais, que hoje se encontram na administração das confederações, basicamente começam a mesclar-se com os chamados dirigentes de vanguarda das centrais, exercendo também cargos diretivos nestas. Trata-se, claramente, de um credenciamento, implícito, de um reconhecimento da representatividade das centrais sindicais por via oblíqua, mas autônoma. E esse fato não pode passar despercebido, pois facilita o processo de assimilação das centrais pela estrutura sindical formal, dando conseqüência a uma sinalização, favorável às centrais, oriunda da sociedade dos poderes constituídos.

Dessa forma, a organização sindical brasileira passa por um momento de transição, possibilitado pela Constituição de 88, ao estabelecer um modelo sindical com componentes contraditórios.

O princípio da unicidade oriundo da *Carta del Lavoro*, absorvida pela CLT, evidencia fraturas provocadas pela existência das centrais no ápice e pela pluralidade de sindicatos na base, devido à controvérsia sobre o seu registro constitutivo, como examinado.

Encontramo-nos, pois, nos umbrais de uma nova organização sindical. O art. 8.º, inciso II, da Constituição agoniza e choca-se com a realidade atual. Melhor seria, sem dúvida, revogá-lo integralmente. Enquanto isto não ocor-

⁷ In “Seminários MTPS n.º 3”, *Rumos do Sindicalismo*, 1991, Ed. MTPS, pp. 45/47.

re, está visto que sua leitura não comporta apenas a assimilação daquele modelo corporativista e autoritário, cuja matriz está exaurida. É possível interpretá-lo de forma que não afaste a organização sindical do ideal de liberdade sindical. Qualquer destas duas vias nos permitirá assistir a um verdadeiro enxugamento nas entidades de base, pois os sindicatos cuja existência se explica apenas pela arrecadação da contribuição sindical compulsória sucumbirão definitivamente frente a quem desempenha, de forma efetiva, a representação dos trabalhadores. Essa verdadeira oxigenação sindical, aliada a uma eficaz ação coordenadora das centrais, fará com que o sistema se harmonize com sua própria dimensão e importância.

2.3. *Liberdade individual*

A liberdade sindical individual consiste no direito de escolha a ser exercitado pelo trabalhador de filiar-se, permanecer filiado e desfiliar-se do sindicato de sua predileção.

Ainda aqui continuamos trilhando o caminho interpretativo de que a unicidade não resulta na proibição de constituição de mais de um sindicato, mas sim de que haja mais de um sindicato representando o mesmo universo de trabalhadores, hoje contidos dentro do conceito de categoria.

Dito isto e tendo em vista as características próprias da legislação vigente, impõe-se fazer um traço distintivo entre o direito de filiação do trabalhador ao sindicato e o direito de ser representado pelo sindicato, uma vez que importantes conseqüências jurídicas resultam de cada qual.

Estabelece a Constituição que a entidade de classe desempenha atribuição "representativa de categoria profissional ou econômica" (art. 8.º, II), dentro de certos limites geográficos (base territorial). Exatamente porque o sistema sindical vigente é o da unicidade obrigatória, basta o empregado integrar uma categoria profissional — ou o empregador integrar uma categoria econômica — para que o sindicato respectivo, detentor da maior representatividade, automaticamente atue em seu nome na negociação coletiva, ainda que filiado ao sindicato de menor representatividade da mesma categoria — isso considerando o atual sistema de categorias.

Por outras palavras, dentro da nossa linha de entendimento, a faculdade do trabalhador de escolher o sindicato a que se filiara, frente

ao pluralismo sindical de fato, não determina que sua representação se fará, no ato da negociação coletiva, pelo sindicato a que se filiou, mas sim por aquele que detiver a maior representatividade da categoria profissional na qual vier a ser enquadrado.

O monopólio da representação do trabalhador, com o conceito atualmente em vigor, nada tem a ver com a sua livre deliberação. Aquela não resulta desta. Resulta, isto sim, de reserva legal que atribui titularidade a um sindicato para exercer representação sobre toda uma categoria, individualizada, que o trabalhador passa a compor, ainda que dentro dela exista mais de um sindicato.

A filiação de trabalhadores ao sindicato será, assim, o ato determinante do grau de representatividade daquele órgão de classe, que o habilitará a disputar a representatividade da categoria quando da próxima negociação coletiva.

Desta forma, a garantia constitucional de que

"ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato" (art. 8.º, V)

há de ser entendida de forma restritiva, posto que indissociável do princípio da unicidade sindical, ainda que tomado apenas com o sentido que sustentamos, isto é, não inibidor da existência de mais de um sindicato dentro da mesma categoria e base territorial.

A liberdade sindical negativa, isto é, o direito de não filiação ou de desfiliação, encontra-se limitada pelos mesmos condicionamentos acima examinados.

Não reduzimos, pois, o conteúdo do direito individual de sindicalização ao mero associativismo com o objetivo de habilitar o filiado à prática de atos internamente ao sindicato. Externamente, conseqüência alguma teria esse ato, já que supostamente a unicidade obstará a possibilidade da existência jurídica de outro sindicato. Para os que assim entendem, a representação decorre de mandamento legal que submete o trabalhador automaticamente a uma única e exclusiva guarda sindical, deseje-a ou não.

Reconhecemos que são muito limitados os efeitos do ato de filiação mesmo na linha de entendimento que adotamos. Isto porque à filiação não se seguiria a aplicação das condições de trabalho avençadas pelo sindicato pe-

rante o qual a filiação ocorreu. A unicidade negocial, resultante do ordenamento em vigor, tolhe esta possibilidade. Só um sindicato pode negociar pela categoria. Mas isto não impede que o espírito de sindicalização seja reforçado e, através dele, mantida saudável concorrência entre dois ou mais sindicatos na representação do trabalhador na negociação coletiva.

Mesmo assim, temos que a dimensão individual da liberdade sindical não se compartibiliza com o ordenamento jurídico vigente.

Restam, contudo, dois aspectos a contemplar no plano da liberdade individual: a contribuição sindical compulsória e a questão da igualdade ou não de tratamento entre o filiado e o não-filiado ao sindicato.

A contribuição sindical obrigatória, verdadeiro cancro da estrutura classista brasileira, é uma violação frontal à liberdade sindical. O exercício pelo trabalhador do direito de escolha de uma entidade sindical para representá-lo implica adesão à contribuição fixada em seu estatuto ou em deliberação assemblear, mas sempre resulta de manifestação da vontade, ainda que tácita.

Relativamente aos efeitos da representação legal, não pode haver tratamento diferenciado entre ambos, na medida em que o produto dessa representação aplica-se uniformemente à categoria e esta, por sua vez, compõe-se de associados e não-associados dentro de uma mesma esfera ocupacional (profissão ou ofício).

No que concerne à ação sindical, com vistas ao adensamento dos quadros associativos, tem sido prática freqüente, em negociações coletivas, o estabelecimento de taxa assistencial diferenciada, mais onerosa para o trabalhador não-filiado.

Tal procedimento contraria a liberdade sindical negativa ao pretender sancionar, através de pena de natureza pecuniária, o trabalhador que não quer exercitar o direito de filiação ao sindicato que, no momento, detém a representação da categoria. Não se trata de isentar o trabalhador não-associado de qualquer contribuição para o sindicato, pois que usufrui, como integrante da categoria, das conquistas por este obtidas na negociação coletiva. Trata-se, isto sim, de impedir a prática de discriminação contra quem não deseja participar da vida associativa daquele sindicato, por já participar, ou não, de outro, embora esteja vinculado aos atos que este realiza em nome da categoria.

Galba José dos Santos comunga desse mesmo entendimento ao ressaltar que

“não poderá a assembléia do sindicato decidir por um percentual diferenciado para os trabalhadores não-associados da categoria. Tal conduta violaria o princípio da liberdade de sindicalização, expressamente inscrito no art. 8.º, inciso V, da Constituição Federal, particularizando uma garantia que é geral e pertinente a qualquer tipo de associação (art. 5.º, inciso XX/CF). Assim, é direito individual inalienável o de coligar-se, ou não, com outras pessoas para fins associativos. E, uma vez associado, pode o indivíduo, sem restrição de qualquer natureza, retirar-se da entidade. É ilícita, portanto, qualquer atitude que vise a restringir ou constringer a liberdade do trabalhador por ser este sindicalizado, ou por não ser, inviabilizando-se qualquer forma de discriminação quanto à contribuição sindical decidida na assembléia do sindicato”⁸.

3. Conclusões

Destas considerações podemos extrair, em síntese, as seguintes conclusões:

a) a Constituição Federal de 1988 é a principal fonte de regulamentação das relações coletivas de trabalho. Nela residem obstáculos à plena consagração do princípio da liberdade sindical, notadamente nas esferas da liberdade coletiva e individual de sindicalização;

b) a adoção plena do princípio da liberdade sindical pressupõe a revogação integral do inciso II, do art. 8.º da CF, assim como da parte final de seu inciso IV e acarreta, necessariamente, a supressão da representação classista da justiça do trabalho;

c) a liberdade sindical se faz presente na Carta em vigor apenas na parte em que consagra o regime da autonomia sindical (art. 8.º, I, da CF);

d) a única ingerência estatal admitida na autonomia sindical é o registro do sindicato no “órgão competente”, o qual não mais pode ser considerado o Ministério do Trabalho, seja porque o registro anterior era um ato complexo recheado de interferências do Estado, seja

⁸ In “Contribuições Sindicais Obreiras na Constituição Federal”, no Livro em homenagem a Arnaldo Sussekind, *Relações Coletivas de Trabalho*, LTr, 1989, p. 352

porque a ausência do plano de enquadramento sindical gera uma impossibilidade real de controle da unicidade em relação à criação de sindicatos;

e) a regulamentação das atividades sindicais no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, associa os regimes autônomo e heterônomo, tendente a priorizar aquele, notadamente no campo da negociação coletiva e do direito de greve. Antes deste marco constitucional, a intervenção estatal na atuação dos protagonistas sociais era intensa, de feição nitidamente limitativa e com a finalidade espe-

cífica de fracionar ao máximo o movimento sindical (art. 511, 512, 516, 518 e 570 da CLT);

f) as centrais sindicais, não obstante a rigidez da organização formal, conquistaram definitivamente seu espaço de legítimos interlocutores sociais perante a sociedade, os poderes constituídos e ritmo mais lento, a própria estrutura formal, embora esta última conquista ainda não esteja consolidada totalmente. Este fato, aliado à verdadeira pluralidade sindical de base, que ocorre de fato, nos dão a certeza de que o momento presente é de transição para uma nova organização sindical, mais ventilada e representativa.

Licitação pública (inovações decorrentes da Lei nº 8.666)

VITOR ROLF LAUBÉ

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Fundamento constitucional e legal da licitação.* 3. *Competência para legislar sobre licitação.* 4. *A questão das normas gerais sobre licitação.* 5. *Inovações.* 6. *Considerações finais.*

1. *Introdução.*

É fato sobejamente conhecido que a administração pública, diversamente da área privada, fica integralmente submetida à norma legal. Não possui ela o mesmo grau de liberdade de ação que os administrados, que podem tudo fazer desde que não exista vedação legal.

À administração pública, pois, apenas é permitido agir em conformidade com o que a lei lhe autorizar; daí ser um traço peculiar seu o exercício de atividades *sub lege*, ou seja, sob a lei. Neste sentido, importa ressaltar, são os escólios de mestres da maior envergadura tanto do direito pátrio, como do direito estrangeiro. Fritz Fleiner, por exemplo, pontificou que "administração legal significa (...) administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições"¹. Já Otto Mayer, ao conceituar a função administrativa, averbou que consistia ela na satisfação dos fins do Estado *sob a lei*². Ainda na mesma trilha palmilhou Renato Alessi, afirmando que "la administración sólo puede hacer *aquello que*

¹ FLEINER, Fritz. *Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, 1933, p. 87, apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Elementos de Direito Administrativo*, 2.^a ed., rev., ampl. e atual. com a Constituição Federal de 1988, São Paulo, Ed., Revista dos Tribunais, 1990, p. 27.

² MEYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1949, v. 1, p. 15.

Vitor Rolf Laubé é Procurador do Município de São Bernardo do Campo. Pós-graduado em Direito, em nível de mestrado, pela PUC-SP.

la ley permite"³. Entre nós, impossível é olvidar as lições dos saudosos mestres Seabra Fagundes e Hely Lopes Meirelles, que esclareceram, o primeiro, que "administrar é aplicar a lei de ofício"⁴, e o segundo, que "enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autorizar"⁵. Ora, destes ensinamentos se extrai, com luminar clareza, que o exercício da atividade administrativa fica estremado pelo sistema legal, sendo inválidos os atos que nesse sistema não se fundarem, seja por com ele contrastarem, seja por ausência de norma norteadora do comportamento administrativo. Por fim, necessário se faz apontar que esta completa subordinação da ação administrativa à lei se traduz no princípio da legalidade, o qual encontra assento constitucional, conforme se verifica do contido no art. 37 da Lei Suprema de 1988.

Disso sucede, entre outros aspectos, que a administração, ao pretender contratar com algum particular a realização de uma obra, a compra de um bem, a execução de um serviço etc., não pode fazê-lo ao seu talante, como é permitido ao administrado, que livremente elege com quem contrata o pretendido, pagando o preço que bem entender.

Assim sendo, certo é que a administração pública, com o fito de celebrar um contrato dispondo acerca de um bem objetivo, deverá se submeter a um procedimento prévio legalmente estabelecido, pelo qual buscará realizar o negócio que melhor satisfaça o interesse público, propiciando a participação de qualquer particular que deseje contratar tal bem com a administração. Por conseguinte, deverá a administração se submeter à realização de um procedimento denominado *licitação pública*, nos moldes em que é preestabelecido pelo sistema jurídico positivo.

2. Fundamento constitucional e legal da licitação

Entre nós, impende aclarar, a licitação con-

³ ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ed. Bosch, 1970, p. 12.

⁴ FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5.ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979, p.p. 4-5.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 14.ª ed., atual. pela Constituição de 1988, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 78.

ta com previsão tanto no plano constitucional como no legal.

Assim é que a Constituição da República de 1988 sobre ela aludiu expressamente em três passagens: no art. 22, inciso XXVII, para estabelecer que "compete privativamente à União legislar sobre (...) normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob o seu controle"; no art. 37, inciso XXI, para assentar que essas mesmas pessoas, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão observar que, "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"; e no art. 175, para consignar que a concessão ou a permissão da prestação de serviços públicos sempre se dará através de licitação.

Ressalve-se, contudo, que, mesmo implicitamente, o constituinte de 1988, em dois outros dispositivos, dispôs sobre matéria concernente à licitação pública. Primeiro, no art. 171, § 2.º, ao prever que o poder público, na aquisição de bens e serviços, deverá dar tratamento preferencial à empresa brasileira de capital nacional. Depois, no art. 195, § 3.º, para vedar a contratação pelo poder público de pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei.

Por seu turno, no plano subconstitucional, existe a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que recentemente revogou o Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986. Este novo "Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos", segundo o seu art. 1.º, estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, assim como dos Municípios, além do que deixa claro, no parágrafo único deste mesmo artigo, que ao regime que institui se subordinam a administra-

ção direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelas pessoas de direito público com capacidade política, vale dizer, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

3. Competência para legislar sobre a licitação

Sem margem de dúvida, por se tratar a licitação de matéria eminentemente de direito administrativo, possuem competência para sobre ela legislar a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Anote-se que tal competência decorre da própria autonomia conferida a essas pessoas com capacidade política pelo *caput* do art. 18 da Lei Fundamental.

Todavia, conforme o já entrevisto, a edição de *normas gerais* sobre licitação e contratos administrativos compete privativamente à União, *ex vi* do insculpido no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal.

Em conseqüência, cumpre à União o estabelecimento das referidas normas gerais sobre licitação e contratação, sobrando às demais pessoas políticas competência para legislar sobre estes temas no que lhes for peculiar. Destarte, Estados, Distrito Federal e Municípios devem editar as suas próprias leis sobre licitações e contratos administrativos, com o fito de suplementar as normas gerais traçadas pela União, porém adaptando suas leis às peculiaridades regionais ou locais.

4. A questão das normas gerais sobre licitação

Como divisado, a União já exercitou a sua competência respeitante à edição das “normas gerais sobre licitação” com a promulgação da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. A própria lei deixa evidente esse fato no seu primeiro dispositivo.

Sem embargo disso, não se afigura razoável concluir que os seus 125 artigos constituam “normas gerais sobre licitações e contratos administrativos” e, portanto, de obrigatória observância pelas diversas pessoas políticas. Assim se assevera porque se trata de texto legal que detalha a matéria minuciosamente; isso sem prejuízo de outros temas regulados e que se relacionam com a fase de planejamento do procedimento licitatório, assim como sobre regras penais, tanto de natureza substantiva,

como de natureza adjetiva. E, se assim se apresenta, óbvio fica que não se cingiu ela tão-só à edição de normas gerais. Entretanto, certo é que, se contrária for a *mens legis*, dúvida alguma restará em se categorizar o seu artigo 1.º de inconstitucional, já que aí estará indubitavelmente desbordando dos lindes permitidos pela Constituição de 1988.

O certo é que essa *complexa conformação* da Lei n.º 8.666 implica em que os legisladores estaduais, distritais e municipais acabaram por ficar sem qualquer orientação acerca daqueles dispositivos que realmente constituem normas gerais sobre licitação, pois, na verdade, o novo “Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos” de par de conter *normas de âmbito nacional* — aquelas que instituem normas gerais — também abriga *normas de âmbito federal* — regras que se dirigem aos entes da administração federal. De melhor técnica legislativa se afiguraria que o legislador federal tivesse tratado, conforme o âmbito a que se destinassem as regras de caráter licitatório, em diplomas distintos, as normas gerais sobre licitação e as normas especiais de licitação dirigidas aos órgãos federais.

Mas qual o verdadeiro sentido dessas “normas gerais de licitações”? A resposta a esta indagação, todavia, não é fornecida no plano do direito positivo, haja vista que inexistente estatuição legal a respeito. Já no patamar da ciência do Direito, certo é que alguns poucos doutrinadores pátrios já encetaram algumas opiniões sobre o tema, sem contudo, lograrem convergência de entendimentos.

José Afonso da Silva, por exemplo, ao se referir à competência legislativa da União acaba por abordar a questão concernente às normas gerais, para ao lado das diretrizes e bases, caracterizá-las como *legislação principiológica*⁶.

Para fins de licitação, leciona Hely Lopes Meirelles,

“... deve-se entender por *normas gerais* todas aquelas que estabelecem princípios ou diretrizes aplicáveis indistintamente a todas as licitações e contratos administrativos em todo o território na-

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5.ª ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 434.

cional”⁷.

Toshio Mukai, vale ressaltar, converge com este conceito de norma geral, além de identificar diversos dispositivos desta categoria no hoje revogado Decreto-Lei n.º 2.300⁸.

Diógenes Gasparini sustenta que são normas gerais aquelas que estabelecem princípios, ao que aduz:

“A nosso ver, esses princípios (normas gerais) aplicáveis a todas as licitações realizadas em nosso País são apenas a obrigatoriedade da licitação para os negócios de interesse das pessoas públicas e governamentais, a obrigatoriedade de buscar a melhor proposta e a observância dos princípios que regem a licitação”⁹.

Em estudo específico sobre as normas gerais nas licitações e contratos administrativos, Alice Gonzalez Borges as rotula como diretrizes que só podem ser *sobredireito* (direito sobre direito), *comandos genéricos* (normas de leis), “despidos de minudências e detalhes”, dirigidos à competência do legislador local”¹⁰.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, à sua vez, alerta *inexistir um conceito satisfatório sobre “normas gerais”*, mas sim aproximações doutrinárias, sendo que, após citar as teorias que procuram explicar a natureza jurídica destas normas, aponta para uma conclusão comum:

“ora, as normas gerais comportam-se como princípios, estabelecendo pautas para a legislação preceitual, ora comportam-se como preceitos, prescindindo de qualquer legislação complementar para serem aplicadas direta ou indiretamente

aos fatos concretos que devem reger”¹¹.

Sem embargo desses doutos entendimentos, óbvio parece se exsurgir que as precitadas normas gerais constituem regras principiológicas, visto que estabelecem princípios, diretrizes ou conceitos fundamentais. Não possuem elas o mesmo grau de abstração dos princípios, nem tampouco o mesmo grau de concreção das normas ordinárias; situam-se, sim, num patamar intermediário, disso decorrendo, como já alhures referido, a sua categorização como *sobredireito*.

É evidente, porém, que o fato de o legislador federal haver reunido num único diploma as normas gerais nacionais e as normas especiais federais em muito dificultará a missão dos legisladores das ordens subalternas em identificar as referidas regras principiológicas, a fim de editarem as respectivas leis de licitações e contratos administrativos.

5. Inovações.

Sem embargo do já aludido acerca da constitucionalidade da Lei n.º 8.666, mormente do seu art. 1.º, inquestionável é que este diploma legal representa um grande progresso em relação ao Decreto-Lei n.º 2.300, ao estabelecer *normas destinadas a moralizar uma seara* muito suscetível à incidência de corrupção.

Exemplos dessa intenção moralizadora encontram-se permeados em todo o texto da nova Lei de Licitações, valendo ressaltar dentre eles a eleição do critério do menor preço como o principal para a seleção das propostas dos licitantes; a abolição da possibilidade de adoção do sistema de preço-base ou preço-referência, que dava margem a eventuais abusos; a imposição de um maior rigor na hipótese de dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública; a profusão de dispositivos atinentes tanto à responsabilidade administrativa, civil e criminal dos servidores públicos e dos licitantes que perpetrem atos ou ações irregulares nas licitações ou contratações, assim como às formas de controle popular etc..

Visto isso, cumpre que se detenha efetivamente no objeto deste estudo, qual seja a identificação de, senão todas, da maioria das inovações introduzidas no sistema jurídico-posi-

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, 5.ª ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 34.

⁸ MUKAI, Toshio. *Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1988, pp. 10-14.

⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1989, p. 210.

¹⁰ BORGES, Alice Gonzalez. “Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos (contribuição para a elaboração de uma lei nacional)”, *Revista de Direito Público*, n.º 96, pp.84-87, out./dez. 1990.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Licitações (considerações em torno de alguns aspectos constitucionais)”, *Revista de Informação Legislativa*, n.º 113, pp. 255-256, jan./mar. 1992.

tivo com o advento da Lei n.º 8.666 e consequente revogação do Decreto-Lei n.º 2.300 e das normas legais que lhe sobrevieram, modificando-o.

Frise-se, porém, que, por questões metodológicas, proceder-se-á à explicitação de tais inovações agrupando-as como previstas nas respectivas seções dos capítulos que compõem o novel texto legal.

5.1. Princípios.

a) Além das obras, serviços, compras e alienações da administração, quando contratados com terceiros, passam também a ser obrigatoriamente precedidos de licitação os *serviços de publicidade, as concessões e permissões de serviços públicos* (CF, art. 175), bem como as *locações* (art. 2.º).

b) A observância do *princípio da isonomia* passa a ser referida expressamente como finalidade da licitação, assim como o processamento e o julgamento deste procedimento deverá ser pautado pelos princípios à administração pública impostos pelo *caput* do art. 37 da *Constituição Federal*, mais os da *igualdade e da proibição administrativa*, além daqueles que lhe são peculiares e correlatos (art. 3.º, *caput*).

c) Dentre as *vedações aos agentes públicos*, fica acrescida a de estabelecer tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras (art. 3.º, § 1.º, II).

d) Como *critério de desempate* é assegurada preferência (CF, art. 171, § 2.º), sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; produzidos no País; ou produzidos ou prestados por empresas brasileiras (art. 3.º, § 2.º), sendo que, se mesmo assim ainda persistir o empate, realizar-se-á o sorteio (art. 45, § 2.º).

e) Fica facultado a qualquer cidadão o *acompanhamento do desenvolvimento do procedimento licitatório*, desde que não perturbe ou impeça a *realização dos trabalhos* (art. 4.º, *caput*).

f) Estranhamente, o procedimento licitatório passa a ser caracterizado como *ato administrativo formal* (art. 4.º, parágrafo único), uma vez que, é notório, o procedimento é constituído, sim, de uma série de atos administrativos.

g) Fica imposta à administração a observância estrita da *ordem cronológica para os*

pagamentos das obrigações contratuais decorrentes de uma mesma fonte de recursos (art. 5.º).

5.2. Obras e serviços.

a) A existência de *orçamento detalhado em planilhas* que expressam a composição de todos os custos unitários de obras e serviços, bem assim a *contemplação dos produtos* destas em metas estabelecidas no *Plano Plurianual* (CF, art. 165), tornam-se pressupostos para as respectivas licitações (art. 7.º, § 2.º, II e IV).

b) Passa a ser vedada a inclusão no objeto da licitação, tanto da possibilidade de *obtenção de recursos financeiros* para a sua realização (art. 7.º, § 3.º), como do fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo (art. 7.º, § 4.º).

c) Em princípio, fica também proibida a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas (art. 7.º, § 5.º).

d) É vedado, para o fito de julgamento de proposta, o *cômputo*, como valor da obra ou serviço, da *atualização monetária* das obrigações de pagamento desde a data final de cada período de aferição até a do respectivo pagamento (art. 7.º, § 7.º).

e) Qualquer cidadão poderá requerer à administração os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada (art. 7.º, § 8.º).

f) Fica proibido o *retardamento imotivado* da execução de obra ou serviço, se existente previsão orçamentária, exceto se houver insuficiência financeira de recursos ou comprovado motivo de ordem técnica (art. 8.º, § 2.º).

g) Quanto aos regimes de execução de obras e serviços, foi suprimido o de *administração contratada* e acrescentado o de *empreitada integral* (art. 10).

h) Em adequação ao exigido pela Constituição da República, passa a constituir requisito dos projetos básico e executivo o conconerente ao *impacto ambiental* (art. 12, VII).

5.3. Serviços técnicos profissionais especializados.

a) Às costumeiras hipóteses é aduzida a de trabalhos de *restauração de obras de arte e bens de valor histórico* (art. 13, VII).

b) Deverão os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados, ressalvados os casos de licitação inexigível, ser preferencialmente celebrados mediante a *realização de concurso* (art. 13, § 1.º).

c) As empresas de prestação de serviços técnicos especializados ficam obrigadas a garantir que os integrantes de seus quadros realizem pessoalmente os serviços contratados (art. 13, § 3.º).

5.4. Compras

a) Sempre que possível, as compras deverão ser processadas pelo sistema de *registro de preços*, o qual passa a possuir amplo detalhamento legal (art. 15, II e §§).

b) Deverão ainda as compras balizarem-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública (art. 15, V).

c) O recebimento de material de valor superior ao estabelecido no art. 23, II, *a*, deverá ser confiado a uma comissão composta por, no mínimo, três membros (art. 16).

5.5. Alienações

a) Somente no caso de alienação de bens imóveis de sociedades de economia mista e empresas públicas fica dispensada a autorização legislativa (art. 17, I).

b) A doação de bem imóvel passa a ser admitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo (art. 17, I, *b*); ocorrendo, todavia, a cessação das razões que justificaram a doação, reverterá o bem ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário (art. 17, § 1.º).

c) A permuta de bem móvel fica apenas permitida entre órgãos ou entidades da administração pública (art. 17, II, *b*).

d) A alienação de bens móveis não necessitará de licitação tanto na hipótese de venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da administração pública, em virtude de suas finalidades (art. 17, II, *e*), como na de venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da administração pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe (art. 17, II, *f*).

e) A concessão de direito real de uso de bem imóvel a outro órgão ou entidade da administração pública dispensa a realização de

concorrência (art. 17, I c.c. § 2.º).

5.6. Modalidades, limites e dispensa de licitação

a) Fica contemplada a publicidade dos editais de concorrências e de tomadas de preços através de *avisos* contendo o resumo daqueles, assim como passam a ser explicitados os pertinentes veículos para a publicação de tais avisos (art. 21).

b) O prazo mínimo até o *recebimento de propostas* ou da realização do evento será de 45 dias tanto para o *concurso*, como para a licitação do tipo *melhor preço* ou *técnica e preço*, ou quando o contrato objetivado contemplar a modalidade de empreitada integral; já para o *convite* tal prazo será de 5 dias úteis (art. 21, § 1.º, II, IV e V, respectivamente).

c) Na tomada de preços também poderão participar todos aqueles que, até o terceiro dia anterior ao fixado para o recebimento de propostas, atenderem às condições exigidas para o cadastramento, observada a necessária qualificação (art. 22, § 2.º).

d) Torna-se obrigatória a *publicidade do convite* através da afixação de cópia da respectiva convocação em quadro próprio da unidade licitante, que o estenderá aos demais interessados, os quais deverão manifestar o seu interesse até 24 horas antes do fixado para o recebimento das propostas; porém fica proibida a repetição de carta-convite a licitante para certame imediatamente subsequente e com objeto idêntico ou semelhante, quando existam mais de três possíveis interessados na praça (art. 22, §§ 3.º e 6.º).

e) Previstas as *modalidades de licitação* de concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão, fica expressamente vedada a criação de qualquer outra (art. 22, § 8.º).

f) Os Municípios e entidades e órgãos a eles subordinados, conforme a sua população, passam a contar com valores determinantes da modalidade de licitação a ser adotada diverso daqueles uniformemente estabelecidos (art. 23, § 1.º).

g) Fica permitida a *tomada de preços internacional*, desde que a unidade licitante possua cadastro internacional de fornecedores (art. 23, § 3.º, parte final).

h) A hipótese de dispensa de licitação por *calamidade pública* deixa de possuir previsão

específica e passa a ser contemplada juntamente com a de *emergência*, sendo que somente fica admitida a dispensa para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras ou serviços que possam ser concluídos em 180 dias, contados estes do fato do qual derivou a calamidade ou a emergência, proibida a prorrogação dos respectivos contratos (art. 24, IV).

i) Deixam de estar elencados nos desdobramentos do dispositivo que trata da licitação inexigível, como acontecia no art. 23 do Decreto-Lei n.º 2.300, e passam a integrar o rol de hipóteses de *licitação dispensável* os casos em que houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional; a compra ou locação de imóvel destinado ao serviço público, cujas necessidades de instalação ou localização condicionem a sua escolha; a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço; e a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade (art. 24, IX, X, XI e XV).

j) Fica também acrescida a *licitação dispensável* das hipóteses seguintes: compras eventuais de gêneros alimentícios perecíveis; contratação de instituição nacional sem fins lucrativos e de inquestionável reputação ético-profissional, incumbida de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico; e para os casos de aquisição de bens e serviços por intermédio de organização internacional, desde que o Brasil dela seja membro e nos termos de acordo específico (art. 24, XII, XIII e XIV).

l) *A comprovação da exclusividade* de produtor, empresa ou representante comercial exclusivo nas aquisições de materiais, equipamentos ou gêneros, hipótese de licitação inexigível, deve ser feita através de *atestado* fornecido por órgão de registro do comércio, por sindicato, federação ou confederação patronal, ou ainda por entidades equivalentes (art. 25, I).

m) Fica vedada a inexigibilidade de licitação para *serviços de publicidade e divulgação* (art. 25, II, parte final).

n) Havendo comprovação de *superfatura-*

mento em decorrência de licitação dispensada ou inexigível, responderão solidariamente pelos danos causados à Fazenda Pública o contratado e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (art. 25, § 2.º).

o) As licitações dispensadas, salvo as pelo pequeno valor, e as inexigíveis, assim como os retardamentos de execução de parcela de obra ou serviço, deverão ser ratificadas pela autoridade competente em 3 dias e objeto de publicação na imprensa oficial no prazo de 5 dias, como condição de eficácia dos atos (art. 26).

p) Os processos de dispensa, inexigibilidade ou de retardamento deverão ser instruídos, no que couber, com a *caracterização da situação emergencial ou calamitosa* que justifique a dispensa, com as *razões de escolha* do fornecedor ou executante e com a *justificativa do preço* (art. 26, parágrafo único).

5.7. Habilitação

a) As exigências concernentes à documentação respeitante à *habilitação jurídica* persistem substancialmente inalteradas (art. 28).

b) No atinente à documentação referente à *regularidade fiscal*, fica também dos interessados exigida prova de inscrição no *cadastro de contribuintes estadual ou municipal*, se existir, relativo ao domicílio ou sede do licitante e pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual (art. 29, II), assim como de regularidade respeitante à *seguridade social*, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (art. 29, IV).

c) Quanto à documentação tocante à *qualificação técnica*, fica acrescida a comprovação do *peçoal técnico disponível*, bem como a qualificação de todos os membros da *equipe técnica* que se responsabilizará pelos trabalhos contratados (art. 29, II).

d) Ainda quanto a essa qualificação, é estabelecido que a comprovação da aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em característica, quantidades e prazos com o objeto do certame, no caso de licitações de obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pela entidade profissional competente, limitadas as exigências quanto à capacitação técnico-profissional à comprovação do licitante em pos-

suir em seu quadro permanente, na data da licitação pública, profissional de nível superior detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos (art. 30, § 1.º).

e) Por fim, quanto à documentação relativa à *qualificação econômica-financeira*, passa também a poder ser exigido, além das demonstrações contábeis, o *balanço patrimonial* do último exercício social (art. 31, I), assim como *garantia* limitada a 1% do valor estimado do objeto da contratação (art. 31, III).

f) Poderá, ainda, ser exigido *capital mínimo*, desde que não ultrapasse a 10% do valor estimado da contratação (art. 31, §§ 2.º e 3.º), bem como *relação de compromissos assumidos* que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira (art. 31, § 4.º).

5.8. Registros cadastrais

Os registros cadastrais destinados à habilitação serão *válidos por, no mínimo, um ano*, além do que, de par de deverem ser *amplamente divulgados*, terão que estar permanentemente *abertos aos interessados*, obrigando-se a unidade por eles responsável a proceder, no mínimo anualmente, através da imprensa oficial e de jornal diário, a chamamento público para a *atualização* dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados (art. 34, *caput* e parágrafo único).

5.9. Procedimento e julgamento

a) Não mais é exigido no início do procedimento licitatório, como acontecia desde a vigência do Decreto-Lei n.º 200, a juntada aos respectivos autos do comprovante de comunicação do certame às *entidades de classe*, porém passa a ser necessária a juntada do *ato de designação*, conforme o caso, da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou, ainda, do responsável pelo convite (art. 38, III).

b) Torna-se obrigatória a realização de *audiência pública* aos eventuais interessados, sempre que o valor estimado da licitação, ou para o conjunto de licitações simultâneas e sucessivas, for superior a 100 vezes o limite previsto no art. 23, I, c, devendo ainda tal se verificar pelo menos 15 dias úteis antes da publi-

cação do pertinente edital e pelos mesmos meios previstos para a publicidade deste, além de divulgado ao menos 10 dias antes de sua realização (art. 39).

c) O *edital* deverá conter em seu preâmbulo, além de outras informações que já eram obrigatórias, aquelas respeitantes ao regime de execução e o tipo de licitação (art. 40, *caput*), demais, deverá também passar a indicar, entre outros, o local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico (inc. IV) e, se houver disponível na oportunidade, o projeto executivo (inc. V); o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso (inc. X); o critério de reajuste desde a data da proposta e a do efetivo adimplemento (inc. XI); e condições de pagamento prevendo: o prazo de pagamento em relação à data final a cada período de aferição não superior a 30 dias; cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros; critério de atualização financeira dos valores a serem pagos entre cada medição e o efetivo pagamento; compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por possíveis antecipações de pagamento; e exigências de seguros, quando o caso (inc. XIV e alíneas).

d) Fica estabelecido que constituem *anexos do edital*, dele fazendo parte integrante, o projeto básico e/ou o projeto executivo, completos; o demonstrativo do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e custos unitários; a minuta do contrato a ser firmado; e as especificações complementares, bem como as normas de execução pertinentes à licitação (art. 40, § 2.º).

e) Qualquer cidadão poderá *impugnar edital* que contrarie a Lei de Licitações, fazendo-o em até 5 dias antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, garantida a sua apreciação no prazo de 3 dias (art. 41, § 1.º).

f) A *concorrência de âmbito internacional* passa a contar com uma disciplina muito mais detalhada que a pretérita, ficando previsto, por exemplo, que o respectivo edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes (art. 42, *caput*); será permitido ao licitante brasileiro cotar preço em moeda estrangeira, quando tal for permitido ao licitante estrangeiro (art. 42, § 1.º); nesse

caso, o pagamento feito a licitante brasileiro contratado será feito em moeda brasileira à taxa de câmbio vigente na data do efetivo pagamento (art. 42, § 2.º).

g) Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas no respectivo procedimento licitatório, mantidos os princípios fundamentais da Lei de Licitações brasileira, as normas e procedimentos daquelas entidades e as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais, aprovados pelo Congresso Nacional (art. 42, § 5.º).

h) A licitação deverá ser processada e julgada com observância, dentre outros aspectos, da conformidade de cada proposta com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, desclassificando-se as propostas desconformes ou incompatíveis (art. 43, III).

i) Fica vedada a *desistência de proposta* após a fase de habilitação, exceto por motivo justo derivado de fato superveniente aceito pela comissão julgadora (art. 43, § 6.º).

j) Constituem *tipos de licitação* a de menor preço, a de melhor técnica e a de técnica e preço, ficando *proibida a de preço-base ou preço-referência* (art. 45, §§ 1.º e 5.º).

l) Somente para serviços de natureza predominantemente intelectual poderão ser adotados os tipos de licitação de melhor técnica ou de técnica e preço (art. 46, *caput*), as quais passam a contar com detalhada disciplina (art. 46, §§ 1.º e 2.º).

m) É assegurado o *contraditório* e a *ampla defesa* em caso de desfazimento do procedimento licitatório por *revogação* ou por *anulação* (art. 49, § 3.º).

n) São nulos os contratos celebrados pela administração com preterição da ordem de classificação ou com terceiro estranho ao procedimento licitatório (art. 50).

o) A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas, serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de

no mínimo 3 membros (art. 51, *caput*).

p) Na hipótese de convite, a comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e ante a exiguidade de pessoal, poderá ser substituída por servidor designado pela autoridade competente (art. 51, § 1.º).

q) Os *membros* das comissões de licitação *responderão solidariamente* por todos os atos praticados pelo órgão pluripessoal, exceto se houver voto divergente registrado em ata da reunião em que tomada a decisão (art. 51, § 3.º).

r) Em caso de *concurso*, o julgamento será realizado por *comissão especial* integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria (art. 51, § 5.º).

5.10. Contratos administrativos

a) Além das *cláusulas contratuais necessárias* até então exigidas, passam a também ter que integrar o contrato aquelas que versem sobre os critérios de *atualização monetária* entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; a *vinculação ao edital* da licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor; a *legislação aplicável à execução do contrato* e mormente aos casos omissos; e a obrigação do contratado de manter todas as condições de habilitação e qualificação exigidas no certame (art. 55, III, XI, XII e XIII).

b) Fica admitida a exigência de *garantia*, a critério da autoridade competente, nas contratações de obras, serviços e compras, a qual não poderá exceder a 5% do valor do contrato, vedada a modalidade seguro-garantia (art. 46, § 1.º, 3, do Decreto-Lei n.º 2.300), sendo certo que, ao final da execução do contrato, deverá ela ser liberada ou restituída e, quando em dinheiro, corrigida monetariamente (art. 56, *caput* e §§).

c) A *duração dos contratos* regidos pela nova Lei de Licitações fica adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, salvo quanto aos relativos aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no plano plurianual, os quais poderão ser prorrogados desde que exista previsão no edital e haja interesse da administração; à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, os quais poderão ter a sua duração estendida por igual período; e ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de

informática, podendo a sua duração estender-se pelo prazo de até 48 meses após o início da vigência do contrato (art. 57, *caput* e incisos).

d) Fica expressamente vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado (art. 57, § 3.º).

e) Passa a ser prevista como prerrogativa da administração decorrente do regime jurídico dos contratos administrativos, nos casos de serviços essenciais, a ocupação provisória de bens móveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem assim na hipótese de rescisão do contrato administrativo (art. 58, V).

f) Somente poderá haver alteração das cláusulas econômico-financeiras e monetárias após concordância do contratado (art. 58, § 1.º)

5.11. Formalização dos contratos

a) Deixa de haver expressa previsão, tal qual ocorria sob a égide do Decreto-Lei n.º 2.300, da vedação de atribuição de efeitos financeiros retroativos aos contratos administrativos, bem assim às suas alterações, além da admissibilidade de exceção a esta regra quando a demora para a formalização desses ajustes, em caso de extrema e comprovada urgência, não for superior a 48 horas; ressalte-se que a referida falta de previsão se dá em razão de veto aos parágrafos segundo e terceiro do art. 61 do novo Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos.

b) Fica, nesta sede, uma vez mais ratificada a imposição de que a minuta do futuro contrato deverá sempre integrar o edital ou o ato convocatório da licitação (art. 62, § 1.º).

5.12. Alteração dos contratos

a) É vedada, na alteração contratual da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de execução de obra e serviço ou fornecimento (art. 65, II, c).

b) Nenhum acréscimo ou supressão de obras, serviços ou compras poderá exceder a 25% do valor inicial atualizado do contrato, ou a 50% deste para o caso particular de reforma de edifício ou de equipamento (art. 65, §§ 1.º e 2.º), ficando garantido, na primeira hipó-

tese, no caso de supressão, o pagamento ao contratado dos materiais já adquiridos e postos no local dos trabalhos pelos custos da aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, sem prejuízo de indenização por outros danos eventualmente provocados (art. 65, § 4.º).

c) Torna-se admissível a *simplex apostila* em substituição ao termo de aditamento, por não caracterizar alteração do contrato, nos casos de variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, de atualizações, compensações ou penalizações financeiras derivadas das condições de pagamento nele previstas, assim como de empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido (art. 65, § 8.º).

5.13. Execução dos contratos

a) É facultada a contratação de terceiros para assistir e subsidiar, com informações pertinentes à atribuição, o representante da administração especialmente designado para o acompanhamento e fiscalização da execução do contrato (art. 67).

b) Quanto ao recebimento definitivo do objeto contratual executado, fica o seu prazo máximo reduzido de 120 para 90 dias, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital (art. 73, § 3.º).

c) Na hipótese de o termo circunstanciado ou a verificação propiciadores dos recebimentos provisórios e definitivos, conforme o caso, do objeto de obras e serviços ou de locação de equipamentos, não serem, respectivamente, lavrado ou procedida dentro dos prazos fixados, reputar-se-ão como realizados, desde que comunicados à administração nos 15 dias anteriores à exaustão dos mesmos (art. 73, § 4.º).

d) Dentre as hipóteses que dispensam o recebimento provisório, deixa de existir a de "outros materiais", que acompanhava os casos de gêneros perecíveis e alimentação preparada (art. 74, I).

5.14. Inexecução e rescisão dos contratos

a) O pedido de *concordata* do contratado não mais constitui motivo para a rescisão do contrato administrativo, tal qual também passa a acontecer com os casos de *protesto de título* ou a *emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos*, que caracterizavam a insolvência do contratado e também ensejavam a rescisão contratual quando da vigência do De-

creto-Lei n.º 2.300.

b) Passa também a constituir motivo para a rescisão do contrato as *repetidas suspensões da sua execução* impostas pela administração que totalizem mais de 120 dias, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevisíveis desmobilizações e mobilizações e outras previstas, garantido o direito do contratado de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação (art. 78, XIV, 2ª parte), direito este também assegurado ao contratado na rescisão admitida pelo atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos em face da execução do objeto ou de suas parcelas (art. 78, XV).

c) Fica garantido o *contraditório* e a *ampla defesa* nos casos de *rescisão contratual* (art. 78, parágrafo único).

d) Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual período (art. 79, § 5.º).

5.15. Sanções administrativas

A promoção da *reabilitação* facultada nos casos de aplicação a contratado da sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração em decorrência de inexecução total ou parcial, passa a ser melhor disciplinada, eis que aclarado que será concedida sempre que o contratado ressarcir a administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo de 2 anos (art. 87, IV e § 3.º).

5.16. Crimes e respectivas penas e procedimento judicial

Sem margem a qualquer dúvida, é nesta seara que houve a maior inovação nas regras atinentes à licitação e contratação, haja vista que não existia similar disciplina no Decreto-Lei n.º 2.300. Qualquer irregularidade nesse âmbito, pois, deveria basicamente ser resolvida mediante a tentativa de subsunção do fato incomum às hipóteses legais previstas pela legislação penal comum, assim como, uma vez caracterizada a conduta típica, seguir o curso traçado pela pertinente legislação adjetiva.

É principalmente nos arts. 89 a 108 que fica irrefragavelmente evidente o aspecto moralizador que se encontra subjacente na nova disciplina das licitações e contratações, pois se nota que o legislador federal procurou esgo-

tar, ante o minucioso regramento, todo o ressaltante aos respectivos crimes, penas, processo e procedimento judiciais, sem haver, inclusive, se olvidado da estatuição de severas normas dispendo sobre a responsabilidade e as sanções de natureza administrativa, o que fez, aliás, em grande profusão ao longo de todo o texto legal objeto deste estudo, consoante o já precedentemente entrevisto.

5.17. Recursos administrativos

Nesta sede foram introduzidas três importantes inovações, a saber: a possibilidade de impetração de recurso também em face do ato da administração impositivo da aplicação das penas administrativas de *advertência*, *suspensão temporária* ou de *multa* (art. 109, I, f); a atribuição de *efeito suspensivo* aos recursos nos casos que atacarem, além da habilitação ou inabilitação de licitante, fizerem-no em relação ao julgamento das propostas (art. 109, § 2.º); e a estatuição de que nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se iniciará ou fluirá sem que os autos do processo estejam com *vista franqueada* ao interessado (art. 109, § 5.º).

5.18. Disposições finais e transitórias da lei

a) Fica assegurado o direito de qualquer licitante, contratado ou pessoa natural ou jurídica de *representar* contra irregularidades no tocante ao controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos com mesmo fim, além de ao Tribunal de Contas, aos órgãos integrantes do sistema de controle interno da administração (art. 113, § 1.º).

b) Tanto o Tribunal de Contas como os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar, para exame, antes da abertura das propostas, cópias de edital de licitação já publicado, assim como determinar, após exame, medidas corretivas desse instrumento (art. 113, § 2.º).

c) De par com a previsão de que se aplicam as disposições da nova lei, no que couber, aos *convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres* celebrados por órgãos e entidades da administração pública, passa a haver minucioso detalhamento quanto aos convênios, além da imposição de todos conterem, no mínimo, as seguintes informações: identificação do objeto a ser executado; metas a serem atingidas; etapas ou fases de execução; plano de aplicação dos recursos financeiros; crono-

grama de desembolso; e previsão de início e fim da execução do objeto, bem como da conclusão das etapas ou fases programadas (art. 116).

d) As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou diretamente pelo poder público deverão editar *regulamentos próprios*, devidamente publicados, os quais se sujeitarão às disposições da lei em apreço (art. 119, *caput*).

e) Na hipótese de concessão de linha aérea, observar-se-á *procedimento licitatório específico* a ser estabelecido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica.

f) Por fim, fica estabelecido que as *repartições sediadas no exterior* observarão nas suas licitações e contratações administrativas as peculiaridades locais e os princípios básicos da lei em apreço, na forma de regulamentação específica (art. 123).

6. Considerações finais

À vista de todas as inovações decorrentes da edição da Lei n.º 8.666, as quais acima se tentou destacar, óbvia se erige a proposição preambularmente citada e consistente na preocupação moralizadora da lei, visando coibir a prática de irregularidades nas licitações e contratações. Mais ainda: de tais inovações facilmente também se divisa a vontade do legislador em propiciar uma ampla participação de proponentes nos certames licitatórios, um acentuado municiação dos administrados para um efetivo controle desse tipo de procedimento, bem assim uma indelével intenção de estirpar das licitações o subjetivismo na apreciação das ofertas que a elas acudirem.

Todavia, além disso tudo, e da questão da necessária e tormentosa identificação de suas normas gerais, para a edição das pertinentes leis pelos demais entes federados que não a União, e sem prejuízo da questão da aparente inconstitucionalidade que se encontra radcada no seu art. 1.º, certo é que a sua aplicação não se apresentará despida de dificuldades, visto se evidenciar ela muitíssimo minuciosa e, por assim dizer, burocratizante.

Bibliografia

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona, Ed. Bosch, 1970.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. 2.ª ed. rev., ampl. e atual. com a Constituição Federal de 1988. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

BORGES, Alice Gonzalez. "Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos (contribuição para a elaboração de uma lei nacional)", *Revista de Direito Público*, 96:81-93, out./dez., 1990.

FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5.ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14.ª ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Licitação e Contrato Administrativo*. 5.ª ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

MEYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1949, v.1.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. "Licitações (considerações em torno de alguns aspectos constitucionais)", *Revista de Informação Legislativa*, 113:243-56, jan./mar., 1992.

MUKAI, Toshio. *Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 5.ª ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo, Ed. Re-

Retenção por benfeitorias

CARLOS ALBERTO DA COSTA DIAS

SUMÁRIO

1. *Conceito de benfeitoria.* 1.1. *Benfeitorias na locação.* 2. *Eficácia da sentença e benfeitoria.* 3. *Retenção por benfeitorias como exceção: formas.* 3.1. *Embargos à execução na locação.* 3.2. *Embargos por benfeitorias para entrega de coisa em possessórias e reivindicatórias.* 3.3. *Reconvenção.* 4. *Conclusão.*

1. *Conceito de benfeitoria*

Benfeitoria é o melhoramento promovido em um prédio com a intenção de torná-lo mais útil ou agradável. São benfeitorias úteis "aquelas que aumentam ou facilitam o uso da coisa, melhorando-a ou valorizando-a, as quais, embora não se indicando indispensáveis para a conservação da coisa mostram-se de visível utilidade para o proprietário dela, resultando num enriquecimento em virtude da natural valorização trazida à propriedade". As benfeitorias necessárias "dizem-se as que são feitas para a conservação do prédio sem as quais este se arruinaria". Voluptuárias são aquelas feitas para o mero deleite ou recreio de quem fez; não aumentam o uso habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.

São benfeitorias indenizáveis as úteis e as necessárias. Quanto às benfeitorias voluptuárias, a indenização depende da vontade do proprietário que as pagará se lhe convier. Se o proprietário não quiser pagar pelas benfeitorias voluptuárias o possuidor poderá retirá-las se isto não causar estrago do corpo da coisa a que aderem. Se o estrago da coisa é indenizado, apesar da omissão do código, a doutrina entende que poderá levantar as benfeitorias. Se o possuidor for de má-fé, as benfeitorias volup-

tuárias servirão como forma de indenização ao dono da coisa em virtude do tempo que se viu privado de seu bem e, assim, não poderão ser levantadas¹.

Há direito de retenção do possuidor de boa-fé quanto às benfeitorias necessárias e úteis. O direito de retenção consiste "em poder o possuidor reter a coisa em seu poder, até ser embolsado nas despesas a que tem direito pelas benfeitorias necessárias e úteis". Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas apenas as benfeitorias necessárias², isto se justifica porque tratando-se de benfeitoria necessária, teria de ser feita em qualquer hipótese para conservação da coisa, mas não geram direito de retenção. As benfeitorias úteis e voluptuárias não serão ressarcidas ao possuidor de má-fé, pois sabia de antemão que a coisa não lhe pertencia³.

É necessário que não se confundam os conceitos de benfeitorias e de acessão. A acessão "é o direito conferido por lei ao proprietário de bens ou coisas, sobre todos os acréscimos ou frutos produzidos, isto é, sobretudo o que se incorpora natural ou artificialmente às mesmas coisas ou bens"⁴. A acessão é o modo originário de adquirir em virtude do qual fica pertencendo ao proprietário tudo quanto se une ou incorpora ao seu bem⁵. A acessão pode ser natural, artificial, ou industrial. A acessão artificial é produzida pelo esforço humano e consiste de plantações e construções.

O artigo 545 do Código Civil preceitua que: "Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio, perde em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções, mas tem direito à indenização. Não o terá, porém se proceder de má-fé, caso em que poderá ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos". Da acessão produzida pelo possuidor de boa-fé decorre indenização. J.X.⁶ Carvalho Santos entende com

¹ BEVILÁQUA, CLÓVIS. In: *Código Civil Comentado*, art. 517, apud Carvalho Santos, J.X. *Código Civil Interpretado*, pp. 219-226.

² Art. 517 do CC.

³ Art. 517, segunda parte.

⁴ PLÁCIDO E SILVA. In: *Vocabulário Jurídico*, v. I, p. 69.

⁵ BEVILÁQUA, CLÓVIS. In: *Código Civil Comentado*, art. 517, apud Carvalho Santos, J.X. *Código Civil Interpretado*, p. 356.

⁶ BEVILÁQUA, CLÓVIS. In: *Código Civil Comentado*, art. 517, apud Carvalho Santos, J.X. *Código Civil Interpretado*, pp. 415-416.

amparo na doutrina francesa que também há direito à retenção⁶. Mas reconhece que o direito de retenção só se manifesta por via de exceção e não pode ser exercido por meio de ação direta⁷. A jurisprudência ressalva outro entendimento: "Quanto às acessões não cabe a retenção por benfeitorias"⁸.

1.1. *As benfeitorias na locação*

A Lei n.º 8.245 de 18/10/91 prevê as benfeitorias no artigo 35 nesses termos:

"Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis, e permitem o exercício de retenção."

Existe cláusula padronizada de contrato de adesão pela qual o locatário renuncia ao direito de retenção por benfeitorias. A validade da cláusula dependeria da espécie da benfeitoria realizada. Se se tratassem de benfeitorias úteis, a cláusula seria válida e a benfeitoria indenizável; se se tratassem de benfeitorias necessárias o direito à retenção persistiria apesar da vedação contratual⁹. E o VI Encontro de Juízes do Tribunal de Alçada prescreveu nesses termos: "Não tem validade a renúncia do locatário em contrato do direito de retenção por benfeitorias necessárias". Sobre nulidade de cláusula que proíbe direito de indenização ver ainda art. 51, inciso XVI do Código de Defesa do Consumidor. São nulas de pleno direito (...) as cláusulas que (...) possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

A orientação de que a cláusula que proíbe a indenização ou retenção seria nula justificase apesar de a lei ressalvá-la, posto que as benfeitorias necessárias são obrigação do locador¹⁰.

Não obstante, maciça jurisprudência tem

⁷ BEVILÁQUA, CLÓVIS. In: *Código Civil Comentado*, art. 517, apud Carvalho Santos, J.X. *Código Civil Interpretado*, pp. 415-416.

⁸ Conforme se depreende de acórdão prolatado pela 1.ª Câmara do 2.º Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, j. em 18.2.87, relator QUAGLIA BARBOSA, in RT 616/144.

⁹ Nesse sentido VILLAÇA E TUCCI. In *Tratado da Locação Predial Urbana*, vol. I. Ed. Saraiva, 1980, p. 292.

¹⁰ Artigos 21 e 22 da Lei n.º 6.649, de 15-5-79 e artigo 22, inciso X, parágrafo único, letras, a, b e c da Lei n.º 8.245, de 18-10-91.

entendido válida a cláusula, e por consequência, inadmitido realização de prova de benfeitorias necessárias, eximindo o locador de indenização.

2. Eficácia da sentença e benfeitoria

Para a doutrina tradicional os provimentos jurisdicionais são no processo de conhecimentos declaratórios, constitutivos ou condenatórios. A ação de despejo é entendida como condenatória, pois condena o réu a desocupar o imóvel no prazo assinado¹¹.

É evidente, no entanto, que a ação condenatória de ressarcimento difere da ação condenatória de ação de despejo, à vista do conteúdo do provimento jurisdicional. Na primeira, a sentença por si só não implica na entrega do bem da vida, na segunda, por sua vez, a própria sentença exaure a pretensão, pois pode ser executada prescindindo de novo processo, resume-se a um ato (chamado de execução imprópria), ou encurta-se até transformar-se num simples incidente, ou fase interna da demanda de conhecimento, ao passo que nas formas executivas derivadas das sentenças verdadeiramente condenatórias, assim como na execução por crédito, aquilo que deveria ser uma simples fase ou ato do processo de conhecimento passa a ser uma nova ação executória¹².

Resume Pontes de Miranda: "A ação de despejo é composta de duas ações uma das quais executiva nela a execução é fase e não *actio iudicati*"¹³. "A ação de despejo realiza-se na própria relação processual da ação, sem que haja necessidade de proposição subsequente de uma nova ação executória, fundada numa suposta *actio iudicati*. São da mesma natureza o mandado de segurança a ação de nunciação de obra nova, a *cautio damni infecti*, ação de arresto, seqüestro, ação de exibição, busca e apreensão e reintegração de posse. É o conteúdo da sentença o resultado pedido, ou seja, no caso a decretação do despejo, como atividade executória"¹⁴.

Sobre esse aspecto acrescenta Pontes de

¹¹ Nesse sentido DINAMARCO et. alii, in: *Teoria Geral do Processo*, pp. 270 e ss.

¹² Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. In: *Ação de Imissão de Posse no Direito Brasileiro*. Ed. Saraiva, pp. 42-44, 55, 60-62, 69 e 178-179.

¹³ PONTES DE MIRANDA. In: *Tratado das Ações*, v. I, pp. 336.

¹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. In: *Ação de Imissão de Posse no Direito Brasileiro*. Ed. Saraiva, p. 41.

Miranda¹⁵, "na época das Ordenações Filipinas admitia-se embargos ao mandado de evacuando. No terreno da ciência, a questão está em se saber se a ação de despejo é ação executiva *lato sensu* em que a ação de execução é proposta; ou se de mandamento. No código anterior de 1939 passou a ser concebida como executiva, porém no direito brasileiro anterior era de mandamento. Visto a natureza da sentença tem-se como condicional se reconhecer a existência de benfeitorias salvo se o autor prestou caução".

"Contra o adquirente exerce-se o direito de retenção por benfeitorias feitas, ainda que se haja de entender que no preço pelo imóvel se computou o valor destas"¹⁶. "Se a sentença reconheceu o direito de retenção por benfeitorias a sentença de despejo não pode ser executada sem que se satisfaça o locatário"¹⁷. "O direito de retenção é exceção do possuidor de boa-fé. Pode ser afastado com a caução. Não tem direito ainda que pelos gastos necessários o possuidor de má-fé"¹⁸.

3. Retenção por benfeitorias como exceção: formas

"Exceção em sentido amplo, é o poder jurídico de que se acaba investido o réu e que lhe possibilita opor-se à ação que lhe foi movida". A exceção não pode ser o direito ao provimento de rejeição do pedido do autor, mas apenas o direito a que no julgamento também se leve em conta as razões do réu". "Não é correto, assim falar-se em *ação do réu* porque não há ação sem interesse de agir. E se a defesa é bastante para cobrir o interesse do réu, este só se defende e não ataca. Mesmo quando o réu ao defender-se amplia a matéria que deverá formar o convencimento do juiz (aduzindo fatos impeditivos ou extintivos) não está ampliando o *thema decidendum*"¹⁹.

Sendo a sentença de decretação de despejo condicionada à indenização por benfeitorias,

¹⁵ PONTES DE MIRANDA. In: *Tratado das Ações*, vol. II, sobre Ações Executivas, op. cit., p. 322.

¹⁶ PONTES DE MIRANDA. In: *Tratado das Ações*, vol. II, sobre Ações Executivas, op. cit., p. 329.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA. In: *Tratado das Ações*, vol. II, sobre Ações Executivas, op. cit., p. 336.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA. In: *Tratado das Ações*, vol. II, sobre Ações Executivas, op. cit., p. 158.

¹⁹ DINAMARCO et. alii, in: *Teoria Geral do Processo*, pp. 239-243.

temos que estas são efetivamente exceções do réu que retém o imóvel até o adimplemento da obrigação.

Segundo Silva Pacheco²⁰, em tese pode se conhecer o exercício desse direito de retenção frente à ação de despejo através: a) de exceção incrustada na contestação (artigos 300 e ss. e 628 do CPC); b) da reconvenção (arts. 253, parágrafo único, 315 a 318 do CPC), por ser conexa com a ação principal e não ter a ação de despejo rito sumaríssimo; c) embargos opostos como ação autônoma, em apartado e em apenso ao processo principal (arts. 736 e 744).

3.1. Embargos à execução na locação

A jurisprudência e a doutrina são unânimes em repudiar os embargos à execução como forma para ver valer o direito de retenção²¹. Como se viu, não há processo de execução, o qual os embargos pressupõem. Estes são ação autônoma incidente à execução que tem por finalidade desconstituir ou declarar a ineficácia do título executivo. Cabem embargos à retenção por benfeitorias na execução de sentença proferida em ação fundada em direito real, ou direito pessoal sobre a coisa, a teor do art. 744 do CPC. Esse artigo não se aplica às ações de despejo, mas apenas às ações de execução de entrega de coisa. Sobre a inadmissibilidade dos embargos, Frederico Marques²² diz, ao tratar de ação de instância única, sem formação de nova relação processual para o cumprimento e satisfação do julgado, que não se há cogitar de incidentes com caráter de outra ação a obstar a execução.

A jurisprudência dominante também é nesse sentido: "consoante o disposto no art. 43 da Lei n.º 6.649/79 a execução de despejo se faz por simples notificação ao réu e não pelo processo executório previsto no cap. II do título III, do livro II do CPC. Destarte, tal execução não comporta embargos de retenção por benfeitoria, eis que estes só tem lugar no aludido processo executório, como se vê do art. 744 do estatuto processual"²³.

²⁰ SILVA PACHECO. In: *Tratado das Ações de Despejo*, 1985, p. 395.

²¹ Nesse sentido leiam-se os acórdãos insertos na Revista dos Tribunais 512/192, 544/154, 579/151, 631/201 e Jurisprudência do Tribunal de Alçada n.º 49/208 e 90/433.

²² FREDERICO MARQUES. In: RT 169/774.

²³ Acórdão unânime da 3.ª Câmara do 1.º AC de 1.º-12-83, no ap. 96.190, rel. NACIZO PINTO,

3.2. Embargos por benfeitorias para entrega de coisa em possessórias e reivindicatórias

Não se aplicam os embargos de retenção de benfeitorias nas ações possessórias. "O direito de retenção em ação possessória deve ser invocado na contestação visto que inadmissíveis os embargos do executado. O art. 744 do CPC não se aplica à execução de mandado de reintegração de posse, pois os embargos ali previstos só tem lugar na execução para entrega de coisa certa"²⁴.

"São admissíveis embargos de retenção por benfeitorias se na fase de cognição nada ficou decidido"²⁵ (RT 474/212; 479/161; 487/145; RJTJESP 37/59; 71/207; 80/69; JTA 104/114) *apud* Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor", de Theotônio Negrão, 24, ed., nota 7, ao art. 744.

Entendemos incorreto o entendimento de que o direito de retenção, poderia ser alegado na fase de execução da ação reivindicatória caso não viesse a ser alegado na fase de cognição. Esse entendimento vem fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal inserto na RT 156/842 e na doutrina de Liebman e Celso Neves, conforme reporta-se o acórdão.²⁵ A sentença e o acórdão, silenciaram-se a respeito do direito de retenção mesmo porque não houve pedido nesse sentido.

Nesse acórdão foi vencido o entendimento de que a matéria estaria preclusa, vez que não ventilada no processo de conhecimento a tempo. Em nosso sentir, razão assiste ao voto vencido. Em virtude do princípio da eventualidade de toda a matéria de defesa deve ser alegada

ADCOAS-1194, n.º 95.334.

²⁴ Ac. Unân. 1.ª Câmara do 1.º TACSP de 24 de junho de 1980, ap. 269, 379, rel. MACEDO BITTENCOURT, In: *JTAC* 63-150. Em acórdão publicado na RTJ 37/59 e 60, da 2.ª Câmara do Tribunal de Justiça.

²⁵ Ocorre que verificando-se as obras mencionadas na fonte, LIEBMAN faz apenas referência ao precedente do STF, em nota n.º 3, p. 229 do *Processo de Execução*. Ed. Saraiva, 5.ª ed., 1986, não se posicionando efetivamente nesse sentido. CELSO NEVES por sua vez é peremptório: "O texto (art. 744) restringe à sua disciplina portanto aos casos em que não houve no processo de conhecimento debate sobre a pretensão de reter, permitindo a sua invocação na ação incidental de Embargos do Executado." In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, 1974, p. 231.

na primeira oportunidade sob pena de preclusão, não podendo, portanto, vir a ser alegada posteriormente. Fato esse que difere de ter sido alegado o direito de retenção mas não reconhecido ou julgado na sentença e no acórdão. Assim, posicionamo-nos contra a admissibilidade dos embargos de retenção, caso haja oportunidade no processo de conhecimento de alegar a existência de benfeitorias.²⁶

Em síntese: o direito de retenção poderá ser alegado em embargos de retenção por benfeitoria desde que se trate de execução para entrega de coisa. Tratando de possessórias ou reivindicatórias não caberiam os embargos de retenção, salvo se fizerem parte da lide desde o princípio.

3.3. Reconvenção

A reconvenção tem natureza de ação incidente ao processo principal a ele conexo, nos termos do art. 315 do CPC e seguintes. É apresentada em peça separada, processada nos mesmos autos e julgada na mesma sentença que decide a ação principal. Enquanto a defesa impede a reconvenção pede, ou seja, contra-ataca.

Covello²⁷ defende a propriedade de reconvenção como meio de exercer o direito de retenção na ação de despejo. Explica ainda que no Código de 1939 a reconvenção não era admitida pois era vedado o seu uso nas ações executivas *lato sensu* consideradas como é o caso da ação de despejo. Atualmente o uso da reconvenção tem apoio na jurisprudência salvo exceções.

A tese contrária à admissão da reconvenção para alegação do direito de retenção é sedutora e tecnicamente perfeita. Com efeito, a reconvenção protegerá especificamente o direito à indenização correspondente às benfeitorias, à qual presspõe o direito à retenção, mas nem sempre (como é o caso do possuidor de má-fé que tem direito à indenização mas não direito à retenção). O direito à retenção, considerado em si, não é objeto de ação autônoma, mas como vimos é puramente um direito de garantia ao ressarcimento à indenização. Daí a propriedade de contra-ataque via ação reconvenção para alegar apenas a indenização, mas não o direito de retenção dela pres-

²⁶ Nesse sentido RJTAMG 26/323, RT 653/187, 681/91, RJTJSES 130/314, JTA 100/361, *apud* THEOTONIO NEGRÃO *idem ibidem*.

²⁷ Em artigo publicado na RT 631/268.

suposto.

Conclui-se que sendo a sentença condicional ao pagamento da indenização, resulta que na prática o direito de retenção alegado em reconvenção ou contestação terá o mesmo efeito. Mesmo assim entendemos exagerada a decisão que rejeita a reconvenção se eleita pelo réu para valer o seu direito, como a seguinte:

“Despejo — reconvenção — direito de retenção inadmissibilidade. Inadmissível é a reconvenção em ação de despejo, quando objetivando o direito de indenização por benfeitorias, pois normalmente constituiu-se um direito passivo de pura defesa, devendo ser deduzido em contestação, por via de exceção, ou ainda na execução”²⁸.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela admissibilidade da via reconvenção²⁹. A doutrina mais autorizada também se posiciona favoravelmente³⁰.

4. Conclusão

Quanto ao conceito de benfeitoria não há diferença em essência entre a existente na locação e a decorrente de outros meios de posse.

Quanto à indenização o Código do Consumidor, ao vedar a cláusula que nega a indenização por benfeitorias introduzidas, não teria sido revogado pela nova Lei do Inquilinato, a qual, nesse sentido, repete a anterior lei sobre a matéria. Assim, entendemos nula a cláusula que vede a indenização por benfeitorias.

A sentença nas ações de despejo e possessórias não admitem incidentes para discussão de benfeitorias. Podem ser alegadas em contestação, reconvenção.

Quanto aos embargos à execução não são cabíveis nas ações de despejo, mas cabem nas ações possessórias, reivindicatórias e entrega

²⁸ AI 228957, 3.ª Câm. rel. Juiz OSWALDO BELLIERI j. 25.10 de 1988. Arquivo de Jurisprudência da Biblioteca do 2.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

²⁹ Rec. Extraordinário n.º 68, 276 GB, j. 21.11.72, pelo Min. ELOY DA ROCHA, 2.ª Turma, Ed. DJU de 2.3.73, p.1106.

³⁰ MOACYR AMARAL SANTOS, *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*. Ed. Max Limonad, 3.ª ed., 1986, p.193-197; CLITO FORNICIARI JUNIOR, *Da Reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro*, Ed. 1979, p. 141; JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Tratado das Ações de Despejo*, 6.ª ed., p. 260.

de coisa de embargos para retenção por benfeitorias, desde que discutidas no processo de conhecimento anterior a elas.

Bibliografia Consultada

ALEXANDRE de Paula. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. III, Revista dos Tribunais.

AMILCAR de Castro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII. RT, 1974.

CALDAS, Gilberto. *Locação e Despejo à Luz da Jurisprudência*.

COMBRE, Nilton da Silva. *Teoria e Prática da Locação de Imóveis*. 3.^a edição. Ed. Saraiva, 1988.

DORNELLES da Luz, Aramy — *Comentários Práticos à Nova Lei do Inquilinato*.

FERREIRA INOCÊNCIO, Antonio. *A Nova Lei do Inquilinato*.

LAURIA TUCCI e Villaça, Rogério e Álvaro. *Tratado da Locação Predial Urbana*. Ed. Saraiva, 1979.

LEANDOR, Waldemar. *Novas Locações*, Lei n.º 6.649/79.

OPITZ, Oswaldo e Silvia. *Comentários às Novas Leis do Inquilinato*. Ed. Saraiva, 1974.

SABINO Jr. Vicente. *A Locação no Direito Brasileiro*. Ed. Freitas Bastos, 1964.

SILVA PACHECO, José da. *Tratado das Ações de Despejo*.

THEODORO Jr. Humberto. *Locação, Comodato e Mandato*. Ed. Livraria Universo, 1987.

A lei injusta e sua inconstitucionalidade substancial no Estado democrático de direito

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A lei injusta, em hipótese concreta. 3. A lei, como ato privativo do Parlamento. 4. A corrupção nos desvios substanciais da lei. 5. Conclusão e crença no Estado de direito, na lição de Rui Barbosa.

1. O anúncio preambular de nossa Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, apregoa que os representantes do povo brasileiro reuniram-se em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Dentre os princípios fundamentais que inspiram a nossa Carta Magna, destacam-se os que determinam que “a República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político” (art. 1.º, incisos I a V) e que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1.º, parágrafo único), bem ainda, que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2.º), constituindo-se “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

Antônio Souza Prudente é Juiz Federal, Titular da Sexta Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Ex-Procurador da República de 1ª Categoria, Ex-Assessor Jurídico de Ministro do TFR, Professor Titular de Processo Civil e Professor Assistente de Direito Tributário da AEUDF.

Parte final da palestra proferida no “I Congresso Brasileiro de Direito Constitucional”, em 24.10.92, no Centro de Convenções de Brasília (DF), sob o patrocínio da OAB/DF e da Fundação Santo Ivo.

construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3.º, incisos I a IV).

2. Neste contexto, o Estado de direito não tolera a lei substancialmente injusta, sem conteúdo ético, falaciosa, tirânica, instrumento de opressão.

Leis dessa feitura, ainda que formalmente constitucionais, deixam espaço aos avanços da corrupção, que se institucionaliza por sua aplicação diuturna, através dos órgãos e agentes oficiais do Poder.

No complexo legal do ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se, dentre outras, por seu elevado teor de violência e injustiça, a Lei n.º 5.741, de 1.º de dezembro de 1971, que "dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação".

Esta lei, produzida na fase mais aguda do regime ditatorial-militar, por um Parlamento subserviente a toques de baionetas, visa à proteção do Sistema Financeiro da Habitação, a macroimobiliária estatal, que é espaço aberto ao enriquecimento ilícito de seus agentes financeiros, sob o amparo legal, e ao aniquilamento substancial do mutuário, que lhe é submetido pelo intervencionismo voraz do poder público.

A famigerada Lei n.º 5.741, de 1.º de dezembro de 1971, manifesta-se injusta e inconstitucional, quando determina: a) a citação editalícia, pelo prazo exíguo de 10 (dez) dias, do executado e de seu cônjuge, que se acharem fora da jurisdição da situação do imóvel hipotecado (art. 3.º, parágrafo 2.º), inviabilizando, assim a ampla defesa constitucional (CF, art. 5.º, inciso LV), que se instrumentalizaria através da citação regular, por carta precatória, consoante previsão da sistemática processual civil codificada, em casos que tais (CPC, arts. 200 e 204 e 205); b) o despejo do executado, que estiver na posse direta do imóvel, para que o desocupe, no prazo de 30 (trinta) dias, entregando-o ao exequente (agente financeiro), antes de sua defesa, através da ação de embargos, que a lei somente admite, em regra, sem efeito suspensivo (arts. 4.º, §§ 2.º e 5.º, pará-

grafo único), negando vigência à Norma Fundamental, garantidora de que "ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (CF, art. 5.º, inciso LIV); c) a venda do imóvel hipotecado, em praça pública, única, com reduzida publicidade — edital pelo prazo de 10 (dez) dias —, ordenando a adjudicação do imóvel buscado ao credor exequente (agente financeiro), na ausência de licitantes, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, pelo valor do débito exequendo — saldo devedor — (arts. 6.º e 7.º), favorecendo o enriquecimento ilícito do agente financeiro, e não pelo preço justo da avaliação do imóvel, como determina a lei processual codificada (CPC, arts. 690, § 2.º e 714), evitando-se o confisco executório do bem do devedor e a frontal violação de seu direito constitucional à propriedade (CF, art. 5.º, caput).

Leis como esta — 5.741/71 — que protege o Sistema Financeiro da Habitação e não protege a habitação do mutuário — atentam contra a dignidade da pessoa humana e não concorrem para construir uma sociedade livre, justa e solidária, como assinalam os objetivos constitucionais.

Nessa ótica, falece, por contrariar a lógica do razoável, o enunciado da Súmula 207/TFR, na dicção de que "nas ações executivas regidas pela Lei n.º 5.741, de 1971, o praxeamento do imóvel penhorado independe de avaliação". É a consagração jurisprudencial da injustiça.

Os intérpretes e aplicadores da lei não devem esquecer os fins sociais a que ela se destina e as exigências do bem comum (LICC, art. 5.º). Tal princípio há de ser observado, também, pelo Parlamento, já na realização do processo legislativo, como que no controle político de constitucionalidade das leis.

Agrava-se, sobretudo, a situação do executado pela malsinada Lei n.º 5.741/71, quando, no momento processual da alienação do imóvel hipotecado, em praça única, aplicam-se-lhe, subsidiariamente, as normas de exceção dos Provimentos n.ºs 117 e 118, do egrégio e extinto Conselho da Justiça Federal, bem ainda, do Provimento n.º 15 da extinta Corregedoria-Geral da Justiça Federal, datados de maio de 1975 (os dois primeiros) e de abril de 1979 (este último), todos dispendo no sentido de que "aos oficiais de justiça-avaliadores compete ainda efetivar as hastas públicas de bens imóveis".

Ora, no Estado democrático de direito, somente a *lei*, em sentido estrito, pode inovar, originariamente, na ordem jurídica, estabelecendo competências, criando ou extinguindo direitos e obrigações, ou determinando privilégios e penalidades, nos casos nela previstos.

A nossa Constituição estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5.º, inciso II), excluindo-se, assim, dessa garantia fundamental qualquer ato normativo inferior, sem respaldo legal.

Somente a União, através do Parlamento, tem *competência privativa* para legislar sobre *direito processual* (CF de 1967 com a EC n.º 1/69, art. 8.º, inciso XVII, alínea b; CF de 5.10.88, artigo 22, inciso I). Tal competência não fora outorgada, constitucionalmente (nem o será, com certeza), a juízes e tribunais ou a qualquer administrador público.

Mesmo que se pretendesse atribuir aos aludidos provimentos natureza regulamentar (o que não têm, à míngua de qualquer disposição legal sobre a matéria) mereceria a lembrança oportuna, aqui, da lição abalizada de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, na fala de que “o regulamento tem limites decorrentes do direito positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada, a legislação em geral e as fontes subsidiárias a que ela se reporta. Ademais, sujeita-se a comportas teóricas. Assim, não cria nem modifica e sequer extingue direitos e obrigações, senão nos termos da lei, isso porque o inovar originariamente na ordem jurídica consiste em *matéria reservada à lei*”¹.

De ver-se, pois, que se afiguram, formalmente, inconstitucionais os indigitados provimentos do extinto Conselho e da extinta Corregedoria-Geral da Justiça Federal, que alçaram, sem base legal, os oficiais de justiça-avaliadores, no âmbito da Justiça Comum Federal, à condição também de *leiloeiros públicos*, para efetivarem as hastas públicas de bens imóveis nos processos de execução da competência da Justiça Federal.

Esses provimentos, como tantos outros similares, não encontram respaldo, também, na recente Lei n.º 8.472, de 14 de outubro de 1992,

que dispõe sobre a composição e a competência do novo Conselho da Justiça Federal. Apresentam-se como atos normativos inválidos, no ordenamento jurídico brasileiro.

Nenhuma norma provimental pode criar *competência* para quem quer que seja, se a lei não a autoriza. Na verdade, somente a lei, como ato legislativo típico, oriundo do Parlamento, pode criar ou extinguir competências para o agente público, no Estado de direito.

Quando os decretos, regulamentos, resoluções, portarias, ofícios-circulares, pareceres e telex normativos (pasmem!) inovam na ordem jurídica, originária e autonomamente, estamos diante do “estado de exceção”, que aniquila o *Estado de direito*.

Na espécie dos provimentos citados, que *transformaram os oficiais de justiça-avaliadores*, também, em leiloeiros públicos de bens imóveis, no âmbito da justiça federal, contrariando os princípios constitucionais do Estado de direito, temos, em consequência, no campo fático, como resultado abortivo dessa situação de excrescência e de excepcionalidade jurídica, a pior figura de leiloeiro, já imaginável.

Sem condições fáticas de atender as exigências do princípio da ampla publicidade, moralizador, das concorrências públicas o *oficial de justiça-avaliador e leiloeiro*, na justiça comum federal, não apregoa, nem anuncia nada, por lhe faltarem os meios, a qualificação e a competência para o desempenho desse *múnus público*.

Todos os juízes federais, sabemos, que as praças de bens imóveis, nos feitos de execução da competência da justiça federal, se encerram, quase sempre, sem licitantes e com *praceamento* negativo, por *incompetência* (sob todos os ângulos) de seu leiloeiro designado — o oficial de justiça-avaliador. Neste espaço, o oficial de Justiça desempenha função que não lhe é própria. Exerce um encargo público, sem competência legal para tanto.

Nenhuma lei (*stricto sensu*), neste País, atribui competência a oficial de justiça para o exercício da função de leiloeiro público. De concluir-se, pois, que os atos praticados pelo oficial de justiça, no processo de execução (comum, fiscal ou especial — hipotecária), se afiguram *absolutamente nulos*, por *inconstitucionalidade formal* (os provimentos que lhe deram essa competência são formalmente nulos, por contrariarem os princípios constitucionais

¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. V. I, Ed. Forense, 2ª ed., 1979, p. 360.

do processo legislativo, *lato sensu*) e (*substancial* pela injustiça resultante das praças por ele realizadas, sem concorrentes, a possibilitar, no caso específico da Lei n.º 5.741/71, a adjudicação do imóvel penhorado ao credor exequente — agente financeiro — pelo saldo devedor, em evidente confisco do patrimônio do executado e conseqüente enriquecimento ilícito da entidade exequente), não podendo ser convalidados, judicialmente, por contrariarem, na essência, princípios de ordem pública.

Urge, pois, uma revisão nesse modelo procedimental, anômalo e excepcional, para que se restaure a garantia constitucional do devido processo legal (*due process of law*), mantendo-se a subsistência do Estado de direito em nossos tribunais.

3. Nessa ótica jurídica, merece destaque o magistério de Ruy Barbosa Nogueira, em dissertação sobre a “Constituição no País da Epidemia das Normas”, cujos tópicos mais significativos se expressam, nestas letras:

“A lei ou norma é ato da maior responsabilidade de quem elabora e da mais ampla ou geral conseqüência para a sociedade. Como já acentuara Santo Tomás de Aquino, na *Suma*, Volume das Leis, o legislador julga em geral e para o futuro; enquanto o juiz julga cada caso e para o presente... Norma de *conduta social*, seja Constituição ou o mais inferior dos atos normatizantes, são comandos para alcançar objetivos previamente valorados, julgados e autorizados para, *conclusivamente*, atingirem os fins necessários e suficientes. São atos sérios, de muita responsabilidade por suas conseqüências sociais. Não podem ser elaborados e emitidos por órgãos ou autoridades incompetentes. Exigem não só habilitação prévia ou comprovada capacidade científico-técnico-legislativa da competência formal e material dos Parlamentares... Portanto, a estatuição de *normas* criando, alterando ou extinguindo direitos e obrigações é função tópica e privativa dos Poderes Legislativos. Não dos Poderes Executivos e muito menos dos multifários órgãos administrativos que, sem competência e sem efetiva responsabilização, vêm, diariamente e com usurpação de poderes legislativos, emitindo tantos e tão pretensos atos de criação, modificação ou extinção de direi-

tos e obrigações, cujos órgãos ou funcionários chegam a qualificá-los, nominalmente, de “normativos”, neles incluindo até sanções! Se para impor o cumprimento de obrigações são ilegítimos a violência, a força bruta ou o excesso de poder, são ridículas as ameaças destes dentro do Estado de direito. Tanto mais o serão quanto coatores de atos ilegais, expedidos a jatos intermitentes e *supressivos* do tempo.”²

4. Nesta linha de convicção, observa o ilustre advogado e professor Waterloo Marchesini Júnior que

“o apreço interesse social em favor das classes economicamente menos favorecidas, que inspirou o ordenamento especial e a própria política da habitação, até hoje não se impôs com a intensidade necessária para resolver o problema habitacional deste País subdesenvolvido e já conformado com as suas continuadas crises, jamais superadas por planos e projetos fantásticos, que apenas atordoam e enganam os combatidos administrados, ferindo-lhes a boa-fé e corroendo a cidadania. (...) o Sistema Financeiro da Habitação, principalmente na última década, não tem cumprido as metas preconizadas e desejáveis e, ao invés de propiciar a aquisição da casa própria pelas classes da população de menor renda, tem servido às camadas economicamente privilegiadas, que até enriqueceram mais, porque se aproveitaram das benesses governamentais e dos grosseiros erros cometidos pela administração pública, na gerência dos recursos arrecadados através do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e de outros meios, que o contribuinte é obrigado a custear.

Com a extinção do Banco Nacional da Habitação, nos idos de 1986, o problema ficou muito mais grave e, na prática, o governo federal não encontrou uma solução plausível para resolver, definitivamente, a crise habitacional brasileira. Numa seqüência de atos administrativos (portarias, resoluções, circu-

² NOGUEIRA, Ruy Barbosa. “Constituição no País da Epidemia das Normas”. In *Revista do Tribunal Federal de Recursos*, Edição Especial, n.º 145, pp. 180/181.

lares) e, até mesmo, de leis ordinárias, tenta-se mostrar ao povo que a oportunidade para aquisição da casa própria é uma realidade para todas as pessoas que, preenchendo os requisitos essenciais da Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, pleiteiem o financiamento com garantia hipotecária. Porém, tudo não passa de engodo.

Para insegurança dos administrados, todas as medidas propostas e executadas no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, paulatinamente, têm sido contrárias aos interesses individuais e, em especial, de milhares de mutuários, que são sacrificados pelo governo federal, normalmente dado à prática de arbitrariedades e inconstitucionalidades, pois sabedor do insignificante número de jurisdicionados encorajados a buscar, no Judiciário, a contemplação dos seus direitos e garantias.”³

A corrupção se oficializa quando encontra, na lei, os caminhos da injustiça.

Afigura-se oportuna, a propósito do tema, a observação de Celso Silva Costa, na fala de que

“numa Carta, como a nossa, que propugna por “uma sociedade livre, justa e solidária” e por “reduzir as desigualdades sociais” (art. 3.º, I e III); que tem na ordem econômica um fator de “justiça social” (art. 170); que se propõe a reprimir “o abuso do poder econômico” (art. 173, § 5.º); que limita as taxas de juros reais, como ganhos de capital, não excedentes de 12% a.a. (art. 193, § 3.º); que estabelece a ordem social tendo como base “o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193) — permitir-se o lcupletamento do credor sobre o devedor, pelo ganho imoderado ou extraordinário, enquanto aquele mais se enriquece e este mais se empobrece, a pretexto de que esteja a obrigação assim prevista na letra do contrato, sem nenhuma consideração pela *equivalência das prestações*, não é somente injurídico, porque é mais: é imoral, indecente, indigno, antisocial, antioletoivo ou anticomunitário. Seria selvático e não urbano. Incrível.

³ MARCHESINI JUNIOR, Waterloo. *Sistema Financeiro da Habitação — Propriedade, Mútuo e Hipoteca*. Juruá Editora, 1992, pp. 13/14.

Donde que, modernamente, na cidade ignara, na urbe cosmopolita, com os centros empresariais conduzidos por feras sequiosas e vorazes, ostentando presas afiadas e garras aguçadas, a condicionar todo o tráfico jurídico, com a colaboração tentacular da mercadologia, tendo como vivandeira a publicidade insinuante e insólita — o devedor que apenas contrata praticamente por *adesão*, quando apõe sua assinatura no lugar a isso reservado na fórmula instrumental peculiar aos contratos de massa; não pode gerar uma obrigação como outrora, de total fidelidade aos termos estipulados pelo credor. *Pacta sunt servanda* não é mais um princípio absoluto. É uma regra, sujeita a exceções, pelo visto.

Nos tempos atuais, máxime na democracia social, o contrato não pode ser considerado um grilhão que aprisione, uma cadeia que escravize, um látigo que açoite, uma forma de suplício chinês, um estigma que envergonhe o devedor. Jamais será um instrumento de escravidão para o devedor. Não seria um serviço forçado, assim criado em benefício do credor. Somente porque contratasse, não estaria o devedor contingenciado a sofrer a vida inteira, para pagar um valor extraordinariamente ascendido, sem o correlativo incremento da prestação por parte do credor. Não estaria obrigado, por isso, a negociar suas vísceras, barganhar a dignidade de sua família, de sua esposa e filhos, mergulhar o lar no caos da indigência, fazer trato com o diabo, tudo para atender à concupiscência do credor. (...) O Direito é um meio para atingir fins colimados pelo homem em atividade; sua missão é eminentemente social construtiva. Logo, não mais prevalece o pensamento antigo, que dava ao juiz, como agente do Direito, a função de aplicar suas normas de forma cega, empedernida, hermética, obcecada, obsessiva, álgida, indiferente às ruínas que, inconsciente ou conscientemente, possam resultar de uma tal aplicação.”⁴

Cita-se, ainda, a título de mais um exem-

⁴ COSTA, Célio Silva. *A Interpretação Constitucional e os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988*. Editora Liber Juris, 1992, pp. 60 e 75.

plo de ato normativo corruptor de nosso ordenamento jurídico, a Lei n.º 8.237, de 30 de novembro de 1991, que ao dispor sobre a remuneração dos servidores militares federais das Forças Armadas, negou vigência à norma do inciso X do artigo 37 da Carta Magna em vigor, por estabelecer uma revisão geral da remuneração dos servidores públicos militares federais, sem contemplar os servidores públicos civis com os mesmo índices daquela revisão.

A norma do artigo 37, inciso X, de nossa Lei Fundamental é bastante em si, de eficácia plena. O comando isonômico, ali contido, é endereçado, expressamente, ao legislador ordinário, para cumpri-lo, ao editar a lei de revisão geral da remuneração dos servidores públicos. Essa norma, sem dúvida, tem por objetivo evitar que a revisão geral da remuneração dos servidores públicos tenha data diversa, como tantas vezes ocorria, bem como impede que se aplique aos servidores militares índice diferente do que for estabelecido para os civis, e vice-versa.

Se é certo que a referida Lei n.º 8.237/91 não fixou, expressamente, um índice ou percentual de aumento da remuneração dos militares por ela visados, fora exatamente com a intenção de proceder à burla ao Texto Supremo, camuflando o aumento da remuneração verificada aos militares, numa estratégia própria de um País de moralidade decadente, a nível de seus governantes eleitos pelo sufrágio popular. Contudo, será de fácil verificação aritmética a apuração desse índice de aumento na fase processual de liquidação do julgado, com amplo contraditório e transparência democrática.

A isonomia que resulta do comando constitucional do art. 37, inciso X, da Lei Maior afasta a orientação da Súmula n.º 339/STF, na espécie.

No Estado de direito, a Constituição Federal não pode ser amortalhada pelo jogo imoral dos espertos.

Na esfera da tributação, inúmeras são as leis e atos normativos infralegais que violam os princípios norteadores de nosso sistema tributário nacional e atentam contra as limitações constitucionais do poder de tributar. Assim, os impostos, disfarçados de "empréstimos compulsórios", os IOFs, as sobretarifas do FNT, os Finsociais, já declarados inconstitucionais,

em suas cobranças, por nossos Tribunais.

No fenômeno jurídico da tributação o Estado tem cometido toda espécie de abuso contra o administrado contribuinte, impondo-lhe a máxima fascista *solve et repete*.

Na topografia da corrupção legal, registra-se o recente confisco da poupança pública, através da retenção de cruzados novos pelo Banco Central do Brasil, com base na Lei n.º 8.024/90, cuja inconstitucionalidade os nossos Tribunais vieram de declarar, tardiamente, reconhecendo a violação do direito de propriedade, do ato jurídico perfeito e do devido processo legal. A imoralidade estatal já se houvera consumado e a injustiça atingira seus objetivos espúrios, com o aval da inércia da cúpula do Judiciário, obstruindo, na cassação de liminares, a atividade corajosa dos magistrados singulares.

Merece ser lembrada aqui, a lição hermenêutica de Juarez Freitas, na convicção de que

"o intérprete transdogmático não é um servo da lei, pois não a obedece, pura e simplesmente, mas funde o seu horizonte com o da norma jurídica, sendo este o motivo pelo qual deve, frontal e resolutamente, desaprisionar-se de formalismos excessivos, oriundos, em boa medida, do exagerado apego ao tronco romanístico-continental. Destarte, sem sucumbir aos arroubos sofisticados de uma insustentável, por arbitrária, hermenêutica do Direito livre, deve compreender que a única forma de ser fiel a uma norma iníqua é não aplicá-la, pois esta é, a sua correta aplicação. E mais: toda norma injusta, por contrariar os princípios de justiça, esculpido no topo do ordenamento jurídico, é, substancial e manifestamente, inconstitucional. A hermenêutica transdogmática pode e deve servir como garantidora da eficácia de tais princípios, para que a nossa Constituição, no que tem de melhor e mais favorável aos injustiçados, seja lembrada e, sobretudo, respeitada. Seu objetivo maior é, pois, fornecer ao intérprete e, de modo especial, ao aplicador a argumentação lógica, técnica e jurídica, mas também ética e política para, ao afastar as leis injustas, aproximar o Direito e o Estado da sociedade civil e de suas mais prementes necessidades de justiça prática, concreta e solidamente fundamentada

pelos juizes mais sensíveis às carências de nosso povo.”⁵

O Estado de direito que preconiza a nossa Constituição, sem dúvida, é aquele que se governa por leis justas e se submete à jurisdição de uma magistratura independente, sábia, ética e imparcial.

5. Precisamos marchar para a construção de um Brasil melhor, numa postura ética individual e coletiva, na crença de que o Estado democrático de direito está diante de nós, no raio das possibilidades de cidadãos livres, que somos e haveremos de ser, à luz da crença de nossos Maiores, assim transmitida:

“Creio na liberdade onipotente, criadora das nações robustas; creio na lei, a primeira das suas necessidades; creio que, nesse regimen, soberano é só o direito, interpretado pelos tribunais; creio que a República decai, porque se deixou atrasar, confiando-se às usurpações da força; creio que a federação perecerá, se continuar a não acatar a justiça; creio no governo do povo pelo povo; creio, porém, que o governo popular tem a base da sua legiti-

midade na cultura da inteligência nacional pelo desenvolvimento nacional do ensino, para o qual as maiores liberalidades do erário constituirão sempre o mais reprodutivo emprego da riqueza comum; creio na tribuna sem fúrias e na imprensa sem restrições, porque acredito no poder da razão e da verdade; creio na moderação e na tolerância, no progresso e na tradição, no respeito e na disciplina, na impotência fatal dos incompetentes e no valor insuprível das capacidades.

Rejeito as doutrinas de arbitrio. Abomino as ditaduras de todo o gênero, militares ou científicas, coroadas ou populares. Detesto os estados de sítio, as suspensões de garantias, as razões de Estado, as leis de salvação pública. Odeio as combinações hipócritas do absolutismo, dissimulado sob as formas democráticas e republicanas. Oponho-me aos governos de seita, aos governos de facção, aos governos de ignorância⁶.”

⁵ JUAREZ Feitas. *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*. EDIPUCRS, 1989, pp. 107/108.

⁶ RUI BARBOSA. *Campanhas Parlamentares*. V. IV, Livraria Editora Itacema Ltda., pp. 13/14.

Prisão provisória

FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO

SUMÁRIO

1. *Prisão cautelar*. 1.1. *Presunção de inocência*. 1.2. *Pressupostos*. 1.3. *Características*. 2. *Modalidades de prisão provisória*. 2.1. *Prisão preventiva*. 2.1.1. *Pressupostos*. 2.1.2. *Finalidades*. 2.1.3. *Fundamentação*. 2.1.4. *Fundamentação a posteriori*. 2.1.5. *Momento para a decretação*. 2.1.6. *Excesso de prazo*. 2.1.7. *Prisão preventiva e contravenção*. 2.1.8. *Prisão preventiva e crimes punidos com detenção*. 2.1.9. *Prisão preventiva e contraditório*. 2.1.10. *Prisão preventiva e apresentação espontânea do indiciado ou do acusado (prisão espontânea)*. 2.1.11. *Prisão preventiva e liberdade provisória*. 2.1.12. *Revogação de prisão preventiva e liberdade provisória*. 2.1.13. *Redecretação da prisão preventiva*. 2.2. *Prisão em flagrante*. 2.2.1. *Revogação de prisão e relaxamento*. 2.3. *Prisão decorrente de pronúncia*. 2.4. *Prisão resultante de sentença condenatória passível de recurso (prisão para apelar)*. 2.5. *Prisão temporária*. 3. *Conclusão*.

1. *Prisão cautelar*

O Direito Penal, disse Carnelutti, "es el derecho del dolor; dolor doble. de antes y de después, del pecado y del castigo"¹. Ao que acrescentou Weber Martins Batista, dupla não, tríplice: dor pelo pecado, pela apuração e pela punição². É uma verdade. Só responder a processo já é uma tortura moral, pois sofre-se antes da punição.

Todo processo é uma pena, diz Carnelutti. E explica:

¹ Francesco Carnelutti, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Bosch y Cic. Editores, 1950, v. II, p. 37.

² Weber Martins Batista, *Liberdade provisória*, Rio, Forense, 1981, 1.ª ed., p. 8.

“El castigo, desgraciadamente, no comienza con la condena; sino que ha comenzado mucho antes de ésta con el debate, con la instrucción, con los actos preliminares, incluso con la primera sospecha que recae sobre el imputado; tanto el juicio penal es castigo que a menudo hasta el imputado queda sujeto a él *in vinculis* como si ya hubiese sido condenado; el drama es que él es castigo para saber si debe ser castigado.”³

A prisão provisória é prisão sem pena, prisão cautelar (*carcer ad custodiam*). A prisão-pena é prisão-sanção, aquela resultante da sentença condenatória (*carcer ad poenam*).

Em nosso ordenamento jurídico, o termo *prisão* tanto indica a privação de liberdade decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, como a simples custódia. Já os franceses, por exemplo, a esta última modalidade de prisão, chamam de *détention préventive* ou *préalable*. Se não ocorre a conservação na prisão, há apenas *captura*, ou seja, prisão sem recolhimento.

A prisão que nós estamos estudando é a que vai resultar de uma pretensão cautelar, cujo conceito é o mesmo do processo civil, uma vez que o processo é um só, como todos sabemos. A teoria é a mesma, tanto assim que temos obras com título de *Teoria Geral do Processo* como a publicada, em conjunto, por Ada Pellegrini, Araújo Cintra e Cândido Dinamarco⁴.

O que se busca com a pretensão cautelar? A utilidade do processo, o fim útil do processo. Na ação cautelar, não se faz justiça. Dá-se tempo para que a justiça seja feita. Resguarda-se o processo em busca de sua finalidade: fazer justiça.

No Código de Processo Penal, não há título próprio sobre providências cautelares. E temos medidas cautelares? Sim, como o seqüestro, a busca e apreensão, a prisão provisória. Há livros, inclusive, escritos com este título, como o *Processo Penal Cautelar*, de Romeu Pires de Campos Barros⁵.

A prisão provisória tem natureza acauteladora. Não é castigo, não é sanção, não é pena.

³ Francesco Carnelutti, *op. cit.* pp. 38-39.

⁴ Ada Pellegrini et alii, *Teoria Geral do Processo*, SP., RT, 8.^a ed.

⁵ Romeu Pires de Campos Barros, *Processo Penal Cautelar*, Rio, Forense, 1982.

Sua finalidade é assegurar a eficácia da decisão final ou possibilitar uma regular instrução do processo. A pena como sanção só existe após a sentença transitar em julgado.

Saliente João Mendes de Almeida Júnior⁶:

“A prisão, antes do julgamento, não é ainda a pena do delito; ainda não está legalmente verificado que o preso seja um delinqüente, ou que, sendo delinqüente, seja culpado”.

E, adiante, frisa⁷:

“A prisão preventiva não é uma pena, porque a pena não pode ser imposta sem a certeza do delito e de quem seja o delinqüente, isto é, sem uma decisão final, que produza a firmeza do juízo. Por isso, no processo criminal há atos decisórios de *prevenção*, de *acusação* e de *julgamento*.” (Grifos do autor)

Retrógrada, insensível, injusta, a tese proposta, em 1868, por Harduin, em ‘De la détention préventive’:

“si es legítimo el derecho de castigar dice él el delito, es legítimo capturar por sospecha, porque donde el juez sospecha que se encuentra un delincuente se debe presumir que existe un delincuente”⁸.

O código filipino, no livro primeiro, título 65, § 29, estabelecia⁹:

“(…) e mandamos a todos os julgadores que não mandem prender pessoa alguma antes da sentença definitiva.”

Parece coisa de hoje. É de 1603. Portanto, a prisão, na verdade, só deve ser determinada, em princípio, após a sentença transitada em julgado.

A nossa Constituição Imperial, no artigo 179, § 10, dispunha:

⁶ João Mendes de Almeida Júnior, *O processo criminal brasileiro*, Rio, Freitas Bastos, 1959, 4.^a ed., v. I, p. 284.

⁷ João Mendes de Almeida Júnior, *op. cit.*, p. 346.

⁸ Francesco Carrara, *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, Buenos Aires, Editorial De Palma, 1944, v. II, p. 284.

⁹ Plínio de Oliveira Corrêa, autoridade competente para ordenar a prisão no direito brasileiro. in *Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida*, Ed. RT, pp. 179-180.

“à exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima.”

A parte seguinte deste parágrafo, chamo atenção, rezava:

“Se ela for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a lei determinar.”

Isso demonstra a importância da prisão provisória. Não é com um despacho simplório que se deve determinar a prisão cautelar.

Saliente-se, como dizia Manduca, citado por Frederico Marques, que o processo penal “é parte essencial do moderno direito público ou constitucional dos Estados livres”¹⁰. O processo penal existe para garantir a liberdade. Mas, como observou Pedro J. Bertolino,¹¹

“el proceso penal, para asegurar la libertad, debe restringir empero misma libertad.”

Sobre a prisão preventiva, e estendemos a toda prisão provisória, em 1955, disse o senador francês M. Bérenger, conforme citação feita por Fernando Almeida Pedroso:

“essa restrição à liberdade humana é muitas vezes salutar e necessária, e dela resultam, paradoxalmente, benefícios à sociedade, sem ferir o preceito de que a justiça é tanto mais forte quanto sua força é mais equitativa e justa.”¹²

1.1. Presunção de inocência

Enquanto não houver sentença transitada em julgado, presume-se que o réu seja inocente, ou melhor, não culpado. Isso vem desde 26 de outubro de 1789, com a *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, e foi repetida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

E presunção de culpabilidade? Existe? O indivíduo foi preso no momento em que reti-

¹⁰ José Frederico Marques, O processo penal na atualidade, in *Processo Penal e Constituição Federal*, SP., Ed. Acadêmica, 1993, p. 14.

¹¹ Pedro J. Bertolino, *El funcionario del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985, p. 132.

¹² Fernando de Almeida Pedroso, *Processo Penal, o direito de defesa*, Rio, Forense, 1986, 1.ª ed., p. 77.

rava a faca do corpo da vítima, socorrendo-a. Há presunção de inocência ou de culpabilidade? O assunto é assaz controvertido. Por isso, enquanto não houver sentença transitada em julgado, não se terá ainda culpado.

Em verdade, não há presunção de inocência — presunção é efeito de um indício —, e sim “el estado jurídico en que se encuentra el imputado antes de una sentencia condenatoria” (V. Mariconde)¹³.

É o que diz Garofalo, citado por V. Mariconde:

“(…) en el juicio, al imputado no se lo debe presumir inocente ni culpable. Es lo que es: imputado, es decir, que existen razones por las cuales el magistrado que lo envía ante los jueces lo ha creído culpable.”¹⁴

Flávio Medeiros, após estudar a questão, conclui:

“não há, como regra, presunção de inocência substancial, visto que a presunção, se acaso houver, poderá, dependendo da prova, ser de culpa ou de inocência. Não há presunção jurídica de inocência processual: enquanto não houver condenação o acusado é processualmente inocente.”¹⁵

Em resumo, o cidadão não pode ser tido como criminoso por antecipação. Logo, devem ser observados os princípios do devido processo legal e do *in dubio pro reo*.

Mas, como diz Calamandrei, em citação de Sentís Melendo, para certos juízes, “la inocencia parece una falta de respeto a la magistratura”¹⁶.

1.2. Pressupostos

Quais os pressupostos da prisão provisória?

O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. *Fumus boni iuris*, isto é, deve haver uma probabilidade do direito pleiteado. Qual o direito

¹³ Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Lener, 1969, 2.ª ed., T. II, p. 32.

¹⁴ Alfredo Vélez Mariconde, *op. cit.*, p. 34.

¹⁵ Flávio Meirelles Medeiros, *Manual do processo penal*, Aide Editora, 1987, 1.ª ed., p. 235.

¹⁶ Santiago Sentís Melendo, *Teoría y práctica del proceso (Encargos de derecho procesal)*, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1958, v. II, p. 77.

que a acusação está pleiteando? A condenação. Se não houver essa probabilidade, não há o *fumus boni iuris*. E o *periculum in mora*? Haverá tal perigo, se o indiciado ou o réu praticar qualquer ato que impeça a regularidade da instrução; se o réu ou indiciado pretender se furtar à prisão.

Não deve, porém, o juiz confundir determinado meio de defesa como embaraço a ação judicial.

1.3. Características

As características da pretensão cautelar, no direito penal, são as mesmas da ação cível cautelar: *acessoriedade* — por si só ela não existe, mas sim, em razão do processo principal; *preventividade* — previne-se que ocorra o dano; *instrumentalidade* — a prisão cautelar é um meio, para que o processo chegue ao fim, com um resultado útil; *provisoriedade* — tem duração limitada.

Enquanto estiverem presentes os requisitos que justifiquem a prisão provisória, ela deve ser mantida. Cessados os motivos, devem cessar os efeitos. Cai, assim, a prisão.

A prisão provisória só pode ser determinada quando for estritamente necessária, conveniente.

Coberto de razão está Tornaghi quando afirma que a prisão provisória se firma por dois princípios:¹⁷

“1.º) a prisão provisória é um mal e só deve existir quando, sem ela, houver mal maior;

2.º) a prisão provisória, embora má, é necessária; mas se é um mal necessário, somente pode ser tolerada nos limites da necessidade e deve ser substituída por outras providências que sejam menos más, sempre que possível.” (Destacados do autor.)

Tornaghi critica Pompeu Pezzatini que, em sua obra *La custodia preventiva*, se refere à prisão provisória como *injustiça necessária*. Diz o mestre brasileiro que se a prisão se faz necessária “a fim de se poder apurar um fato e fazer justiça, não se pode tachar de injusta essa segregação”¹⁸.

2. Modalidades

Em primeiro lugar, tenha-se que, *lato sen-*

¹⁷ Hélio Bastos Tornaghi, *Manual do Processo Penal (Prisão e Liberdade)*, SP., Freitas Bastos, 1963, v. I, p. 266.

¹⁸ Hélio Bastos Tornaghi, *op. cit.*, v. I, p. 405.

su, toda prisão provisória é preventiva.

Como espécies de prisão provisória, temos: a *prisão em flagrante*, tratada em nosso Código de Processo Penal, artigos 301 a 310; a *prisão preventiva*, artigos 311 a 316; a *prisão decorrente de pronúncia*, artigo 408, § 1.º; a *prisão decorrente de sentença condenatória passível de recurso*, artigo 393, inciso I, e artigo 594; e a *prisão temporária*, Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

A *prisão administrativa* nada tem com o processo penal. É um corpo estranho no Código de Processo Penal, como disse Tornaghi:

“(…) o Brasil é, no mundo inteiro, o único país que coloca normas sobre a prisão administrativa no Código de Processo Penal. Em geral, elas aparecem em leis administrativas”¹⁹.

O Projeto n.º 1.655, de 1983, Mensagem n.º 240/83, que institui o Código de Processo Penal, por sinal, a excluiu.

A prisão provisória se dá, na verdade, quando ainda o juiz não tem todos os elementos para decidir. Não pode ser uma pena antecipada.

2.1. A prisão preventiva

Em 1871, o Visconde de Niterói, então Ministro da Justiça, dizia:

“A prisão provisória não é obrigação imposta ao juiz, é um meio que ele tem à sua disposição e que deve usar discreta e convenientemente.”²⁰

A Lei n.º 5.349, de 3 de novembro de 1967, acabou com a presunção absoluta do *periculum in mora*, justificadora da prisão preventiva compulsória. Antes, quando ao crime correspondia pena igual ou superior a 10 anos, a prisão preventiva era obrigatória.

A prisão preventiva é medida cautelar, marcada pela provisoriedade; não é sanção, castigo.

2.1.1. Pressupostos da prisão preventiva

Para a decretação preventiva, exige-se, primeiramente, que esteja provada devidamente a materialidade do crime e que haja indícios suficientes da autoria. Bastavam esses pressupostos para a prisão preventiva obrigatória. Por quê? Porque a presunção do *periculum in mora*

¹⁹ Hélio Bastos Tornaghi, *op. cit.*, v. II, p. 756.

²⁰ Eduardo Espinola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro*, Ed. Rio, edição histórica, 1976, 5.ª ed., v. III, p. 368.

era absoluta. Esses dois pressupostos ainda são os basilares da prisão preventiva.

Indício, explica Hélio Tornaghi, “é o que indica, o que aponta.”²¹

O Código se refere a *indícios suficientes*. Não precisam, portanto, ser veementes. O Código distingue indícios suficientes de veementes. No art. 126, que trata de seqüestro, lemos:

“para a decretação do seqüestro bastará a existência de indícios *veementes* da proveniência ilícita dos bens”(grifo nosso).

Ao cuidar da prisão preventiva, refere-se o art. 312 a indícios *suficientes* da autoria. Lá, *veementes*, aqui, *suficientes* — uma prova leve. Mas tem que haver indícios. Não se pode decretar a prisão preventiva com base apenas em suposições, em conjecturas.

Essa apreciação que se faz da existência do crime e dos indícios é uma apreciação perfunctória. Há apenas um juízo superficial, caso contrário, haveria prejulgamento. O juiz há de ter muito cuidado ao decretar uma preventiva, porque, querendo *amarrar* o decreto de prisão preventiva, pode muitas vezes descambar para um prejulgamento. O bom senso manda que o juiz fundamente, limitando-se ao que é essencial para justificar a prisão.

Sintetizando: “cabe a prisão preventiva quando existe uma imputação provável” (Carnelutti, mencionado por F. Marques)²².

2.1.2. Finalidades

Vejamos, agora, as finalidades da prisão preventiva. Diz o art. 312, parte 1.ª:

“A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

Ordem pública. A ordem pública, na verdade, nada tem com o processo em que se examina a possibilidade da decretação da prisão preventiva. Tem esta por finalidade evitar que o autor da infração continue na prática de atos delituosos. Acautela-se, na verdade, o meio social. Cometido o crime, continua o agente

na senda criminoso. Decreta, então, o juiz, a prisão para garantir a ordem pública. Logo, nada tem com o processo.

Há crimes que provocam verdadeira convulsão social, levando à desordem, à anarquia. Nessas hipóteses, tem-se admitido a prisão preventiva. Sobre o assunto assim se manifesta Basileu Garcia²³:

“Os crimes graves abalam o meio social. O pensamento acolhido no texto é também o de que, em tais casos, a prisão preventiva do delinqüente satisfaz a opinião pública, antecipando, em benefício do prestígio da lei violada, a ulterior restauração da ordem jurídica, de que se incumbe a pena. Mais de uma vez os tribunais do país admitiram como oportuna a prisão preventiva em face da grande repercussão do crime, tendo em apreço o sentimento popular, violentado na emoção originada pelo acontecimento punível. Dir-se-á que não haveria, só por esse motivo, estrita *necessidade* da medida. Nem por isso é contestável o fato de que tal fundamento sempre tem preocupado a consciência dos magistrados, que o revelam explícita ou implicitamente. Citamos, a respeito, o que se dá na França, segundo o relato de Vidal-Magnol (n.º 135). Também o testemunha, modernamente, Charles Martin, ao dizer que a prisão preventiva se impõe ‘quando os fatos incriminados causaram grande escândalo e o retorno do imputado ao lugar que habita é apto a determinar perturbações’.

Nos crimes de alta gravidade, como o homicídio, a prisão preventiva tranquiliza a consciência geral com a evidente e ‘imediate demonstração de um poder regressivo’, para usar a frase de Touzzi. A liberdade de quem, por exemplo, matou injustamente o seu semelhante e logo em seguida, por não ter sido preso em flagrante, é visto a passear pelas ruas, é interpretada, através do senso comum do homem do povo, como um menoscabo ao direito.” (Grifos do autor.)

Não havendo perturbação de molde a quebrar a paz e a tranquilidade sociais, não se pode

²¹ Hélio Bastos Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, Rio, Forense, 1959, 1.ª ed., v. V, p. 75.

²² José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, Rio, Forense, 1965, 1.ª ed., v. IV, p. 47.

²³ Basileu Garcia, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Rio, Forense, 1945, v. III, pp. 158-159.

falar em comoção social.

“Ella se impone” — como diz Arturo Zavaleta — “en fin, en ciertos casos, como medida de orden: por ejemplo, cuando los hechos incriminados han provado un gran escándalo, cuando el regreso del imputado al distrito en que vive es susceptible de ocasionar disturbios”²⁴.

Mas, atente-se, como observou Zavaleta, em citação de Romeu Pires de Campos Barros²⁵.

“que erro consiste em confundir ‘opinião pública’ com ‘paixão pública’, e, citando Rafael Bielsa, argumenta que a ‘paixão pública’ se manifesta como impaciência enfermiça e ávida de sensações; as massas querem sempre um responsável, e experimentam certo bem-estar, quando se põe no pelourinho algum personagem. A ‘paixão pública’ não é a ‘opinião pública’. Aquela é perigosa, porque pode influir no espírito dos funcionários da justiça e no próprio juiz, acentuando que este ‘pode sentir-se influenciado até o ponto de ser levado, quase sem pensar, a fazer prender um indivíduo que, em outras circunstâncias, não teria nenhum inconveniente em deixar em liberdade’. Afirma, assim, que é a ‘paixão pública’, e não a ‘opinião pública’, que reclama essa satisfação.”

Ary Franco entendia que a prisão preventiva deveria ser decretada também para acautelar o acusado de “vinditas possíveis do ofendido ou de seus parentes”²⁶. Apesar de Ary Franco ter sido respeitável processualista, grande Ministro do Supremo Tribunal Federal e notável penalista, isto, na verdade, é um des-pautério: prender o sujeito, tirá-lo da liberdade, para protegê-lo?! Há aí um desvio, sim, da finalidade da prisão preventiva.

Causa espanto que o Código de Processo Penal francês admita a prisão preventiva para proteger o autor do crime contra a vingança da vítima ou de seus parentes.

Às vezes o próprio réu ou indiciado pede para ser preso. Vejam o que noticiou a *Folha de São Paulo* de 19 de setembro de 1992, Ca-

²⁴ Arturo J. Zavaleta, *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, Buenos Aires, Ed. Arayú, p. 61.

²⁵ Romeu Pires de Campos Barros, *op. cit.*, p. 87.

²⁶ Ary de Azevedo Franco, *Código de Processo Penal*, Forense, 1956, 6.^a ed., 1.^o v., p. 370.

dermo 1, fl. 4:

“Com medo de represálias, o traficante confesso Luis Mário Nunes pediu para ser preso assim que denunciou à Polícia Federal o envolvimento de PC Farias com o narcotráfico. A oferta foi rejeitada — só a segurança foi garantida.”

Tostes Malta conta que o Ministro Costa Manso, quando pontificava no Tribunal de São Paulo, observou que:

“para esse fim, não se justifica a prisão preventiva; si o réu estivesse ameaçado de qualquer agressão, a autoridade pública devia cercal-o de todas as garantias, mas nunca prendel-o. Seria uma inversão de todos os principios jurídicos por alguém na cadeia para não soffrer os ataques de outrem.(...)”²⁷

Dizem que, também, é hipótese de garantir a ordem pública evitar que o ato do agente que não foi preso sirva de exemplo, incentive outras pessoas à prática de crime. Tenho minhas dúvidas se isso se presta de alicerce para a decretação da prisão preventiva, porque é muito vago saber se o indivíduo que praticou determinado crime, solto, servirá de paradigma para outrem.

Igualmente, a “preservação da imagem da Justiça não deve”, como adverte Antônio Alberto Machado, “ser pretexto para a prisão dos acusados (predominantemente pobres) como justificativa de garantia da ordem pública”²⁸.

Tenha-se, ainda, que a só gravidade do crime imputado não é suficiente para justificar prisão preventiva. Nem a justifica o significar pronta reação ao delito.

Ser o crime hediondo, por si só, não implica, igualmente, decretação do encerramento preventivo.

Garantia da ordem pública é uma medida, até certo ponto, de segurança: evitar a continuação da prática do crime.

Conveniência da instrução criminal. Se o indiciado ou o acusado está a perturbar a instrução — ameaçando testemunhas, subornan-

²⁷ Aldílio Tostes Malta, *Da prisão preventiva (doutrina — legislação — jurisprudência)*, SP., Saraiva e Campos Editores, 1935, p. 166.

²⁸ Antônio Alberto Machado, *Prisão Preventiva*, SP., Ed. Acadêmica, 1993, p. 61.

²⁹ Basileu Garcia, *op. cit.*, p. 145.

do-as, aliciando-as, apagando, ou destruindo os vestígios do crime, comunicando-se “com os cúmplices ou com amigos que confirmem as circunstâncias por ele relatadas para negar ou diminuir a sua criminalidade” (Basileu Garcia)²⁹ —, enfim, estorvando a instrução, a sua prisão é determinada para que o processo flua normalmente, para que a verdade seja investigada livremente. Uma *cautela*, no dizer de Faustin Hélie, *instrumental*, *apud* F. Marques³⁰.

Arturo Zavaleta criticou esse fundamento dizendo ser muito vago, pois, às vezes, um olhar atravessado do acusado para o juiz na audiência pode determinar a prisão preventiva do réu. Ai vai, convenhamos, um certo exagero.

O fato de o indiciado, ou acusado, ser rico, ter amigos ricos, não justifica, por outro lado, necessariamente, a prisão preventiva.

A segurança da aplicação da lei penal — *cautela final* (Faustin Hélie, em lição de F. Marques)³¹ — é hipótese de decretação da prisão preventiva. Aquele que é indiferente à vida errante dos perseguidos, pouco importando estar hoje aqui, amanhã ali; deixar os amigos; viver escondido, com medo, deve ter decretada a prisão, se houver indícios de que irá fugir.

Todas essas finalidades — *numerus clausus* — devem ser examinadas objetivamente.

O juiz não pode fazer conjecturas, suposições. Tem de ater-se aos elementos constantes dos autos, que lhe possibilitam determinar a prisão. É difícil. Como dizer que o réu vai fugir? Quem quer fugir de uma ação penal procura fazer tudo às escondidas, sem que ninguém saiba. Mas, se o indiciado, ou o réu, está vendendo os bens de raiz, está retirando todo o dinheiro do banco, não resta dúvida que isto é indício de que pretende foragir-se.

Tostes Malta, sobre esse problema, indaga:

“Quando é justificado o receio da fuga? Não se pôde limitar ao caso de ser o indiciado surpreendido nos seus preparativos. — que é a situação típica — pois que taes preparativos são feitos, naturalmente, com as maiores cautelas, e, dahi, a dificuldade de surpreendê-los.”³² (Destaque no original)

O juiz deve cingir-se, repita-se, aos fatos,

³⁰ José Frederico Marques, *Elementos*, *op. cit.*, p. 49.

³¹ Idem.

³² Aldílio Tostes Malta, *op. cit.*, p. 261.

às circunstâncias, constantes dos autos.

Deve lembrar-se o juiz do ensinamento de Tornaghi³³:

“Digam o que quiserem: a prisão provisória nada deveria significar contra o preso, especialmente contra o que tem a sua inocência reconhecida. Mas a verdade, a verdade verdadeira e insofismável, é que o povo liga à prisão um caráter ultrajante. E o preso sai dela difamado.”

Quando a prisão preventiva é difícil de ser decretada, quando o juiz não determina o motivo real da prisão, é porque ela não se faz necessária. Se se fizesse preciso, os elementos aflorariam limpidamente. Não sendo assim, o juiz vai *forçar* a decretação da prisão preventiva.

É certo que determinados crimes causam repulsa, e o povo exige a prisão preventiva como castigo, retribuição. Pressiona. Mas, deve o juiz submeter-se à pressão do povo? Como julgar, sofrendo pressão? Fazer a vontade do povo? O povo não conhece as provas dos autos, os “mistérios do processo”, no dizer de Garofalo. Como pode o povo julgar sem saber o que está nos autos? Deve o juiz satisfazer a vontade do povo, condenando ou absolvendo?

Não importa que o acusado seja primário, tenha bons antecedentes, profissão definida, família e residência fixa. Se está provada a materialidade da autoria, se existe a probabilidade da autoria e se ocorre o *periculum in mora*, a prisão preventiva deve ser decretada.

2.1.3. Fundamentação

O decreto de prisão preventiva, portanto, é de ser fundamentado, não se devendo repetir as palavras do Código. “Decreto a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal”. Esta afirmativa nada revela, e, segundo Hélio Tornaghi, é “a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar”³⁴.

Deve o juiz dizer porque é necessária a prisão. Ai está o fundamento, possibilitando, inclusive, à segunda instância examinar, em caso de recurso, a necessidade da prisão. É verdade

³³ Hélio Bastos Tornaghi, *op. cit.*, v. I, p. 269.

³⁴ Hélio Bastos Tornaghi, *op. cit.*, v. II, pp. 619-20.

que Seabra Fagundes, jurista renomado, era de opinião que³⁵:

“O Código de Processo Penal quis deixar a matéria da prisão preventiva exclusivamente em mãos do juiz de direito, cujo contacto direto com a instrução permite melhor percepção da conveniência ou necessidade da medida.”

Isso seria possível se a prisão preventiva fosse decretada com base em elementos puramente subjetivos. Não é isso, porém, o que a lei impõe. A lei manda que sejam postos no decreto os critérios objetivos, que permitam à segunda instância o reexame. Fórmulas vazias, que servem para qualquer decreto de prisão preventiva, nada dizem, repita-se.

É verdade que o juiz, às vezes, *força* uma prisão preventiva, porque sente a dor da vítima.

O juiz é ser humano, e não extraterrestre, daí pensar:

“Quantas vezes, ao passo que a vítima geme no leito, se não ri o criminoso nos cafés ou nas tavernas, vangloriando-se entre amigos do sucesso do seu golpe e instruindo testemunhas para que digam que foi gravemente provocado ou que não tinha a intenção de fazer mal?! (Garofalo)³⁶.”

Mas ... mas, o juiz, como já esclarecia Beccaria, não pode ser mais severo do que a lei, sob pena de se tornar injusto, “pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado”³⁷.

Carrera via na prisão preventiva um ato de verdadeira tirania, um tirocínio de perversão moral (‘Immoralità del carcere preventivo’ foi título de um capítulo de um seu livro), mas afirmava, com acerto³⁸:

“sin embargo, se admite como una necesidad política hoy ya reconocida, por las siguientes necesidades: 1.º, necesidad de *justicia*: para impedir la fuga del reo; 2.º, necesidad de *verdad*: para impedirle enturbiar las investigaciones de la autoridad, destruir los vestigios del

delito, intimidar a los testigos; 3.º necesidad de *defensa* pública: para impedir a ciertos facinerosos que continúen, mientras dure el proceso, en sus ataques al derecho ajeno.”

A nossa Constituição Federal, no art. 5.º, inciso LXI, é taxativa:

“ninguém será preso senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

Hoje, todos sabemos, só a autoridade judiciária pode decretar prisão, seja administrativa, seja para extradição ou expulsão de estrangeiro, seja temporária ou preventiva. Exceção só existe para a prisão por transgressão militar ou decorrente de crime propriamente militar.

O art. 93, inciso IX, da Constituição, vale lembrar, dispõe:

“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, ...”

O despacho deve ser fundamentado, bem ou mal, porque “cada um procede segundo as forças de sua inteligência e a habilidade maior ou menor de que disponha” (Ministro Costa Manso). Como observou Bento de Faria, “a precariedade intelectual do juiz não exclui a realidade dos fatos, que devem existir. Não basta, portanto, fundamentar simplesmente, mas fundamentar com apoio no que *existe*, embora manifestado sem inteligência”³⁹ (grifos do autor).

Enfim, com muita propriedade, disse Arturo Zavaleta:

“La necesidad, y nada más que la necesidad, es, en consecuencia, el fundamento jurídico, la única justificación de la prisión preventiva.”⁴⁰

Também não pode o juiz argumentar, como na lição de Eduardo Espínola Filho, “com hipóteses e presunções, designar fatos que os autos não revelam, comentar atos só existentes na imaginação, inventar provas circunstanciais que não emergem do processo”, porque aí é “ludibriar a própria ação da justiça”⁴¹.

³⁵ Eduardo Espínola Filho, *op. cit.*, p. 421.

³⁶ R. Garofalo, *Criminologia, estudo sobre o delito e a repressão penal*, trad. Júlio Matos, SP, Teixeira & Irmão, 1893, p. 394.

³⁷ Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, *Dos delitos e das penas*, SP, Atena Editora, 4.ª ed., p. 33.

³⁸ Francisco Carrara, *op. cit.*, p. 285.

³⁹ Bento de Faria, *Código de Processo Penal*, RJ., Distribuidora Record Editora, 2.ª ed., 1960, v. II, p. 55.

⁴⁰ Arturo Zavaleta, *op. cit.*, p. 111.

⁴¹ Eduardo Espínola Filho, *op. cit.*, pp. 426-427.

2.1.4. *Fundamentação a posteriori*

O despacho com fundamentação *a posteriori*, em informações de *habeas corpus*, não salva o decreto de prisão preventiva. Pode esclarecê-lo.

2.1.5. *Momento para a decretação*

A prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou do procedimento criminal (CPP, art. 311), se o Ministério Público é possuidor de informações que lhe possibilitam ajuizar ação penal; só após o oferecimento da denúncia pode a prisão preventiva ser decretada.

2.1.6. *Excesso de prazo*

Segundo o Colóquio de Toledo — preparatório do XV Congresso Internacional de Direito Penal, a ser realizado este ano (1994), no *Rio de Janeiro — a prisão provisória será considerada ilícita no caso de exceder a pena prevista em lei, ou “aquela esperável”*.

Excedido o prazo, sem que para isto o réu tenha concorrido, a prisão deve ser revogada.

Beccaria, em 1764, escreveu essas belíssimas lições de inigualável justiça⁴².

“Quanto mais pronta for a pena e mais de perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será. Mais justa, porque poupará ao acusado os cruéis tormentos de incerteza, tormentos supérfluos, cujo horror aumenta para ele na razão da força da imaginação e do sentimento de fraqueza.

A presteza do julgamento é justa ainda porque a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige. Se a prisão é apenas um meio de deter um cidadão até que ele seja julgado culpado, como esse meio é aflitivo e cruel, deve-se, tanto quanto possível, suavizar-lhe o rigor e a duração. Um cidadão detido só deve ficar na prisão o tempo necessário para a instrução do processo; e os mais antigos detidos têm direito de ser julgados em primeiro lugar.

O acusado não deve ser encerrado senão na medida em que for necessário para o impedir de fugir ou de ocultar as provas do crime. O processo mesmo deve

ser conduzido sem protelações. Que contraste hediondo entre a indolência de um juiz e a angústia de um acusado! De um lado, um magistrado insensível, que passa os dias no bem-estar e nos prazeres e de outro um infeliz que definha, a chorar no fundo de uma masmorra abominável. Os efeitos do castigo que se segue ao crime devem ser em geral impressionantes e sensíveis para os que o testemunharam; haverá, porém, necessidade de que esse castigo seja tão cruel para quem o sofre? Quando os homens se reuniram em sociedade, foi para só se sujeitarem aos mínimos males possíveis; e não há país que possa negar esse princípio incontestável.

Eu disse que a presteza da pena é útil, e é certo que, quanto menos tempo decorrer entre o delito e a pena, tanto mais os espíritos ficarão compenetrados da idéia de que não há crimes sem castigo; tanto mais se habituarão a considerar o crime como a causa da qual o castigo é o efeito necessário e inseparável.”

Anote-se que a pena tem prazo certo de duração, a prisão provisória, não. Todo cuidado é, por conseguinte, pouco para não transformá-la em tortura maior do que é.

O encerramento da instrução prejudica a alegação de excesso de prazo.

O Senador Paranaguá adverte, como se lê na obra de Tostes Malta, aos legisladores sobre a questão da prisão demorada:

“(…) Não se deve prolongar indefinidamente a prisão preventiva. As delongas desta prisão podem provir da má organização da polícia judiciária, ou do vício dos tribunais, ou das práticas do fôro: em qualquer destes casos é indispensável que o legislador tome uma providência.”⁴³

2.1.7. *Prisão preventiva e contravenção*

Cuidando-se de contravenção, não há cabimento para decretação de prisão preventiva. Os arts. 312 e 313 do CPP se referem a crime. Assim entendem, dentre outros, Fernando de Almeida Pedroso⁴⁴, Frederico Marques⁴⁵, Tou-

⁴³ Adílio Tostes Malta, *op. cit.*, p. 261.

⁴⁴ Fernando de Almeida Pedroso, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁵ José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, Rio, Forense, 1965. 1.ª ed., v. IV, p. 46.

⁴² Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, *op. cit.*, pp. 107-108.

rinho Filho⁴⁶, Câmara Leal⁴⁷, Hélio Tornaghi⁴⁸.

2.1.8. *Prisão preventiva e crimes punidos com detenção*

A prisão preventiva, em regra, poderá ser decretada nos crimes punidos com reclusão, salvo se o indiciado — ou o acusado — for vadio (vagabundo, na linguagem do Código de Processo do Estado da Bahia, art. 1.646, 1.º) ou se houver dúvida sobre sua identidade (CPP, art. 313, inc. II) ou se for reincidente (CPP, art. 313, inc. III). Nesses casos, a prisão é decretada para assegurar a aplicação da lei penal, se presente o *fumus boni iuris*.

2.1.9. *Prisão preventiva e contraditório*

Antônio Magalhães Gomes Filho noticia a existência, na França e na Itália, de contraditório para a decretação da prisão cautelar⁴⁹.

Na França, diz:

“Se o juiz de instrução vislumbra a possibilidade de decretação da prisão preventiva, deve informar ao acusado, no momento de sua apresentação pela Polícia sobre a faculdade de constituir advogado, depois realizará em seu gabinete um debate contraditório tomando em consideração, para a decisão, o pedido do MP e as objeções de defesa.”

Interessante. Nada impede que o juiz brasileiro assim também proceda.

Revela Costa Manso⁵⁰:

“Quando juiz de direito, mais de uma vez ordenei me fossem os réus apresentados, para interrogá-los pessoalmente, antes de deliberar sobre a prisão preventiva.”

E diz:

“Esta providência, que aconselho com calor, além de proporcionar ao réu o uso do direito de defesa, porventura

sacrificado, tem a vantagem, se a confissão policial for sincera, de revesti-la de caráter judicial, para que não seja facilmente retratada depois de ouvidos os conselhos e insinuações do advogado (...).”

2.1.10. *Prisão preventiva e apresentação espontânea do indiciado ou do acusado (prisão espontânea)*

Estabelece o art. 317 do Código de Processo Penal que a apresentação espontânea do acusado (ou indiciado) não impede a decretação da prisão preventiva, se esta se fizer necessária.

Observa Clodoaldo Pinto, lembrado por Bento de Faria, que o comparecimento do indiciado, “sem ordem ou mandado anterior de captura, deve ou não transformar-se em prisão espontânea, conforme aconselham as circunstâncias do caso. A prisão preventiva não é forma legal de prisão. Se ela não se transmuta em preventiva não pode o indiciado permanecer detido, porque o direito à liberdade é irrenunciável”⁵¹.

2.1.11. *A prisão preventiva e a liberdade provisória*

Ser o crime afiançável não afasta a decretação da prisão preventiva, desde que se faça necessário.

Como deixar de decretar a preventiva, ainda que, em tese, tenha o réu ou indiciado direito à liberdade provisória — com ou sem fiança — se ele está a estorvar a instrução, a preparar-se para fugir?

Não se deve esquecer a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho⁵²:

“(...) a liberdade provisória pressupõe, necessariamente, ou a prisão em flagrante ou resultante de pronúncia ou, enfim, a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível”.

2.1.12. *Revogação de prisão preventiva e liberdade provisória.*

A revogação é plena. O *status libertatis* volta por inteiro, enquanto que, na concessão da liberdade provisória, não há essa plenitude de liberdade, há uma liberdade restrita, porque o acusado ou indiciado está sujeito a determinadas condições, que serão fixadas pelo

⁴⁶ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, SP, Saraiva, 1992, 13.ª ed., v. III, p. 434.

⁴⁷ Antônio Luiz da Câmara Leal, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Ed. Freitas Bastos, 1942, v. II, p. 274.

⁴⁸ Hélio Bastos Tornaghi, *op. cit.*, v. II, p. 613.

⁴⁹ Antônio Magalhães Gomes Filho, *Prisão cautelar e o princípio da inocência*, in *Fascículos de Ciências Penais*, Sérgio Antônio Fabris Editora, 1992, v. 5, n.º 1., p. 23.

⁵⁰ Manuel da Costa Manso, *O processo na segunda instância e suas aplicações à primeira*, SP, Saraiva & Campos Ed., 1923, v. I, p. 615.

⁵¹ Bento de Faria, *op. cit.*, p. 56.

⁵² Fernando da Costa Tourinho Filho, *op. cit.*, v. III, p. 445.

juiz, para que possa gozá-la.

2.1.13. Redecretação da prisão preventiva

Se, após a revogação da prisão, surgirem razões que voltem a justificá-la, pode o juiz redecretá-la.

2.2. Prisão em flagrante

A prisão em flagrante é outro tipo de prisão provisória. Tem de examinar-se, igualmente, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Aqui, a aparência do bom direito está muito mais forte. A probabilidade de uma condenação é maior. O flagrante é a "certeza visual do crime", como disse Raphael Magalhães, em voto que proferiu, em junho de 1927, ao julgar o HC n.º 2.284, no Tribunal da Relação do Estado de Minas Gerais, concedendo a ordem à artista La Belle Agnés⁵³; ou "a mais eloqüente prova da autoria de um crime" (Hélio Tornaghi)⁵⁴. É verdade que é uma certeza relativa. Relativa, sim, pois, por exemplo o indivíduo entra numa sala e encontra um outro ferido, com uma faca no peito. Para socorrê-lo, retira a faca, com a intenção de salvá-lo. Nesse momento entram duas pessoas. O bom samaritano estará em maus apuros.

Preso em flagrante, lavrado o auto, a autoridade policial encaminha, imediatamente — é preceito constitucional (art. 5.º, inc. LXII) —, cópia ao juiz. Muitos magistrados mandam aguardar a chegada do inquérito para melhor exame. Está, entendo, salvo melhor juízo, errado. Isto constitui crime de abuso de autoridade, sujeito à pena até de detenção. O juiz, recebendo a cópia do flagrante, examina a necessidade da prisão. Por que a prisão se justifica? Para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal? Aqueles mesmos requisitos da prisão preventiva, pois, o juiz precisa examinar ao receber a cópia do auto de prisão em flagrante.

Reza a Lei n.º 4.898 de 1965, art. 4.º, letra d:

"Constitui também abuso de autoridade: (...)

d) deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada".

Entende Tornaghi que a prisão em flagrante tem triplíce efeito⁵⁵:

"1) a exemplaridade: serve de advertência aos maus;

2) a satisfação: restitui a tranqüilidade aos bons;

3) o prestígio: restaura a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade".

Sim, pode essa prisão ter esses efeitos, mas não são em razão deles que a prisão em flagrante deve ser mantida.

Há de examinar, o juiz, a comunicação da prisão ainda que para mantê-la (CF/88, art. 5.º, LXII). Nessa hipótese, a fundamentação também se faz necessária. O juiz deve raciocinar, como Afrânio Silva Jardim: "se o acusado estivesse solto, eu não poderia prendê-lo: preso, eu devo soltá-lo"⁵⁶. Por que não soltá-lo, se não estão presentes os requisitos da prisão preventiva?

Na prisão provisória rege, sempre, o princípio da necessidade da prisão. É o ponto de equilíbrio que deve haver entre o direito à liberdade e o interesse social de que a justiça seja feita.

Categoricamente, afirma Afrânio Silva Jardim⁵⁷:

"(...) a prisão em flagrante somente poderá subsistir se ficar constatada, em decisão fundamentada, a existência dos requisitos do art. 312, sem o que a sua manutenção será desnecessária e, por conseguinte, arbitrária e ilegal".

O parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal acabou, na verdade, com a fiança, porque há determinadas hipóteses em que ela não pode ser concedida, mas a liberdade provisória sim, como, por exemplo, nos crimes punidos com a pena de reclusão mínima superior a dois anos.

Estabelece o art. 323, inc. I:

"Não será concedida fiança:

I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos".

O art. 310 do CPP dispõe:

"Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, incs. I, II e III" (hoje art. 23) do Código

⁵³ Raphael Magalhães, in *Arquivo Judiciário*, 1927, jul./set., p. 64.

⁵⁴ Hélio Bastos Tornaghi, *op. cit.*, v. I, p. 469.

⁵⁵ Hélio Bastos Tornaghi, *op. cit.*, v. I, p. 471.

⁵⁶ Afrânio Silva Jardim, *Direito Processual Penal*, Rio, Forense 1992, 4.ª ed., p. 371.

⁵⁷ Afrânio Silva Jardim, *op. cit.*, p. 369.

Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória (...)."

O seu parágrafo único impõe que:

"Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva" (arts. 311 e 312).

Deste modo, como faz ver Afrânio Jardim, "o campo de incidência da fiança ficou limitado às hipóteses reguladas nos arts. 322, 408, § 3.º e 594 do Código de Processo Penal"⁵⁸.

Nos casos de prisão em flagrante pela prática de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal, no entanto, não se aplica o disposto no art. 310 e parágrafo único do Código Penal (Lei n.º 8.035, de 17 de abril de 1990).

2.2.1. Revogação de prisão e relaxamento

A revogação é relaxamento de prisão válida. O relaxamento é reconhecimento de prisão ilegal. Se ilegal, o juiz deve relaxá-la, sob pena de transmutar-se em autoridade coatora. Não se trata de concessão de *habeas corpus* de ofício. Daí não haver recurso *ex officio*.

2.3. Prisão decorrente de pronúncia

O § 1.º do art. 408 do Código de Processo Penal estabelece:

"Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados (o que, de acordo com a Constituição atual, não mais se pode fazer, porque culpado ainda não há, uma vez que não há sentença transitada em julgado), recomenda-lo-á na prisão em que se achar ou expedirá as ordens necessárias para sua captura".

Portanto, se o réu está solto, e o juiz o pronunciou, deve expedir a ordem necessária para sua captura.

Mas o § 2.º preceitua:

"Se o réu for *primário* e de *bons antecedentes*, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso".

O acusado *primário* e de *bons antecedentes*, se estiver preso, será solto; se for de *maus antecedentes* ou for *reincidente*, o juiz manda-

rá prendê-lo. O *fumus boni iuris*, aí, é a admissibilidade da acusação, já admitida. O *periculum in mora* consiste em o réu poder subtrair-se ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

Agora, observe-se, o réu responde todo processo em liberdade, sem que tenha havido necessidade da decretação da prisão preventiva. Pronunciado, terá que ser preso. Justo? Se o acusado respondeu ao processo em liberdade, sem haver razão para sua custódia, pronunciado, não deve ser preso. Creio que viola o preceito constitucional que dispõe que só após a sentença transitada em julgado deve o réu ser considerado culpado, a menos que ocorram aqueles elementos que possibilitam a decretação da prisão preventiva. Deve o réu, por conseguinte, continuar em liberdade, salvo se o juiz, na pronúncia, motivar a prisão provisória. Fora disso, estar-se-ia violando o direito à liberdade, que é assegurado na Constituição.

A sentença de pronúncia, por si só, jamais pode justificar a prisão de acusado, uma vez que ainda não existe uma certeza quanto à autoria e sim uma probabilidade.

Antes do advento da Lei n.º 5.941, de 22 de novembro de 1973 (Lei Fleury), era pior. O recolhimento era obrigatório, fosse o réu *primário* ou não, tivesse *bons* ou *maus antecedentes*.

Para os que interpretam o dispositivo sem volver os olhos para a Constituição, não satisfeitos os pressupostos da primariedade e dos *bons antecedentes*, ainda que o crime não tenha sido praticado com requintes de perversidade, pouco importando que a índole ou a personalidade não seja voltada para o crime e ainda que tivesse ele respondido o processo em liberdade, o acusado deverá ser preso.

Assim, entende o egrégio Supremo Tribunal Federal, como se vê do julgamento do HC n.º 69.332, relator o eminente Ministro Paulo Brossard:

"O decreto da prisão provisória do réu é um efeito da sentença de pronúncia.

O benefício previsto no parágrafo 2.º do art. 408 do CPP exige que o réu seja, simultaneamente, *primário* e de *bons antecedentes*. Não tem *bons antecedentes* o réu que sofreu condenação anterior, embora extinta a punibilidade."

Habeas corpus indeferido.

Não esqueçamos de que *primário* é o não-reincidente. Reincidente é aquele que cometeu

⁵⁸ Afrânio Silva Jardim, *op. cit.*, p. 369.

novo delito após o trânsito em julgado da decisão referente ao primeiro crime.

O Projeto de Lei n.º 1.655, de 1983, que institui o Código de Processo Penal, em seu art. 583, § 2.º, mantém esta ignominia.

Poderá — diz o § 2.º do art. 408, citado. *Poderá, faculdade? Poderá* — poder discricionário do juiz, ou direito subjetivo do réu? Sempre que o Código diz *poderá*, e desde que tenham sido satisfeitos determinados pressupostos, há, na verdade, um direito. Por exemplo, quando se fala em *sursis*. Nenhum juiz vai negá-lo, se o réu tiver preenchido todos os requisitos para sua obtenção. Temos, aí, um poder-dever.

Geraldo Batista de Siqueira explica:

“(...) satisfeitos os requisitos da primariedade e dos bons antecedentes, o acusado pronunciado ou condenado será posto em liberdade durante o fluir da instância na jurisdição superior. O ‘poderá’, da lei, perde sua literalidade, porque estéril, para ganhar contornos teleológicos, convertendo-se em ‘deverá’, em face da presença de outros elementos dentro da norma, primariedade e bons antecedentes, informadores do escopo da mesma, isto tudo associado ao elemento sistemático, largamente esparsos na lei, traçando o quadro de uma interpretação, que dá vida ao texto legal⁵⁹”

Tal interpretação se baseia em lição de boa hermenêutica.

Carlos Maximiliano a prestigia⁶⁰.

“Preponde o Direito moderno para atender mais ao conjunto de que às minúcias, interpretar as normas com complexo ao invés de as examinar isoladas, preferir o *sistema* à *particularidade*. Se isto se diz da regra escrita em relação ao todo, por mais forte razão se repetirá acerca da *palavra* em relação à *regra*. Ater-se aos vocábulos é preciso casuístico, retrógrado. Por isso mesmo se não opõe, sem maior exame, *pode a deve, não pode a não deve (solle muss, kann nicht e darf nicht* dos alemães; *may e*

⁵⁹ Geraldo Batista de Siqueira, *Estudos de direito e processo penal*, Rio, Forense, 1989, 1.ª ed., p. 238.

⁶⁰ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio, Freitas Bastos, 1957, 6.ª ed., pp. 335-336.

shall, dos ingleses e norte-americanos.” (Grifos do autor.)

Satisfazendo o réu os dois requisitos — primariedade e bons antecedentes —, o juiz não lhe pode negar o direito de aguardar em liberdade o julgamento. É direito do acusado, nesse caso, aguardar o julgamento pelo Tribunal do Júri em liberdade.

A primariedade e os bons antecedentes, atente-se, não impedem a prisão, se presentes aqueles requisitos do artigo 312 — garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, ou asseguramento da aplicação da lei penal.

Se o réu já se encontrava preso, por força de prisão preventiva, a depender do seu fundamento — assegurar a aplicação da lei penal, por exemplo —, ainda que primário e de bons antecedentes, não deverá ser posto em liberdade.

2.4. *Prisão resultante de sentença condenatória passível de recurso. Prisão para apelar*

“Art. 393:

São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - Ser o réu preso ou conservado na prisão (...).”

“Art. 594:

O réu não poderá apelar sem recorrer-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória (...).”

Temos, então, uma verdadeira execução provisória da pena. Antecipação da pena, em face do que dispõe o art. 669, inc. I, do CPP.

O réu foi condenado, já foi admitido que realmente é culpado, mas a pena não pode ser executada, diante do que dispõe a Constituição (art. 5.º, inciso LVII):

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Podemos ter uma execução da pena antes do trânsito em julgado? Uma execução provisória? Mas como? E se o Tribunal absolvê-lo, dando provimento ao recurso? E isso, muitas vezes, após um, dois, três anos. Está certo? É justo?

A finalidade da cautelar é assegurar o resultado final do processo. Evitar a fuga. Mas se esse perigo existe, o juiz que o diga na sentença. Se não tem condições de assim afirmar, o réu tem direito de aguardar em liberdade a apreciação do seu recurso.

Estabelece o art. 105 da Lei de Execuções Penais:

“Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa da liberdade, se o réu estiver preso ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”

Portanto, a guia de recolhimento só é expedida depois de transitada em julgado a sentença.

Não se pode cumprir pena se a sentença ainda não transitou em julgado. Observe-se que a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei n.º 8.072, de julho de 1990, uma lei severa, tão severa que, em determinados casos, iguala o mínimo da pena com o máximo, 30 anos, não permitindo que o juiz aplique outra pena — o que é inconstitucional, pois retira do juiz a possibilidade de dosar a pena —, essa lei tão rigorosa, repita-se, no § 2.º do art. 2.º, dispõe que:

“Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá, *fundamentadamente*, se o réu poderá apelar em liberdade.” (Des-taquei.)

Se essa lei, draconiana, exige que o juiz decida fundamentadamente no corpo da sentença, que dizer das demais?

A condenação pode revelar o *fumus boni iuris*, mas não o *periculum in mora*.

Sendo o réu primário e de bons antecedentes, dúvida não há, o juiz não poderá exigir que se recolha à prisão para admitir a apelação. Não se trata de faculdade judicial, e sim de direito subjetivo do acusado.

Se o réu estiver preso, preso continuará, a menos que a prisão se faça mais *necessária*, hipótese em que deverá ser revogada.

Se o réu for absolvido, deverá ser posto, imediatamente, em liberdade (CPP, art. 596). Não há mais, a partir da Lei n.º 5.941, de 1973, efeito suspensivo da apelação interposta.

A instância superior pode deixar de conhecer da apelação do réu reincidente ou de maus antecedentes se o juiz admitiu a primariedade e os bons antecedentes, e não houve recurso do Ministério Público? Não, porque, no caso, teríamos uma *reformatio in pejus*. Isso iria causar prejuízo ao réu, sem ter havido recurso do Ministério Público.

E na hipótese de o juiz ter reconhecido ser o réu reincidente ou de maus antecedentes, e, por equívoco, receber a apelação, sem ter havido o recolhimento do réu, pode o Tribunal

deixar de conhecer do recurso?

Pode, porque aí o juiz reconheceu os maus antecedentes ou a reincidência.

Decidiu, por maioria, o colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 69.143, relator o ínclito Ministro Carlos Velloso:

“I - No caso, sendo o réu de péssimos antecedentes, como tal declarado na sentença condenatória, que determinou o seu imediato recolhimento à prisão, não podia apelar em liberdade (CPP, art. 594). O fato de a apelação ter sido recebida, inadvertidamente, pelo juiz de 1.º grau, não obriga o Tribunal *ad causam*, que deve realizar o juízo de admissibilidade do recurso, assim verificando a ocorrência dos seus pressupostos.

II - HC indeferido.”

Se o réu praticar novo crime antes de a sentença a respeito de outro crime transitar em julgado, é de ser considerado primário?

Reincidente ele não o é. Dizem alguns autores que há um terceiro gênero, *tertium genus*: não é primário, nem reincidente. Mas isso não adianta para o nosso estudo. Se ele não é reincidente, porque cometeu o crime antes de a outra sentença transitar em julgado, tem maus antecedentes.

É jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça já sumulada — Súmula n.º 9 — que:

“A exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência.”

Sim, não ofende, se estiverem presentes os requisitos do art. 312.

2.5. Prisão temporária

É prevista na Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989:

“A prisão temporária é cabível (art. 1.º):

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal de autoria ou participação do indiciado, em determinados

crimes.”

Essa prisão, que é decretada, fixe-se, pelo juiz, também exige fundamentação, no prazo de vinte e quatro horas.

O prolongamento da execução dessa prisão temporária dá lugar a abuso de autoridade. A prisão só pode ser efetivada depois que o juiz a determinar — os delegados não fazem isso, prendem e depois requerem a prisão a fim de legalizá-la. Enquanto o juiz não determinar a prisão temporária, o indiciado não pode ser preso.

A prisão temporária pode ser decretada ainda que o Ministério Público não tenha elementos bastantes para requerer a prisão preventiva, pois trata-se de prisão para possibilitar as investigações.

Ao contrário da prisão preventiva, a temporária não pode ser decretada de ofício, e só cabe na fase pré-processual (no inquérito). O inquérito deve ter sido iniciado. Esta exigência a faz diferente da conhecida *prisão para averiguações*, que não resulta de despacho do juiz. É por conseguinte, indiscriminada e arbitrária.

A prisão temporária só pode ser determinada se se fizerem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* (art. 1.º, inc. III) e do *periculum in mora* (art. 1.º, incs. I e II), como prisão cautelar que é.

Cabe a prisão temporária não só nos crimes elencados — o art. 1.º da Lei n.º 7.960, como nos crimes tratados na Lei n.º 8.072, de 1990 — Lei dos Crimes Hediondos.

3. Conclusão

Deve haver um justo equilíbrio entre os direitos individuais assegurados pela Constituição, em normas, inclusive, pétreas, e as exigências de uma justiça penal eficiente.

Correta a advertência de Arturo J. Zavaleta sobre a prisão preventiva, que estendo a toda prisão provisória:

“Luego de advertir que la prisión preventiva es una violación de la libertad individual y que este derecho de libertad exige que se aguarde la sentencia para encarcelar al reo, expresa: “Mas, por otro lado, hay una razón muy grave que exige, en ciertos casos, con inexorable necesidad, la detención preventiva. Siendo los hombres como son y no como se quisiera que fueran, sucedería con mucha frecuencia que, faltando la detención preventiva, los acusados de delitos, y especialmente de los más graves, buscarían la impunidad con la fuga; y faltaría a la justicia casi siempre eficacia para darse a sí misma la justa reparación, al reo la pena merecida, a la sociedad el ejemplo.”⁶¹

⁶¹ Arturo Zavaleta, op. cit., p. 109.

O acusado e seu defensor — a garantia da ampla defesa e os recursos a ela inerentes

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

SUMÁRIO

I - A garantia da ampla defesa como instrumento do devido processo legal. II - A garantia da ampla defesa como liberdade pública. III - O processo como instrumento de tutela do direito. IV - O conteúdo da garantia da ampla defesa.

I - A garantia da ampla defesa como instrumento do devido processo legal

Num de seus mais festejados estudos — *Liberdades Públicas e Processo Penal/As Interceptações Telefônicas* — a professora Ada Pellegrini Grinover teve ensejo de afirmar, logo nas primeiras páginas, que seriam vãs as liberdades do indivíduo, se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em juízo, sendo necessário, ademais, para que essas liberdades se tornem reais, que o processo possibilite, efetivamente, à parte, a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas. (São Paulo, Saraiva, 1976, pp. 25/26).

Noutras palavras — prossegue a consagrada jurista — é preciso que a defesa seja realmente plena e o processo se desenvolva com aquelas garantias, em cuja ausência não se pode caracterizar o *devido processo legal*, inserido em toda constituição que se pretenda moderna.

Posta a questão da ampla defesa nesses termos, avulta, de logo, a conclusão de que seu correto entendimento não se obterá senão a partir de sua inserção nos quadrantes do chamado *Estado Direito*, mais precisamente no Estado de Direito de configuração liberal, em cuja vigência o processo se desenvolveu mais como *garantia do acusado* do que como instrumento da persecução criminal.

Inocência Mártires Coelho é Professor Titular da UnB.

Conferência pronunciada na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, em 28.4.93.

Esse enfoque, logo se vê, conduz o exame da questão para o campo dos direitos fundamentais enquanto *liberdades públicas*, isto é, enquanto direitos que deixaram de ser simples idéias abstratas, no pensamento dos homens, para se verem positivados em ordenamentos jurídicos concretos.

Sem necessidade de maior desenvolvimento, no particular, registramos, *en passant*, que o estudo dessas liberdades pode ser levado a efeito em triplice perspectiva, como proposto, entre outros, pelo jurista lusitano José Carlos Vieira de Andrade, em seu festejado ensaio "Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976" (Coimbra, Almedina, 1987).

Nesse trabalho o professor Vieira de Andrade afirma que os direitos fundamentais tanto podem ser vistos enquanto direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares (perspectiva *filosófica* ou *jusnaturalista*); como podem ser considerados direitos de todos os homens ou de categorias de homens, em todos os lugares, *mas num certo tempo* (perspectiva *universalista* ou *internacionalista*); como ainda, podem ser referidos aos direitos de *certos homens* ou *cidadãos*, num determinado tempo e lugar, isto é, num *Estado concreto* (perspectiva estadual ou constitucional).

Tendo em vista que o tema desta palestra exige um exame mais detalhado da garantia constitucional da *ampla defesa e os recursos a ela inerentes*, obviamente que o enfoque da questão ter-se-á de fazer sob a terceira das perspectivas acima indicadas, vale dizer, sob a perspectiva estadual ou constitucional, sem prejuízo, é claro, de referência às outras perspectivas, quando necessário.

II - A garantia da ampla defesa como liberdade pública

Como, por outro lado, não se deve perder de vista que a positivação interna dos direitos fundamentais atua, simultaneamente, como *causa e efeito* de sua internacionalização, de tal sorte que, dialeticamente, se implicam e interagem reciprocamente, convém advertir, desde logo, que a compreensão integral da garantia constitucional sob exame - a *garantia da ampla defesa* - não se fará senão a partir de uma análise histórica e comparativa, em que a matéria-prima será, necessariamente, a experiência dos povos que vivenciaram essa garantia, antes mesmo que nós, brasileiros, nos apresentássemos, no cenário internacional, como

nação politicamente independente.

Feito este esclarecimento, entendemos, com a generalidade dos autores, que a garantia da ampla defesa, compreendida no conceito do *devido processo legal*, surge, inicialmente, na Magna Carta de 1215, de cujo artigo 39, pelo processo histórico de expansão/densificação, próprio das normas protetoras dos direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência extraíram praticamente todos os direitos e garantias individuais, no plano substantivo, como no adjetivo.

Por isso, estudiosos do porte de Rogério Lauria Tucci e Carlos Roberto Siqueira Castro apontam esse instituto ou essa garantia como a *fonte substancial* de princípios imorredouros, definitivamente incorporados aos sistemas jurídicos dos chamados povos cultos.

Para Rogério Tucci, sob a expressão *devido processo legal* permite-se entender, como imperiosos, num Estado de Direito:

a) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade e senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo o desdobramento da concepção norte-americana);

b) aplicação judicial das normas jurídicas (não só da lei, como tal própria e estritamente concebida, mas, por igual, de toda e qualquer forma de expressão do direito), através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o "processo" (*judicial process*); e,

c) assecuração, neste, de paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial.

Apresenta-se, ademais — conclui o mestre paulista — relativamente ao *processo judicial*, como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir, devidamente, sua finalidade compositiva de litígios em (âmbito extra-penal) ou resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal). (*Constituição de 1988 e Processo. Regrimentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1989, pp. 15-16. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo, Ed. RT, 1993, pp. 18-19).

De outra parte, para Carlos Roberto Siqueira Castro, daquele princípio podemos extrair outros tantos princípios da maior importância, como o da "conformidade com as leis", o do "juiz natural", o da "legalidade tributária" en-

tre outros.

Migrando do campo processual — penal e civil — para o âmbito da administração pública, conclui o jovem constitucionalista que a garantia do *devido processo legal*, por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou se transformando em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o poder público, de um lado, e a sociedade e os indivíduos, de outro (*O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio, Ed. Forense, 1989, pp. 40/41).

Sintetizando os caracteres básicos do *devido processo legal*, o mesmo Rogério Lauria Tucci nos diz que essa garantia deve ser uma realidade em todo o desenrolar do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se verifiquem todas as formalidades e exigências em lei previstas (*Constituição de 1988 e Processo*, ob.cit., p.17).

Indo mais além, mas com apoio, entre outras fontes, na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, Ada Pellegrini Grinover observa que “do conteúdo clássico do *due process of law*, como garantia do réu, passa-se à proteção mais ampla, sem distinção entre *substance and procedure*. A cláusula transforma-se na *garantia geral da ordem jurídica: judicial process* não significa processo judicial, mas *aplicação judicial* da lei e, por extensão, interpretação judicial da norma. Assim, *due process of law* é, em sentido amplo, a garantia do “processo legislativo” e também a garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição.

Ao lado do *procedural due process* — prossegue a notável processualista de São Paulo —, sustenta-se a existência de um *substantive due process*, garantindo o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e de propriedade (em sentido amplo).

Finalmente — conclui a mesma estudiosa — a cláusula não mais se limita à determinação processual de direitos substanciais, mas se estende à garantia de que seu gozo não seja restringido de modo arbitrário ou desarrazoado (*As garantias constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo, Ed. RT, 1973, pp. 35-36).

Por isso, certamente, é que o citado Rogério Lauria Tucci, após resumir todos os caracte-

res ou dimensões dessa garantia, permitiu-se, ironicamente, achar curioso que o constituinte brasileiro tenha dedicado ao princípio do devido processo legal uma cláusula geral — o inciso LIV do art. 5.º da Carta de 1988 — estabelecendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (*Constituição de 1988 e Processo*, ob. cit., p. 18).

Ironias à parte, preferimos registrar, por dever de justiça, que essa especificação formal em nada desmerece aqueles que, no seio da Constituinte, pugnaram para que a garantia do devido processo legal — embora tida por existente em nosso ordenamento jurídico — viesse a merecer referência expressa no texto da Carta Política, em ordem a desestimular todos quantos, apegados à letra da lei, pretendessem se opor à eficácia daquela garantia, a pretexto de não a encontrarem claramente mencionada em nenhum dispositivo da Constituição.

III - *O processo como instrumento de tutela do direito*

Assentado, assim, em linhas gerais, em que consiste a garantia do devido processo legal — em que se insere, como dimensão ou espécie, a *garantia da ampla defesa*, com os *recursos a ela inerentes* —, passemos agora à concretização daquele princípio, para podermos identificar, em dado ordenamento jurídico, no caso o ordenamento jurídico brasileiro, quais os instrumentos de que dispomos, e se nos bastam, para tornar efetivas as reivindicações e a defesa das nossas liberdades.

Para servir a esse desiderato didático-científico, recorreremos às lições de Eduardo Couture, o notável processualista uruguaio, tal como expostas na obra clássica *Fundamento del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1972).

Partindo da idéia de que, por si mesmo, o processo é um instrumento de tutela dos direitos mas que, vez por outra, as leis processuais, por imperfeição ou fraqueza, deixam sem proteção os direitos do cidadão, Eduardo Couture afirma que é imprescindível à configuração do Estado de Direito que se proteja o processo, colocando-o sob tutela constitucional. Nas palavras do próprio Mestre, *é preciso uma lei tutelar das leis de tutelas!*

Mas, em que consiste e de que maneira se realiza essa tutela constitucional do processo? Como se protege o processo *para que este pro-*

teja o direito?

Responde Eduardo Couture que, em seu desenvolvimento lógico, as premissas desse tema são as seguintes:

a) a Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana;

b) a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico de preceitos, deve instituir esse processo;

c) porém, a lei não pode instituir formas que tornem ilusória a concepção do processo consagrada na Constituição;

d) se a lei instituisse uma forma de processo que privasse o indivíduo de uma razoável oportunidade para fazer valer seu direito, seria inconstitucional;

e) nessas condições, devem entrar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica institua para tornar efetivo o controle da constitucionalidade das leis.

A simples leitura dessas premissas já põe em evidência que, para o grande processualista uruguaio, como, de resto, para a generalidade dos autores, é somente a partir de um enfoque jurídico-constitucional que se pode situar corretamente o estudo das garantias processuais, até porque tais garantias, em suas matrizes, são de progênie constitucional, e as normas constitucionais é que dão forma e substância àquelas garantias. A simples previsão da competência para legislar sobre *direito processual* sugere uma atitude democrática.

Por isso, lembra o mesmo Eduardo Couture, as Constituições do século XX, com raras exceções, consideram que uma enumeração programática de princípios de direito processual se faz necessária, no conjunto dos direitos da pessoa humana e das garantias de que ela é credora.

Tais preceitos que, inclusive, ganharam universalidade, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada pela Assembléia das Nações Unidas, estão consubstanciados em seus artigos VIII e X, nos termos seguintes:

“VIII — Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”

“X — Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

Advertindo, em seguida, que incumbe à doutrina a responsabilidade de saber o que significa, na linguagem universal, um *processo*, um *recurso*, *plena igualdade*, *ser ouvido publicamente etc.*, e que, igualmente, não existe uma teoria geral da tutela constitucional do processo, no sentido de uma enumeração conclusiva de soluções, Eduardo Couture utiliza a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos para — como diz — servir de exemplo acerca de uma prolongada experiência histórica de vigilância constitucional sobre o processo. A luz dessa experiência, enumera sete hipóteses/casos de inconstitucionalidades de leis processuais, que atestam, por contraste, em que consiste a *garantia da ampla defesa*, ou como ele prefere chamar, de uma *razoável oportunidade* para que o indivíduo faça valer o seu direito.

A menção — apenas a menção — a esses exemplos de inconstitucionalidade de leis processuais parece ser de grande utilidade para densificar semanticamente o conteúdo da expressão *ampla defesa*, com os recursos a ela inerentes.

São exemplos ou motivos de inconstitucionalidade de leis processuais:

- a) falta de citação;
- b) insuficiência de prazo para defesa;
- c) privação de audiência;
- d) privação de recursos;
- e) privação de revisão judicial de processos administrativos; e,
- f) inidoneidade do juiz.

Essa listagem de casos exemplares — obviamente apenas exemplificativa — não esgota outras hipóteses que, à luz da experiência, possam caracterizar violações à garantia constitucional da ampla defesa.

Valem, então, tais exemplos, apenas como peças de amostragem, para que possamos testar nossas hipóteses de trabalho.

Por outro lado — e isto é da maior relevância, a nosso ver —, não podemos perder de vista que a garantia da ampla defesa, enquan-

to direito fundamental, expressa um *núcleo essencial*, que se desvela e especifica ao longo da experiência histórica, densificando-se progressiva e irreversivelmente, segundo ensina o jusfilósofo Norberto Bobbio, para quem os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são *históricos*, isto é, são direitos nascidos em *certas circunstâncias*, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes (*A Era dos Direitos*, Rio, Ed. Campus, 1992).

Assim, por exemplo, embora até recentemente não ocorresse a ninguém — ou pelo menos a muita gente — associar o princípio do *promotor natural* ao princípio do *devido processo legal*, creio que, hoje, poucos têm dúvida em reconhecer a sua íntima ligação, a partir da idéia, desenvolvida por oposição, de que não se pode qualificar como *devido processo legal* um processo instaurado, impulsionado ou retardado por promotores *ad hoc*, vale dizer, por quem seja escolhido segundo critérios subjetivos ou de objetividade duvidosa, para dizer-se o mínimo. Promotor de *confiança* não merece confiança...

Nessa linha evolutiva — *evolução*, em tema de direitos humanos, é uma *lei natural* —, tem plena legitimidade a reivindicação, cada vez mais intensa, de se compreender sob a garantia do *due process of law* a figura do *delegado natural*, para impedir que os procedimentos a cargo das autoridades policiais possam ser direcionados para fins outros, que não a busca da verdade, em relação aos fatos objeto das investigações.

Então, cumpre ter presente, mais uma vez, a idéia de que os direitos fundamentais são, por sua natureza e destinação, direitos em *permanente expansão*, de tal sorte que, a partir de um *núcleo essencial*, vão sendo criados ou especificados direitos sempre *novos* e cada vez *mais extensos*, segundo uma pauta axiológica de exigências crescentes, energizadas pela idéia de que o homem é a fonte de todos os valores e de que a dignidade *humana* não encontra limites para sua concretização histórica (CF — art. 5.º, § 2.º).

Por isso, embora noutro contexto, em que discute os limites dos direitos fundamentais, o Professor Vieira de Andrade afirma que a dignidade do homem concreto, como ser livre, constitui a base daqueles direitos e o princípio da sua unidade material, funcionando, ademais, como limite absoluto às restrições que, em re-

lação a eles, pretenda fazer o legislador, a pretexto de regulamentar-lhes o exercício (*Os direitos fundamentais*, ob. cit., pp. 236).

IV - O conteúdo da garantia da ampla defesa

Embora estejamos advertidos, pelo que antes afirmado, de que são frustradas, ao limite, todas as tentativas de aprisionar em esquemas conceituais apriorísticos o conteúdo dos direitos fundamentais, dada a sua ontológica expansividade, temos o dever de propor — ao menos para fins didático e/ou acadêmicos — algum esquema de estudo que nos permita “arrumar” o assunto e, assim “fotografar”, em dado momento histórico, ou em determinado ordenamento jurídico, o que se está vivendo ou vivenciando, para dizer melhor, sob o conceito de *ampla defesa* e de *recursos a ela inerentes*.

Dos processualistas brasileiros que procuraram sistematizar o estudo do conteúdo dessa garantia, merecem destaque, entre outros, o saudoso José Frederico Marques e o tantas vezes citado Rogério Lauria Tucci.

Para o Mestre Frederico Marques, o direito de *defesa plena* é uma decorrência do princípio constitucional do *devido processo legal* e compreende não só a faculdade, que tem o réu, de contestar a acusação, como ainda o direito de praticar atos processuais que possam criar expectativas favoráveis ao reconhecimento de sua inocência (*Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1980, vol. II, pp. 152).

Para Rogério Tucci, na mesma linha, embora com sistematização própria, que assinala corresponder à concepção moderna, a *garantia de ampla defesa* compreende, seja qual for o objeto do processo: a) o direito à informação (*nemo inauditus damnari potest*); b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e, c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (comprovação da inculpabilidade) (*Constituição de 1988 e Processo*, ob. cit., p. 61; *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1993, pp. 205-206).

Entre os constitucionalistas pátrios, M.G. Ferreira Filho anota que, em face da garantia constitucional da ampla defesa, o que se estabelece é que, ao regular o processo criminal, o *legislador* está obrigado a respeitar três pontos: a) velar para que todo acusado tenha o seu

defensor; b) zelar para que tenha ele pleno conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam; e, c) assegurar que essas provas possam ser livremente debatidas, ao mesmo tempo em que se ofereçam outras (*Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1983, 3.^a edição, pp. 605-606).

Neste ponto, coincidem as opiniões de M.G. Ferreira Filho e Eduardo Couture, na medida em que o mestre uruguaio considera que a teoria da tutela jurídico-constitucional das liberdades, mais que ao Juiz, ao defensor e ao professor, *está dirigida ao legislador*, a quem aponta os limites de uma atuação constitucionalmente válida (*Fundamentos*, ob. cit. p. 153).

Entre os estrangeiros, pela originalidade e atualidade de suas considerações sobre o tema, destacamos a figura dos constitucionalistas Gomes Canotilho e Vital Moreira, aos quais se deve, a nosso ver, a mais aguda, conquanto sucinta, apreciação da garantia da ampla defesa e dos recursos a ela inerentes, desenvolvida à luz da Constituição portuguesa de 1976, essencialmente em torno do seu artigo 32, que tem a seguinte redação, *verbis*:

Artigo 32 - Garantias de processo criminal

1. O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa.

2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que essa assistência é obrigatória.

4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais.

5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio contraditório.

6. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abu-

siva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

7. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior.

Como se trata de comentários concisos, cuja apreciação crítica poderia ser comprometida se apenas parafraseados por nós, preferimos apreciá-los inicialmente de viva voz, para que eventuais omissões não prejudiquem a compreensão do que ali se contém. A seguir, voltaremos ao nosso próprio texto, para concluir a palestra e começar os debates.

— *Seguem-se os comentários ao texto* —

De tudo quanto disseram esses notáveis juristas portugueses, a respeito do que denominaram *constituição processual criminal* — conjunto de princípios e regras, de *Direito Constitucional*, que estruturam, em todos os países civilizados, o sistema das chamadas *garantias judiciais* —, acreditamos poder extrair as conclusões genericamente expostas a seguir.

Inicialmente, é de se reconhecer verdadeira a colocação de que o direito processual penal funciona como verdadeiro “sismógrafo” de uma lei fundamental, pois a cada nova ordem constitucional segue-se, necessária, a adoção de um novo direito processual penal.

Mais ainda, acreditamos que é possível afirmar, nessa ordem de idéias, que aquele “sismógrafo” registra também, com a maior precisão, os graus de legitimidade da própria organização jurídico-política pois onde o processo penal se apresenta autoritário, aí se vive autoritariamente.

Por isso, a partir de 1976 em Portugal, e de 1988, no Brasil, quando promulgadas as constituições que marcaram o retorno de ambos os países ao Estado de Direito — lá, como aqui, enfaticamente chamado Estado *Democrático* de Direito —, tanto as novas regras processuais, quanto as antigas, recepcionadas, receberam a marca dessa *fórmula política*, vale dizer foram *democratizadas* também, com todas as consequências, explícitas e implícitas, que se pode extrair do *princípio democrático* (Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pp. 76-80).

Preliminarmente, como observação mais importante — até porque relativa à chamada “constituição processual criminal” como num

todo —, destacamos a afirmação daqueles estudiosos no sentido de que a razão de ser das garantias de defesa está na radical *desigualdade material de partida* entre a Acusação normalmente apoiada no poder institucional do Estado, e a Defesa, ainda quando o réu disponha dos melhores recursos para enfrentar o aparelho acusatório.

Daí que essas garantias funcionem, também, como instrumentos de *compensação* daquela desigualdade, em prol do *jus libertatis* do cidadão, no âmbito do processo penal, um processo que além de estar *orientado para a defesa*, não pode ser neutro em relação aos direitos fundamentais, que, para ele, funcionam como limites intransponíveis.

Disso resulta, por outro lado, estar a moderna doutrina processual-penal, toda ela, preocupada em articular, permanentemente, os institutos processuais com as garantias constitucionais, como veremos mais concretamente a seguir, quando da análise, ainda que sumária, de algumas garantias judiciais em espécie.

No que respeita ao princípio da *presunção de inocência*, embora não seja fácil determinar-lhe o sentido, entendem aqueles juristas ser possível apontar-lhe como conteúdo adequado: a) proibição de inversão do ônus da prova em prejuízo do acusado; b) preferência pela sentença de absolvição contra o arquivamento do processo; c) exclusão da fixação de culpa em despachos de arquivamento; d) não incidência de custas sobre réu não condenado; e) proibição de antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares; e, f) proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal.

Quanto ao princípio *in dubio pro reo* — que se articula com o da *presunção de inocência* —, aquele princípio, além de ser uma garantia subjetiva, dirige-se também ao juiz, no sentido de que deve absolver o réu quando não tiver certeza sobre os fatos decisivos para a solução da causa. Afinal de contas, fato insuficientemente provado é fato *não provado*; e isso basta para se entender porque, *in dubio*, deve-se optar pela absolvição, isto é *pro reo*.

Já no que respeita ao princípio do *nulla poena sine culpa* — também associado ao da *presunção de inocência* —, impõe ele ao juiz abster-se de proferir sentença condenatória se não estiver convencido da existência dos pressupostos de fato que embasariam a condenação.

Em síntese — nas palavras dos próprios

Gomes Canotilho e Vital Moreira — “os princípios da *presunção de inocência* e *in dubio pro reo* constituem a dimensão jurídico-processual do princípio jurídico-material da culpa concreta como suporte axiológico-normativo da pena” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 3.^a ed. revista, 1993, p. 204).

Outra dimensão ou *especificação* do direito de ampla defesa, na particular vertente da *presunção de inocência*, é a exigência de *juízo no mais curto prazo* compatível com as garantias de defesa, porquanto a demora no desfecho do processo criminal, além de prolongar as restrições impostas ao acusado na fase que antecede ao seu julgamento, acaba, ao limite, retirando conteúdo útil à *presunção de inocência*.

Prazos demasiadamente longos para a prática dos atos processuais de iniciativa dos órgãos da acusação e, mesmo, para o próprio julgamento são materialmente incompatíveis com o princípio da *presunção de inocência*, porque implicam, em concreto, redução significativa da liberdade a que todos têm direito, sejam ou não acusados, estejam ou não respondendo a um processo perante juízes ou tribunais.

Por isso é que as mais recentes declarações de direitos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, conhecida, como Pacto de São José da Costa Rica — promulgada, no Brasil, pelo Decreto n.º 678, de 6.11.92 — especifica, entre os direitos reconhecidos à pessoa humana, o de ser ouvida e julgada dentro de *prazo razoável*, pois qualquer dilação temporal, no particular, implica restrição de direito, incompatível com a ontológica liberdade de que são dotadas todas as criaturas.

Se o homem é, ontologicamente, um ser livre — não um ser para a morte, nem para a servidão —, se a sua vida é, por isso, um *continuo de liberdade* e um descontinuo de proibições, estas não de ser entendidas, sempre, como exceções àquela *condição natural* jamais como regras ilimitadamente estabelecíveis ao arbítrio de qualquer legislador.

Compreendido, também, entre as garantias judiciais, está o direito que tem o acusado de ser assistido por *defensor* de sua livre escolha, ou designado pelo Estado, sempre que não puder ou não quiser contratar profissional de sua confiança.

Como a designação do defensor dativo não

configura, apenas, um ato *pro reo*, mas uma tutela processual objetiva, concluem Gomes Canotilho e Vital Moreira que aquela providência se impõe mesmo contra a vontade do acusado, perante o qual o defensor dativo é absolutamente independente.

Afinal de contas, como lembra Garcia Pelayo, defender os direitos ou pretensões subjetivas garantidos pela Constituição significa tornar concreta a defesa da ordem constitucional objetiva, como estruturada na Lei Maior (apud Pablo Pérez Tremps, in *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 128).

Pela perspicácia com que as formularam, merecem registro especial as considerações daqueles ilustres constitucionalistas acerca da *estrutura acusatória* do processo criminal, cuja densificação semântica há de fazer-se, segundo eles afirmam, através da articulação de uma *dimensão material* (fases do processo) com uma *dimensão orgânico-subjetiva* (entidades competentes).

Dessa articulação ressaí a conclusão de que estrutura acusatória significa, no plano material, a distinção entre instrução, acusação e julgamento e, no plano subjetivo, a diferenciação entre juiz de instrução (órgão de instrução) e juiz julgador (órgão julgador) e entre ambos e órgão acusador.

Nas palavras dos próprios autores — que transcrevemos por amor à fidelidade das expressões utilizadas — “rigorosamente considerada, a estrutura acusatória do processo penal implica: a) proibição de acumulações orgânicas *à montante* do processo, ou seja, que o juiz de instrução seja também o órgão de acusação; b) proibição de acumulação subjetiva *à jusante* do processo, isto é, que o órgão de acusação seja também órgão julgador; c) proibição de acumulação orgânica na instrução e julgamento; isto é, o órgão que faz a instrução não faz a audiência de discussão e julgamento e vice-versa” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, ed. cit., p.217).

Com essa mesma acuidade são analisadas as garantias judiciais relativas ao juiz natural ou *juiz legal* — assim preferem designá-lo os portugueses —, bem como as pertinentes à produção e à utilização de provas, atividade igualmente controlável à luz dos princípios da *Constituição Processual Criminal*, sobretudo para interditar ofensas a direitos fundamentais básicos, como o direito à integridade pessoal, à intimidade da vida privada e à inviolabilidade da correspondência, entre outros.

Estas são, em resumo, as considerações que tínhamos a fazer, nos limites e de acordo com os fins desta palestra, relativamente ao tema *o acusado e seu defensor; a ampla defesa e os recursos a ela inerentes*, assunto da maior importância e, sempre, de grande atualidade.

A utilização, ampla e freqüente, dos ensinamentos dos mestres estrangeiros justifica-se pela advertência, que lhes fizemos no início da exposição, de que somente lograríamos entender, em toda a sua extensão e complexidade, o princípio da *ampla defesa* se tivéssemos a humildade de avaliar a experiência histórica dos povos que vivenciaram essa garantia antes que nos apresentássemos, no cenário mundial, como nação política e culturalmente independente.

Não se trata, em absoluto, de externar ou de assumir nenhum complexo de inferioridade terceiromundista, mas apenas de reconhecer, como aconselhava o velho Hegel, que, “na realidade, tudo o que somos, somo-lo por obra da história” e que “o patrimônio da razão autoconsciente que nos pertence, não surgiu sem preparação, nem cresceu só do solo atual, mas é característica de tal patrimônio o ser herança e, mais propriamente, resultado do trabalho de todas as gerações precedentes do gênero humano” (*Introdução à História da Filosofia*. Coimbra, Armenio Amado, 1980, trad. Antonio Pinto de Carvalho, p. 38).

Anteprojeto do Júri

RENÉ ARIEL DOTI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Constituição e Pauta das Comissões. 2.1. A Comissão original. 2.2. A Comissão de Revisão. 2.3. A Comissão de Sistematização. 2.4. Anteprojeto aprovado. 3. A proposta para o júri. 3.1. A decisão de pronúncia. 3.2. Limites da decisão de pronúncia. 3.3. A intimação da pronúncia. 3.4. O julgamento sem a presença pessoal do réu. 3.5. A supressão do libelo. 3.6. O preparo do processo. 3.7. O alistamento dos jurados. 3.8. O desaforamento. 3.9. O sorteio e a convocação dos jurados. 3.10. A função do jurado. 3.11. Impedimentos, suspeições e incompatibilidades dos jurados. 3.12. A instrução plenária e os debates. 3.13. A redação e a votação dos quesitos. 3.14. A simplificação do questionário. 3.15. A ata dos trabalhos. 3.16. A supressão do protesto por novo júri.

1. Introdução

A Constituição de 1988 não apenas manteve a instituição do Júri, atribuindo-lhe o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, como ampliou a possibilidade de competência para outras hipóteses de infrações (art. 5.º, XXXVIII). Tal orientação implica a necessidade de se aprimorar os mecanismos de funcionamento do tribunal popular, simplificando o procedimento e modernizando o sistema, principalmente quanto aos termos e fórmulas e à dinâmica da colheita da prova.

São inconseqüentes e desviadas de objetivos práticos as manifestações contrárias à existência e ao funcionamento do Júri. Não se questiona a necessidade da especialização da magistratura como um dos roteiros para se alcançar a prestação adequada à complexidade de um grande número de casos concretos. Esta exigência é agravada frente à multiplicidade das normas jurídicas, que se elevam a patama-

res quase infinitos, e o desdobramento dos ramos tradicionais de direito em "departamentos" muitas vezes fluidos e meramente retóricos¹. Mas, quando se trata de crimes contra a vida, cujo objeto jurídico é concebido com clareza e os tipos de ilícito são taxativos, não se justifica o preconceito para com os juizes leigos. O mesmo vale para as infrações de menor potencial ofensivo desde que os elementos de sua economia, além da tipicidade, sejam de clara e indubitosa apreensão.

Em artigo divulgado sob o título de "Esboço para a reforma do Júri"², abordei as *linhas essenciais* do Anteprojeto do qual fui incumbido de redigir propondo soluções para a simplificação e eficácia do procedimento dos crimes submetidos ao julgamento pelo Tribunal do Júri. O texto do *disegno di legge* teve a sua publicação³ autorizada pela Comissão de Juristas instituída no âmbito da Escola Nacional da Magistratura, sob a presidência do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e a coordenação do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

A partir de então iniciaram-se as etapas de discussão dentro e fora do âmbito da Comissão para envolver pessoas, instituições e órgãos de classe, além daqueles que já estavam representados formalmente na equipe de trabalho.

No dia 10 de dezembro de 1993, em Belo Horizonte, realizou-se a última reunião destinada a analisar as propostas de modificação do texto original e proceder à redação final do anteprojeto a ser entregue ao Ministro da Justiça, Mauricio Corrêa, para avaliação e encaminhamento ao Congresso Nacional como projeto do Poder Executivo.

O presente artigo tem o objetivo de documentar as atividades desenvolvidas a partir de setembro de 1992, quando ocorreu o primeiro encontro de trabalho. Além disso, é necessário

¹ Criticando essa atomização das disciplinas jurídicas fundamentais, o pranteado Raul Chaves, com saborosa ironia, falava que além de um "Direito Penal da intimidade", "Direito Penal do meio ambiente", "Direito Penal Tributário ou Financeiro", etc., também se poderia aludir a um "Direito Penal do amor", para os casos passionais.

² *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ed. RT, SP, 1993, 3/272 e s.

³ *Diário Oficial da União (DOU)*, supl. de 30.6.1992.

registrar as discussões e contribuições sobre a matéria, resgatando informações que se poderiam perder nos atalhos dessa caminhada em prejuízo do conhecimento de fatos e circunstâncias que influíram na proposta de reforma.

Mais que um texto técnico, as presentes linhas devem ser consideradas como um *depoimento pessoal* a respeito das necessidades e dos ideais de um novo modelo para regular o procedimento dos crimes sujeitos ao Tribunal do Júri. Com esta publicação pretende-se contribuir para a interpretação da realidade atual da matéria e colaborar no roteiro para as pesquisas do futuro.

E assim se faz porque a memória nacional, infelizmente, e para uma grande variedade de situações, é apenas uma generosa referência institucional em busca de *residências fixas* nos espaços físicos das entidades públicas e privadas e no seio da população.

2. Constituição e Pauta das Comissões

2.1. A Comissão original

Em 30 de março de 1992, o *Diário Oficial da União (DOU)* publicou a Portaria n.º 145⁴, do Ministro da Justiça, Célio Borja, designando o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira para, na condição de Presidente da Escola Nacional da Magistratura, presidir comissões de juristas encarregadas de promover estudos e propor soluções visando à simplificação dos códigos de Processo Civil e Processo Penal.

Em artigo publicado sob o título "A reforma do processo civil", os Ministros Athon Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira⁵ salientaram a necessidade de modificações no sistema de funcionamento do Código de Processo Civil ao lado da divulgação de mais cinco projetos de lei⁶. Os ilustres autores do mencionado texto indicam os cinco posicionamentos adotados como metodologia dos trabalhos de concepção e redação dos projetos: a) localização dos pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; b) afastamento das divergências doutrinárias ou meramente acadê-

⁴ *DOU*, 30.3.1992, seção II, p. 1960.

⁵ Em "Direito e Justiça", supl. do *Correio Brasileiro*, 14.12.1992, p. 3/7.

⁶ Os projetos já foram encaminhados pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional e alteram dispositivos nos seguintes setores: processo de conhecimento; processo cautelar; procedimento sumário; recursos e execução. E um deles propõe o instituto da *ação monitoria*.

micas, assim como outros setores a serem reformados, para se concentrar nos objetivos de simplificação, agilização e modernidade do processo; c) o encaminhamento da reforma em mais de um projeto, com características setoriais, para facilitar a publicidade, discussão e tramitação no Congresso Nacional; d) o aproveitamento da própria disposição topográfica dos artigos de lei já existentes, abrindo espaços para novos se for necessário, mas sem alterar a fisionomia do Código; e) a busca de consenso em relação às propostas apresentadas.

Os trabalhos efetuados na área do processo civil já alcançaram resultados práticos com o encaminhamento de vários anteprojetos ao Ministro da Justiça e outro se convertendo na Lei n.º 8.455, de 24 de agosto de 1992, que simplifica o procedimento das perícias.

Não resta a menor dúvida de que os projetos de reforma global dos sistemas positivos (de Código Penal, de Código de Processo Penal, de Código Civil, de Código de Processo Civil, de Código Comercial, entre outros) estão condenados ao imobilismo durante várias legislaturas. Dormem o *sono profundo* do esquecimento quando não da indiferença do Parlamento e até mesmo dos profissionais das áreas respectivas e do próprio povo, que é o destinatário final das reformas. E com o imobilismo vem o desestímulo em se prosseguir com as idéias e os textos originais que, em consequência, são jogados ao limbo. Para ilustrar esta conclusão basta rever as tentativas de reforma efetuadas a partir dos anos 60 em setores fundamentais do direito positivo.

Pela Portaria n.º 3, de 10 de junho de 1992, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira instituiu a Comissão de Juristas para promover estudos e propor soluções visando à simplificação da legislação processual penal. No mesmo ato foram designados o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro e o Doutor Sidney Agostinho Beneti, para a coordenação e a secretaria dos trabalhos, respectivamente. Os demais membros nomeados para compor a Comissão foram: Antonio Carlos de Araújo Cintra, Antonio Carlos Nabor Areias de Bulhões, Francisco de Assis Toledo, Inocêncio Mártires Coelho, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Miguel Reale Júnior, Paulo José da Costa Júnior, René Ariel Dotti, Rogério Lázria Tucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo.

A primeira reunião ocorreu em Ribeirão Preto, nos dias 25 e 26 de setembro de 1992.

Naquela oportunidade aprovou-se uma pauta inicial consistente na revisão de setores do Código de Processo Penal que exigem mudanças para simplificar o procedimento e conceder maior eficácia ao sistema.

Um segundo encontro realizou-se na cidade de São Paulo, em 16 de abril de 1993. Aos membros da Comissão foram distribuídas as tarefas que consistiam na elaboração de esboços de anteprojetos de cada um dos capítulos do Código passíveis de reformulação. Por honrosa indicação do Professor Rogério Lázria Tucci e generosa aprovação dos demais e ilustres colegas, coube-me a tarefa de redigir o texto relativo ao procedimento para os crimes da competência do Júri.

Em Goiânia, realizou-se a terceira reunião, durante os dias 15 e 16 de maio de 1993. Para ela contribuíram, além dos integrantes da Comissão, muitos magistrados, membros do Ministério Público, advogados e professores de Direito da comunidade goiana. O evento teve o apoio do Tribunal de Justiça e da Escola da Magistratura daquele Estado. Assim como ocorreu com as sessões anteriores, os trabalhos receberam a colaboração valiosa do Juiz de Direito Luiz Flávio Gomes, Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Na reunião de Goiânia, foram discutidos e aprovados esboços de anteprojetos sobre os seguintes assuntos, entre outros: procedimento dos crimes da competência do Tribunal do Júri; procedimento sumário; intimação do defensor pela imprensa, recursos de apelação em sentido estrito e protesto por novo Júri (supressão); medidas provisórias de restrição da liberdade e restrição de outros direitos; previsão de mais uma hipótese de prisão preventiva; Polícia Judiciária; regulação do direito ao silêncio; citação por edital; efetivação da defesa dativa; exame de corpo de delito e outras perícias; suprimimento da não realização do exame de corpo de delito; efeitos da revelia e suspensão condicional do processo.

Os trabalhos da Comissão original se encerraram com a entrega dos textos dos anteprojetos ao Ministro da Justiça os quais foram publicados pelo *DOU*, de 30 de junho de 1992.

2.2. A Comissão de Revisão

Pela Portaria n.º 349, publicada no *DOU*, de 17 de setembro de 1993 (seção II, p. 5277), o Ministro da Justiça, Maurício Corrêa, instituiu uma Comissão de Revisão dos anteproje-

tos de lei que inovam procedimentos no Código de Processo Penal e já divulgados oficialmente, como foi dito no item anterior.

Foram os seguintes os membros designados: Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Nabor Bulhões, Aristides Junqueira de Alvarenga, Cid Flaquer Scartezzini, Edson Freite O'Dwyer, José Barcelos de Souza, Fátima Nancy Andrichi, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Rogério Lúria Tucci, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Weber Martins Baptista. Também participou dos trabalhos da Comissão, o Magistrado Luiz Flávio Gomes, representando o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

A Comissão Revisora teve reuniões em Salvador (1/3 de novembro de 1993) e em Belo Horizonte (10-12-1993). Seu presidente foi o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e a coordenação ficou sob a responsabilidade do Ministro Fontes de Alencar, diante da ausência justificada do Ministro Vicente Cernicchiaro. Contribuiu para o bom êxito dos trabalhos o Professor Luiz Luisi.

Independentemente das reuniões plenárias, foram constituídos grupos de trabalho conforme a natureza dos projetos. Para a discussão e revisão dos dispositivos relativos ao Tribunal do Júri, foi formada a subcomissão que teve a honra de coordenar e completada pelos Professores Antonio Nabor Bulhões, Edson Freire O'Dwyer, José Barcelos de Souza e Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira.

2.3. A Comissão de Sistematização

No encontro de Salvador, foi instituída pelo presidente dos trabalhos, uma Comissão de Sistematização dos vários anteprojetos a fim de lhes promover a necessária integração e corrigir eventuais problemas de forma. Para a sua composição foram designados os professores Antonio Magalhães Gomes Filho, Luiz Flávio Gomes e Rogério Lúria Tucci.

O texto sistematizado foi discutido e aprovado em Belo Horizonte com algumas correções.

A colaboração da Associação Paulista da Magistratura (APAMAGIS) nessa etapa dos trabalhos foi relevante.

2.4. Anteprojetos aprovados

A reunião de Belo Horizonte encerrou com um saldo altamente positivo: dezesseis anteprojetos modificando substancialmente o Có-

digo de Processo Penal e um alterando a Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, tiveram sua redação definitivamente aprovada. São os seguintes os Títulos de Livros, os Capítulos, as Seções e os artigos do CPP a sofrerem mudanças ou substituições: a) autuação sumária e inquérito policial (Tit. II, do Livro I, arts. 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 12, 13, 16, 17, 18 e o parágrafo único do art. 20); b) livre convicção judicial e provas ilícitas (arts. 155 a 157); c) exame de corpo de delito por um só perito, desde que oficial (art. 159); d) inquirição direta das testemunhas pelas partes (art. 212); e) efetivação da defesa prévia (parágrafo único do art. 261); f) separação dos presos provisórios, ampliação das hipóteses de prisão preventiva, criação das medidas restritivas de liberdade (arts. 300, 312, 319, 320, 387 e 408); g) revitalização do instituto da fiança (arts. 322, 323, 325, 326 e 350); h) citação por edital, produção antecipada de provas e suspensão do processo e da prescrição (arts. 366, 367, 368 e 369); i) intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente do MP pelo órgão oficial de publicação ou, não havendo, pelo escrivão, por mandado ou via postal (parágrafos acrescidos ao art. 370); j) fixação, na sentença condenatória, do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração (acréscimo de um inciso ao art. 387 e de parágrafo único ao art. 63); k) formas procedimentais (Livro II, Tit. I, Caps. I e II do Livro II e arts. 394 a 405); l) procedimento relativo aos processos de competência do Tribunal do Júri (Cap. III, do Tit. I, do Livro II e arts. 406 a 497); m) procedimento sumário (arts. 514 e 517, suprime o Cap. V, do Tit. II do Livro II, e modifica os arts. 531 a 539); n) suspensão condicional do processo (Cap. VII, do Tit. XX, do Livro II e arts. 549 a 555); o) instituição do agravo em lugar do recurso em sentido estrito, dando-lhe maior eficácia e modernidade (arts. 581 a 592); e, por último, p) novo tratamento para os embargos de declaração e embargos infringentes (arts. 619 e 620).

Quanto à reforma em leis especiais, foi aprovado o texto de um Anteprojeto que modifica o art. 1.º da Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1969 (regula a prisão temporária), inclui a concussão entre os crimes passíveis da medida e garante ao preso provisório as prerrogativas da prisão especial, constante do Decreto n.º 38.016, de 5 de outubro de 1955.

⁷ Ver a nota de n.º 9.

3. A Proposta para o Júri

3.1. A decisão de pronúncia

O Anteprojeto⁸ consagra a orientação no sentido de se designar como *decisão* o ato pelo qual o juiz admite ou rejeita a acusação. Trata-se, na verdade, de uma *decisão interlocutória não terminativa*, contendo o juízo de admissibilidade da acusação e fixando-lhe os seus limites (art. 408, parágrafo único).

A pronúncia é um *ato decisório de natureza mista*. Quando se limita a mandar o réu a julgamento pelo Júri, a decisão tem natureza e características de *interlocutória*. E ao impronunciar ou absolver o réu, o ato tem o conteúdo de uma *sentença*.

A decisão de pronúncia deve limitar-se à admissibilidade da acusação a ser deduzida perante o tribunal popular, *pronunciando* o acusado quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria ou participação; *impronunciando-o* em caso contrário; *desclassificando* a infração atribuída ou *absolvendo-o* se estiver provada a inexistência do fato ou ficar demonstrada uma causa de exclusão de ilicitude ou de isenção de pena.

3.2. Limites da decisão de pronúncia

Com a finalidade de evitar *intromissão abusiva* na consciência do jurado, o Anteprojeto estabelece que a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação dos requisitos estabelecidos no art. 408. Reza o mencionado dispositivo: "Se o juiz se convencer da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, pronunciará o acusado e o sujeitará a julgamento pelo Tribunal do Júri".

3.3. A intimação da pronúncia

A intimação da pronúncia somente será feita pessoalmente ao acusado que estiver preso. Quando solto, a intimação será feita ao seu defensor pelo *Diário Oficial*, isto é, na forma proposta pelo § 1.º do art. 370. Também o assistente do MP e o querelante serão intimados pela mesma forma⁹. Quanto ao MP e ao defensor dativo, as intimações serão pessoais.

⁸ A designação Anteprojeto é utilizada doravante para indicar somente o texto do Anteprojeto revisto que trata do procedimento dos processos de competência do Tribunal do Júri.

⁹ O Anteprojeto que acrescenta parágrafos ao art. 370 do CPP tem a seguinte redação: "Art. 370. (...) § 1.º A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente de acusa-

A proposta está contida no art. 417 do Anteprojeto, *verbis*: "A intimação da decisão de pronúncia será feita: I - ao acusado pessoalmente, se estiver preso, e ao seu defensor; II - ao defensor constituído, quando solto o acusado, ao querelante e ao assistente do Ministério Público, na forma do § 1.º do art. 370. Parágrafo único — O Ministério Público e o defensor dativo serão intimados pessoalmente".

3.4. O julgamento sem a presença pessoal do réu

A orientação do Anteprojeto permite que o réu possa ser julgado independentemente de sua presença física no Tribunal do Júri.

A melhor doutrina e o próprio bom senso justificam a proposta para se adequar o direito ao silêncio - consagrado constitucionalmente - à liberdade deferida ao acusado de se ausentar ao julgamento. Embora sob outro fundamento, deve ser adotada a mesma orientação quando o processo segue à revelia do acusado.

Esta providência virá eliminar uma das *usinas da prescrição* que operam atualmente em todo o território nacional, além de se harmonizar com o restante do sistema. Os arts. 413 e 414 do CPP¹⁰ tinham a sua razão de ser até o advento da Lei n.º 5.349, de 3 de novembro de 1967, e da Lei n.º 5.941, de 22 de novembro de 1973. A primeira revogou a prisão preventiva obrigatória que era imposta sempre que o juiz recebesse a denúncia imputando ao réu crime cuja pena cominada fosse igual ou superior a dez anos, conforme a redação original do CPP¹¹. E a segunda permite a li-

ção far-se-á por publicação no órgão oficial incumbido da publicação das intimações judiciais na comarca, contendo, sob pena de nulidade, o nome do réu, salvo a intimação pessoal mediante ciência pelo escrivão; § 2.º Caso não haja órgão oficial de publicação de atos judiciais na comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, por via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo à efetivação da intimação e à sua comprovação; § 3.º A intimação do órgão do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal".

¹⁰ "Art. 413. O processo não prosseguirá até que o réu seja intimado da sentença de pronúncia.

Art. 414. A intimação da sentença de pronúncia, se o crime for inafiançável, será sempre feita ao réu, pessoalmente".

¹¹ "Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos".

berdade provisória ao réu primário e de bons antecedentes que, assim, pode aguardar o julgamento fora do cárcere. Antigamente a prisão provisória resultante da prisão preventiva ou da pronúncia era a *regra*; agora é *exceção*. Não havia, no *anciên regime* qualquer dificuldade para intimar pessoalmente o réu pronunciado que, geralmente, era detido a partir da acusação de tentativa de homicídio simples.

Com a proposta ora apresentada, o comparecimento do réu perante os jurados somente é imposto quando estiver recolhido. Em tal hipótese, a condução é obrigatória salvo a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Os ilícitos previstos no Código Penal, em sua quase totalidade, podem ser julgados sem a presença do réu. O mesmo sucede com *todas* as infrações constantes das leis especiais. Um exemplo eloqüente nos veio com o a Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que trata dos crimes contra a economia popular. O art. 24, segunda parte, do mencionado diploma declarava: "Será julgado à revelia o réu solto que deixar de comparecer sem justa causa"¹².

3.5. A supressão do libelo

A proposta de supressão do libelo não motivou a polémica que se imaginava. O Anteprojeto Frederico Marques (1970) já considerava esta peça como obsoleta e que serve apenas para fomentar arguições de nulidade. A mesma orientação foi seguida pelo Projeto n.º 1.268, de 1979, apresentado pelo Deputado Sérgio Murilo, e neste mesmo rumo caminhou o Projeto de 1983, já aprovado pela Câmara dos Deputados¹³. O art. 716 assim dispunha: "Terminada a inquirição de testemunhas, o órgão do Ministério Público lerá a denúncia, e, a seguir, produzirá acusação".

Esse último *disegno di legge* foi elaborado pelos professores Francisco de Assis Toledo e Rogério Lúria Tucci e com o valioso concurso, na etapa de revisão, do mestre José Frederico Marques.

Segundo o Anteprojeto, a própria leitura da denúncia é dispensável, posto que pode ser modificada em função de nova classificação jurídica dada ao fato ou sofrer qualquer outro

¹² Esse dispositivo, como outros (12 a 30) da Lei n.º 1.521/51, foram revogados pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.1969, que deferiu competência ao juiz singular para o julgamento das infrações contra a economia popular.

¹³ Após permanecer vários anos no Senado, o projeto foi retirado pelo Poder Executivo.

tipo de correção. Dispõe o art. 476: "Encerrada a instrução, a palavra será concedida ao Ministério Público que promoverá a acusação, nos limites da pronúncia, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante". Os parágrafos 1.º, 2.º e 3.º estabelecem, respectivamente, que o assistente falará depois do Ministério Público; que em se tratando de ação penal de iniciativa privada, falará em primeiro lugar o querelante e, em seguida, o Ministério Público e que, finda a acusação, terá a palavra a defesa.

Somente o zelo arqueológico com determinadas fórmulas do processo de feição imperial justificaria a manutenção do libelo, como se a simples leitura desta peça em plenário caracterize um ato de repercussão no espírito dos jurados.

Quanto ao requerimento de provas e de diligências, que constitui atualmente uma das partes do libelo, o Anteprojeto prevê o exercício de tal faculdade após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia. Conforme o art. 419, será aberta vista dos autos à acusação e à defesa, sucessivamente pelo prazo de cinco dias para requerimento de provas e diligências. Quanto às testemunhas a serem ouvidas em plenário, o parágrafo único do art. 419 do Anteprojeto conserva o mesmo número previsto pelo CPP (arts. 417, § 2.º e 421, parágrafo único).

Nenhuma dificuldade, nenhum cerceamento, portanto. Busca-se, desta forma, simplificar o procedimento e evitar nulidades.

3.6. O preparo do processo

Obviamente a figura de um *juiz preparador* não constitui novidade, posto que o magistrado que presidiu a instrução ou, segundo as leis locais de organização judiciária, quem o suceder no procedimento, deve adotar as providências para preparar o processo visando o julgamento da causa perante o Júri. É o que dispõe o art. 425 do CPP: "O presidente do Tribunal do Júri, depois de ordenar, de ofício, ou a requerimento das partes, as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse à decisão da causa, marcará dia para o julgamento, determinando sejam intimadas as partes e as testemunhas".

Na ausência do libelo, o juiz-preparador: a) deliberará sobre os requerimentos de prova; b) ordenará as diligências necessárias para sa-

nar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa; c) relatará o processo, determinando a sua inclusão na pauta do Tribunal do Júri.

Como se verifica, o relatório escrito é uma inovação proposta pelo Anteprojeto. Trata-se de providência muito mais adequada que o tradicional relatório oral produzido em plenário do Júri e, geralmente ouvido com indiferença pelas partes e julgadores quando não revela sugestiva e arbitrária dicção em certos trechos da exposição. A importância do relatório escrito é considerável, posto que o jurado, ao ser convocado pelo correio, receberá, obrigatoriamente, cópia da pronúncia e do relatório. E, quando possível, também cópias da denúncia e das alegações finais da acusação e da defesa (art. 435 e § 1.º).

3.7. O alistamento dos jurados

Sob este aspecto, o Anteprojeto amplia o universo das possibilidades de formação de conselhos de sentença que, efetivamente, representem parcelas difusas da comunidade. Nas comarcas de população superior a um milhão de habitantes, o número geral de alistados será 800 a 1.500 jurados; o número será de 300 a 700 nas comarcas de mais de cem mil habitantes, enquanto que o alistamento alcançará o total de 80 a 400 nas comarcas de menor densidade demográfica.

Além dos centros de consulta atualmente previstos no CPP, o Anteprojeto sugere que o alistamento abranja as associações de classe, entidades associativas, instituições de ensino e outros núcleos comunitários (arts. 422 e 423).

3.8. O desaforamento

O CPP prevê o desaforamento nas seguintes hipóteses: a) interesse da ordem pública; b) dúvida sobre a imparcialidade do Júri; c) da segurança pessoal do réu; e d) demora na realização do julgamento após recebido o libelo (art. 424 e parágrafo único).

Com a proposta ora apresentada, mantém-se o elenco de possibilidades do desaforamento, mas concede-se legitimidade ao assistente do Ministério Público para requerer a medida (art. 426). São óbvias as razões de tal orientação que procura consagrar precedentes de jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal¹⁴.

3.9. O sorteio e a convocação dos jurados

Serão 35 e não mais 21 os jurados sorteados para cada reunião¹⁵.

O CPP exige que um menor de 18 (dezoito) anos retire da urna geral as cédulas com os nomes dos jurados, as quais serão recolhidas a outra urna, ficando a chave respectiva em poder do juiz (art. 428).

Trata-se de previsão geralmente não atendida e desnecessária se houver outro critério de controle. É o que sugere o Anteprojeto ao dispensar a presença do menor e determinando a designação de audiência específica de sorteio, presidida pelo juiz a portas abertas e intimadas as partes (arts. 432 e 433). Tais modificações têm a finalidade de impedir manipulações ilícitas em fase tão relevante do procedimento. A realização de uma audiência pública de sorteio e a presença das partes constituem garantias indispensáveis para o crédito e a democratização do processo de seleção dos juizes populares.

O chamamento dos prováveis julgadores se fará pelo correio e a relação dos convocados terá a publicidade adequada à importância do ato. Com o expediente de convocação o jurado receberá, obrigatoriamente, cópia da pronúncia e do relatório. E, se for possível, o cartório do Juízo encaminhará, também, cópias da denúncia e das alegações das partes (arts. 434 e 435).

Estas providências se justificam à luz de duas coordenadas: a) simplificam a chamada, dispensando a notificação pessoal que é onerosa e demorada; b) oferecem aos convocados informações oficiais sobre o autor e o delito que serão objeto de julgamento.

É preferível que o sistema forneça tais elementos aos chamados *juizes de fato* em lugar de admitir a entrega de memoriais pela acusação ou pela defesa. Como é evidente, a iniciativa da parte tem o inconveniente de apontar para um só caminho a solução da causa. O acusador e o defensor colocam nos protagonistas do drama a máscara melhor afeiçoada à imagem que estão modelando.

¹⁵ Como é cuñal, reunião e sessão constituem eventos distintos. A reunião periódica é o conjunto das sessões, individualmente consideradas. Cada uma destas corresponde a um julgamento realizado.

¹⁴ RTJ 487/35; 45/461.

3.10. A função do jurado

Segundo o art. 437 do CPP, "o exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo, bem como preferência, em igualdade de condições, nas concorrências públicas". Além de tais prerrogativas, o serviço em favor da administração da justiça deve proporcionar outros estímulos para atrair os cidadãos no cumprimento de uma extraordinária missão democrática.

Para uma população carente de justiça, frustrada com as promessas institucionais não cumpridas e oprimida pelo grande e dispersivo volume de impostos, o simples convite para integrar a magistratura popular não é, por si só, muito acolhedor. Daí a necessidade de se prever outros benefícios.

O Anteprojeto estabelece que o cumprimento efetivo do papel de magistrado popular garantirá, em igual condição com outro candidato, o provimento mediante concurso, em cargo ou função pública, ou promoção funcional (art. 440).

3.11. Impedimentos, suspeições e incompatibilidades dos jurados

A fórmula ora sugerida para regular as hipóteses de impedimentos, suspeições e incompatibilidades procura absorver as regras já vigentes no processo civil além de acolher orientação de doutrina e da jurisprudência a respeito de situações atualmente não consagradas de modo expresso no Código.

A matéria está mal disciplinada no texto atual e exige aprimoramento compatível com a sua extraordinária repercussão no sensível e delicado quadro das disponibilidades funcionais e morais do magistrado.

Além das causas de impedimento previstas pelo art. 462 do CPP¹⁶, acrescenta-se a relativa às pessoas que mantenham união estável reconhecida como entidade familiar.

O Anteprojeto declara que "não poderá servir o jurado que: I - tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, indepen-

¹⁶ CPP "Art. 462. São impedidos de servir no mesmo conselho marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados, durante o cunhado, tio e sobrinho, padras-tro ou madrasta e enteado".

dentemente da causa determinante do julgamento posterior; II - no caso do concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou outro acusado; III - tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado" (art. 449).

3.12. A instrução plenária e os debates

A possibilidade deferida ao acusador, ao defensor e ao jurado de interrogarem o réu - e na forma direta - é uma das inovações do *disegno di legge*. Também é prevista a inquirição direta das testemunhas (*cross examination*) pelas partes e pelos jurados, após colhido o depoimento pelo Juiz de Direito (art. 473 e parágrafo único do art. 474).

O sistema proposto - e na prática já adotado por muitos magistrados, na interpretação do art. 467 do CPP¹⁷ - procura atender o *princípio da imediação*, definido como a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, permitindo a melhor colheita de material visando o maior conhecimento dos fatos objeto de decisão. Neste sentido é a melhor doutrina como se poderá verificar em Marques Porto¹⁸, Damásio E. de Jesús¹⁹ e Roberto Paredes²⁰.

Para compatibilizar o sistema ora proposto com a regra geral da inquirição de testemunhas, foi aprovado um anteprojeto específico dando a seguinte redação ao art. 212 do CPP: "As perguntas da parte serão formuladas diretamente à testemunha, indeferindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida".

O registro mais dinâmico e eficiente da

¹⁷ A 1.ª Câmara Criminal do TJ do Rio de Janeiro declarou a nulidade do julgamento pelo júri por não se observar a formalidade essencial da inquirição direta das testemunhas em plenário (Apel. crim. n.º 11.521, de Itaguaí, Rel. Des. Edgar Maria Teixeira, precedente citado por ROBERTO PAREDES, José, em *A inquirição direta das testemunhas no Júri*, Editora Liber Juris, RJ, 1985, p. 22).

¹⁸ MARQUES PORTO, Hermínio Alberto. *Júri - Procedimentos e aspectos do julgamento - Questionário*, Malheiros Editores, SP, 1993, 7.º ed., p. 130 e nota n.º 226.

¹⁹ EVANGELISTA, Damásio de Jesus. *Código de Processo Penal Anotado*, Ed. Saraiva, SP, 1989, p. 296.

²⁰ ROBERTO PAREDES, José. *A inquirição direta da testemunhas no Júri*, cit., p. 51 e ss.

prova colhida em audiência é uma das providências absolutamente necessárias para libertar os protagonistas do Tribunal do Júri da *servidão humana* a que têm sido condenados durante todo o tempo de vigência do sistema de gravação manuscrita e, depois, datilográfica. O art. 475 do Anteprojeto exige, sempre que possível, o registro do interrogatório, dos depoimentos e das declarações pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade da prova.

Há necessidade, imperiosa e urgente, de libertar os participantes essenciais do processo da tormentosa aventura de navegar no universo da prova testemunhal com os antigos *barcos a vela* e os *diários de bordo*, escritos com a pena de ganso. Não se admite que, à margem do progresso da ciência e da tecnologia, os instrumentos para a busca da verdade material continuem sendo as *peças de museu* com as quais o magistrado e as partes pretendem recontar a história e a biografia dos personagens da causa penal.

Outra inovação relevante do Anteprojeto se contém na possibilidade deferida ao jurado de, a qualquer momento, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, bem como o esclarecimento sobre fato por ele alegado (art. 480). A intervenção, feita através do presidente do Conselho de Sentença, tem, entre outros, os seguintes objetivos: *a)* a busca da verdade material; *b)* o estímulo ao comportamento ético da parte que, embora comprometida com uma das versões da causa, tem o dever de lealdade na leitura de documentos e narração de fatos.

Atualmente o jurado tem, apenas, a faculdade de solicitar a indicação da folha dos autos onde estaria a peça lida ou mencionada pelo acusador ou defensor. Com a proposta amplia-se a capacidade de participação do *juiz de fato* que deixa de ser um mero *interlocutor mudo* conduzido pela habilidade verbal ou astúcia do orador.

Também merece destaque a oportunidade deferida ao jurado para examinar os autos e o instrumento do crime, logo após encerrados os debates e ainda em sessão pública (art. 480, § 3.º) e não apenas na sala secreta como ocorre no sistema vigente (CPP art. 482).

3.13. *A redação e a votação dos quesitos*

O art. 482 resgata uma regra que no CPP está incrustada no inciso que trata da elaboração de diferentes quesitos (art. 484, VI), para indicá-la como *declaração de princípio* válida para todo o sistema. Com efeito, assim dispõe o art. 482: “Os quesitos serão redigidos em proposições simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente terá em conta os termos da pronúncia, do interrogatório e das alegações das partes”.

Como é óbvio, o jurado deve decidir sobre as chamadas *questões de fato* distintas das *questões de direito*.

A simplicidade na redação dos quesitos é uma exigência elementar para a busca da verdade e a realização da justiça.

A proposta no sentido da colheita do voto na sessão pública e não na sala secreta foi rejeitada. Antes de me dedicar à elaboração do Anteprojeto eu já admitia esse procedimento que teve a iniciativa do então Juiz de Direito do Rio de Janeiro, James Tubenchlak²¹. Em sua redação original o Anteprojeto assim dispunha: “Os quesitos serão respondidos na mesma sala dos debates, da qual será retirado o réu, zelando os oficiais de justiça pelo sigilo da votação” (art. 483, § 1.º). E para assegurar tal sigilo, o texto declarava que os oficiais deverão recolher, em urnas separadas, as cédulas correspondentes aos votos e as cédulas não utilizadas (art. 486, § 3.º), assim como ocorre atualmente.

Um avanço, porém, com a redação definitiva do texto foi conseguido ao se limitar o uso da sala secreta apenas para a cerimônia da coleta dos votos. Sem quaisquer novos comentários ou observações a respeito “de como votar” ou “sobre o que votar”, dúvidas que já deverão estar superadas com as perguntas e respostas em público. Com efeito e para evitar influências nocivas à liberdade de manifestação do

²¹ Ver, a propósito, a monografia do referido magistrado *Tribunal do Júri - contradições e soluções*, Ed. Forense, RJ, 1990, p. 290 e s.; o meu artigo “A publicidade dos julgamentos e a *sala secreta* do júri”, (RT 677/330), sustentando a colheita do voto em sessão aberta e o artigo, em sentido contrário, de Adriano Marrey publicado na RT 686/277, sob o mesmo título.

voto e as insinuantes explicações sobre o questionário, o Anteprojeto estabelece: "Art. 484. A seguir, o presidente lerá os quesitos e indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer, devendo constar da ata qualquer requerimento ou reclamação não atendida. Parágrafo único — *Ainda em plenário*, o presidente explicará aos jurados a significação de cada quesito".

A fórmula tem a *clareza de sol mediterrâneo*, como diria o inolvidável Nelson Hungria, em iluminada e calorosa imagem.

3.14. A simplificação do questionário

Pode-se afirmar que outro ponto onde o Anteprojeto alcança unanimidade de opinião é com a simplificação do questionário. É oportuna a reprodução de um trecho de meu artigo anterior²² sobre este aspecto: "No terreno operacional do Júri existe um vastíssimo *arsenal de nulidades* que se concentra no setor da formulação do questionário e de suas respostas. Com inegável autoridade da militância no Júri, vários mestres do processo penal têm reconhecido e proclamado essa realidade que compromete o prestígio da instituição do tribunal popular. Entre tantos, podem ser indicados Ary Franco²³, Tourinho Filho²⁴ e James Tubenchlak²⁵, que manifestam idêntica preocupação quanto às erronias do mencionado setor do procedimento.

O saudoso José Frederico Marques chegou a afirmar que "a complicada e difícil euremática (sic)²⁶ dos quesitos e questionários", foi uma criação dos "órgãos da superior instância, no exercício de útil política judiciária des-

tinada a tentar corrigir os abusos do júri"²⁷.

O Projeto de CPP (1983)²⁸ já simplificava o questionamento ao declarar que "aos jurados compete decidir sobre a inocência ou a culpabilidade dos acusados de autoria ou co-autoria de crime doloso contra a vida. Reconhecida a culpabilidade do acusado, compete ainda aos jurados decidir sobre a existência de circunstâncias que tornem o crime privilegiado ou qualificado" (art. 562.e parágrafo único).

A sensibilidade e a experiência de seus redatores absorveram uma antiga e renovada aspiração dos profissionais do Júri. A tortuosa elaboração do questionário e a atmosfera de suspense gerada na chamada *sala secreta* e a colheita dos votos caracterizam modalidades de *penas atípicas* impostas aos participantes do processo. Nestas ocasiões, a "pena" vai para muito além da pessoa do delinqüente.

Os quesitos essenciais propostos pelo Anteprojeto são apenas três e estão previstos no art. 483: "Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando: I - a materialidade do fato; II - a autoria ou a participação; III - se o acusado deve ser condenado".

Se a resposta a qualquer deles for negativa, a votação estará encerrada e o caso julgado, como é óbvio.afirmando que o réu deve ser condenado, o Júri passará a deliberar sobre: "IV - se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; V - se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia".

O parágrafo 1.º do aludido artigo estabelece que, sustentada a desclassificação da infração, será incluído quesito a respeito, para ser respondido em seguida à afirmação da materialidade e da autoria. E o parágrafo 2.º dispõe que se houver mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas.

Considerando-se que o *juiz de fato* não precisa motivar a sua decisão, desnecessário se torna saber se a absolvição resulta do reconhecimento de uma causa de exclusão do crime

²² "Esboço para a reforma do Júri", cit., em RBCC, cit. p. 282.

²³ AZEVEDO, Ary Franco. *O Júri e a Constituição de 1946 - Comentários à Lei n.º 263, de 23 de fevereiro de 1948*, Ed. Livraria Freitas Bastos S/A, RJ, 1950, p. 163.

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Ed. Saraiva, SP, 1987, 4.º/72.

²⁵ Ob. cit. p. 117.

²⁶ No original, a expressão *heuremática* foi grafada sem a letra h. Cf. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, o termo significa o "complexo de normas para a aplicação dos heuremas". E por heurema entende-se a "prevenção ou cautela com o fim de assegurar a validade e eficácia de um ato jurídico" (*Novo dicionário da língua portuguesa*, Editora Nova Fronteira, RJ, 1986, p. 891).

²⁷ "O Júri", artigo da coletânea *Estudos de Direito Processual Penal*, Ed. Forense, RJ, 1960, p. 235.

²⁸ Projeto de Lei n.º 1.655, de 1983, publicado no *Diário do Congresso Nacional*, seção I - supl. de 1.7.1983.

ou de isenção de pena. É certo que, inicialmente, a sugestão do Anteprojeto era no sentido de submeter os jurados a tal indagação, com a seguinte regra: "Se o réu alegar, no interrogatório, ou nos debates a existência de causa de isenção de pena ou de exclusão do crime, o Júri será esclarecido sobre a natureza de cada uma delas, antes de responder o quesito sobre a condenação ou a absolvição" (§ 2.º do art. 486). Esta disposição era completada com a seguinte: "Art. 492. Em seguida, o presidente lavrará a sentença, com observância do seguinte: I - (...); II - no caso de absolvição: a) mencionará o fundamento legal da absolvição com referência à causa apresentada na defesa ou alegada nos debates".

Porém, na reunião de Belo Horizonte, a Comissão decidiu que a fórmula criaria dificuldades práticas ensejando a arguição de nulidade da votação. Daí a proposta para a sua exclusão, levando-se em conta que os critérios de julgamento pelo Júri são completamente distintos dos exigidos para a justiça togada. E os jurados não precisam motivar o voto para adequá-lo a uma das hipóteses do art. 386 do CPP.

É certo que tal orientação deixa de exercer influência no civil pelo desconhecimento, quando a resposta ao terceiro quesito for negativa, se os jurados acolheram uma causa de isenção de pena ou de exclusão de crime, cumulativamente alegadas pela defesa. No entanto, é preferível deixar em aberto a discussão sobre tal aspecto na instância civil que comprometer a simplificação e a eficiência do questionário assim como agora é proposto.

Especificamente sobre este aspecto é importante a releitura de Frederico Marques ao criticar a influência que a decisão do Júri exerce no campo das obrigações civis. Ele sustenta que até mesmo em caso de negativa de autoria a decisão criminal não exclui a responsabilidade civil *ex delicto*, segundo a interpretação dada ao art. 66 do CPP²⁹.

As circunstâncias agravantes e atenuantes serão objeto de decisão do juiz de direito. Com esta orientação, fica eliminada a obrigação de o juiz formular o quesito genérico sobre a existência de circunstância atenuante. Na prática esse proceder se converte, muitas vezes, em *necessário induzimento* dos jurados que, pro-

²⁹ FREDERICO MARQUES, José. "Júri e responsabilidade civil", em *Estudos*, cit., p. 250.

curando reduzir a pena do acusado, afirmam a ocorrência de atenuante, mas ignoram qual seja e se efetivamente existe. Torna-se imprescindível a intervenção do presidente do Conselho para a "escolha" da circunstância mais adequada à situação da causa. A atual regra do inciso III do art. 484³⁰ decorre da Lei n.º 263, de 23 de fevereiro de 1948.

A proposta do Anteprojeto³¹ restaura a orientação original do CPP. A propósito, vale a releitura da Exposição de Motivos: "A relativa individualização da pena, segundo as normas do estatuto penal que entrará em vigor a 1.º de janeiro do ano vindouro, não pode ser confiada ao *conselho de sentença*, pois exige, além da apreciação do fato criminoso em si mesmo, uma indagação em torno de condições e circunstâncias complexas, que não poderiam ser objeto de quesitos, para resposta, *de plano*. Assim ao *conselho de sentença*, na conformidade do que dispõe o projeto, apenas incumbirá afirmar ou negar o fato imputado, as circunstâncias elementares ou qualificativas, a desclassificação do crime acaso pedida pela defesa, as causas de aumento ou diminuição especial de pena e as causas de isenção de pena ou de crime. No caso em que as respostas sejam no sentido da condenação, a *medida* da pena caberá exclusivamente ao presidente do tribunal, pois, com o meditado estudo que já tem do processo, estará aparelhado para o ajustamento *in concreto* da pena aplicável ao réu³²."

3.15. A ata dos trabalhos

Aparentemente o setor relativo à ata dos

³⁰ "Art. 484. ...

Parágrafo único. Serão formulados quesitos relativamente às circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos arts. 44, 45 e 48 do Código Penal, observado o seguinte:

I - (...)

II - (...)

III- O juiz formulará, sempre, um quesito sobre a existência de circunstâncias atenuantes, tenham ou não sido articuladas ou alegadas".

³¹ "Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença, com observância do seguinte:

I - (...)

II- no caso de condenação:

a) fixará a pena-base;

b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates".

³² Item n.º XIV, grifos do original.

trabalhos do Júri não sofreu grandes modificações, se compararmos o texto do Anteprojeto com o do diploma vigente, ambos subordinados aos mesmos artigos (494, 495 e 496). No entanto, existem *três* alterações significativas: a primeira delas determina que a ata seja assinada pelas partes, abrangendo não apenas o MP — como atualmente ocorre — mas, também, a defesa e o assistente do MP (art. 494); a segunda determina que da ata conste, além dos debates, “as alegações das partes, com os respectivos fundamentos” (art. 495, XV); e a terceira estabelece que a ata deverá declarar a publicidade “dos atos da instrução plenária, das diligências e da sentença” (art. 495, XVIII).

Atualmente, da ata deve constar “o relatório e os debates orais” (CPP art. 495, XVI). Mas, o relatório sugerido pelo Anteprojeto é *escrito* e redigido pelo juiz-preparador (art. 420, II) e em lugar de se registrar apenas a existência dos debates orais, o *disegno di legge* exige a consignação dos *fundamentos* das alegações das partes. Como é curial, esta complementação tem o importante objetivo de facilitar o julgamento da apelação quando se alega que a decisão do Júri foi manifestamente contrária à prova dos autos.

Por outro lado, no texto em vigor, a ata deve mencionar “a publicação da sentença, na presença do réu, a portas abertas” (art. 495, XVIII). Mas, a publicidade deve ir mais além. Daí a proposta no sentido de ser ela uma característica, também, dos atos da instrução plenária e das diligências.

3.16. *A supressão do protesto por novo júri*

A proposta da supressão do recurso de protesto por novo júri (CPP arts. 607 e 608), tem recebido integral apoio dos profissionais do foro criminal em geral e dos militantes do Júri em particular. Trata-se de uma imposição dos tempos modernos e da necessidade de se aplicar a pena justa ao caso concreto. Tentarei justificar estas duas premissas.

Historicamente, o *protesto* se impunha em face do sistema criminal do Império cominar as penas de morte e de galés perpétuas, justificando a revisão obrigatória do julgamento. Nos tempos modernos, a supressão já foi sustentada por Borges da Rosa e pelo mais fervoroso defensor do tribunal popular: o magistrado Magarinos Torres que, presidindo durante tantos anos o Conselho de Sentença averbou este

recurso de supérfluo e inconveniente³³.

Quanto ao aspecto da *pena justa* forçoso é reconhecer que, embora condenados por homicídio com mais de uma qualificadora, muitos réus são beneficiados com a pena de reclusão inferior a 20 (vinte) anos. Tal *estratégia* tem o claro objetivo de impedir o novo Júri que se realizará mediante o simples protesto, sem necessidade do processo chegar ao tribunal de apelação. Procura-se, com esse expediente, fugir dos ônus de um novo julgamento com a fatigante reencenação da vida e da morte dos personagens do fato delituoso. Pretende-se, igualmente, evitar os riscos de uma absolvição do réu que já foi condenado. A manobra tem um evidente sentido ilusório da justiça material. Com efeito, aplicando-se em caso de homicídio intensamente qualificado a pena inferior a 20 (vinte) anos, o Juiz deixa de reprová-la necessária e suficientemente a conduta ilícita.

ANEXO

PROJETO DE LEI N.º

Altera a redação dos artigos 406 a 497 do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

Art. 1.º O Capítulo III, do Título I, do Livro II e os artigos 406 a 497 do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - Passam a ter a seguinte redação:

“CAPÍTULO III

Do procedimento relativo aos processos de competência do

Tribunal de Júri

SEÇÃO I

Da pronúncia, da impronúncia e da absolvição sumária

Art. 406. Encerrada a instrução, terão vista dos autos, para alegações, o Ministério Público e o assistente, pelo prazo comum de 5 (cinco) dias, e, em seguida, a defesa, por igual prazo.

§ 1.º Se houver querelante, terá este vista dos autos antes do Ministério Pú-

³³ Estes mestres do processo penal são referidos por ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Ed. Borsoi, RJ, 1955, VI/217.

blico, pelo mesmo prazo.

“§ 2.º Nenhum documento será juntado nesta fase do processo.

Art. 407. Decorridos os prazos de que trata o artigo anterior, os autos serão conclusos, dentro de 2 (dois) dias, ao presidente do Tribunal do Júri para saneamento de nulidade ou suprimento de falta que prejudique o esclarecimento da verdade, inclusive inquirindo testemunhas (art. 209), e decisão, na forma dos artigos seguintes.

Art. 408. Se o juiz se convencer da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, pronunciará o acusado e o sujeitará a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Parágrafo único. Na pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o acusado e decidirá, motivadamente, sobre a manutenção de prisão ou medida restritiva de liberdade (art. 319), anteriormente decretada, e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade de sua decretação, atendidos os requisitos do art. 312.

Art. 409. Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

Art. 410. A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação dos requisitos estabelecidos no art. 408.

Art. 411. O juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na denúncia ou na queixa, embora o acusado fique sujeito à pena mais grave, atendendo-se, se for o caso, ao disposto no art. 415 e seu parágrafo.

Art. 412. Se nos autos houver indícios de autoria ou participação de outras pessoas não incluídas na denúncia ou na queixa, o juiz, ao proferir a decisão de pronúncia, ou a impronúncia, determinará que os autos voltem ao Ministério Público ou ao querelante para aditamento da inicial e demais diligências.

Art. 413. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de

participação, o juiz impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá o processo ser reaberto, se houver novas provas.

Art. 414. O juiz absolverá desde logo o acusado, quando:

I - estiver provada a inexistência do fato;

II- o fato não constituir infração penal;

III- existir causa de isenção de pena ou de exclusão do crime (Código Penal, arts. 20, 21, 22, 23 e 28, § 1.º).

Art. 415. Quando o juiz se convencer, em discordância com a denúncia ou a queixa, da existência de crime diverso dos referidos no art. 74, § 1.º, e não for o competente para julgá-lo, remeterá o processo ao juiz que o seja. Em qualquer caso, será reaberto prazo para defesa e requerimento de provas, prosseguindo-se na forma do procedimento ordinário.

Parágrafo único. Remetido o processo a outro juiz, à disposição deste ficará o acusado preso.

Art. 416. Nos Estados onde a lei local de organização judiciária não atribuir a decisão de pronúncia ao presidente do Tribunal do Júri, o juiz competente procederá na forma dos artigos anteriores.

Art. 417. A intimação da decisão de pronúncia será feita:

I - ao acusado pessoalmente, se estiver preso, e ao seu defensor;

II - ao defensor constituído, quando solto o acusado, ao querelante e ao assistente do Ministério Público, na forma do § 1.º do art. 370;

Parágrafo único. O Ministério Público e o defensor dativo serão intimados pessoalmente.

Art. 418. Se houver mais de um acusado, o processo somente prosseguirá em relação ao que for intimado da pronúncia.

Art. 419. Transitada em julgado a

decisão de pronúncia, que especificará as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena, e somente poderá ser modificada pela verificação de circunstância superveniente que altere a classificação do crime, será aberta vista dos autos à acusação e à defesa, sucessivamente, pelo prazo de 5 (cinco) dias, para requerimento de provas e diligências.

Parágrafo único. Poderão ser arroladas, no máximo, 5 (cinco) testemunhas pela acusação e 5 (cinco) pela defesa para inquirição em plenário.

SEÇÃO II

Do preparo do processo

Art. 420. Deliberando sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas em plenário do júri, e adotadas as providências devidas, o juiz:

I - ordenará as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa;

II - relatará o processo, determinando sua inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri.

Art. 421. Quando a lei local de organização judiciária não atribuir ao presidente do Tribunal do Júri o preparo para julgamento, o juiz competente remeter-lhe-á o processo preparado até 5 (cinco) dias antes do sorteio a que se refere o art. 433. Deverão também ser remetidos, após esse prazo, os processos que forem sendo preparados até o encerramento da reunião.

SEÇÃO III

Do alistamento dos jurados

Art. 422. Anualmente serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri, sob sua responsabilidade e mediante escolha procedida pelo conhecimento pessoal ou informação fidedigna, oitocentos a mil e quinhentos jurados nas comarcas de mais de um milhão de habitantes; trezentos a setecentos nas comarcas de mais de cem mil habitantes, e oitenta a quatrocentos nas comarcas de menor população.

Parágrafo único. Nas comarcas onde

for necessário, será organizada lista de jurados suplentes, depositadas as cédulas em urna especial, com as cautelas mencionadas na parte final do § 2.º do art. 425.

Art. 423. O juiz requisitará às autoridades locais, associações de classe, entidades associativas, instituições de ensino, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários, a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado (arts. 436 a 446).

Art. 424. A lista geral, publicada até o dia 10 de novembro de cada ano, poderá ser alterada, de ofício ou mediante reclamação de qualquer do povo, até o dia 10 de dezembro, data de sua publicação definitiva.

§ 1.º Da decisão que excluir jurado da lista geral caberá recurso de agravo, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 2.º Nenhum jurado poderá permanecer na lista por mais de 2 (dois) anos consecutivos.

Art. 425. A lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, será divulgada pela imprensa e em editais afixados à porta do edifício do Tribunal do Júri.

§ 1.º Juntamente com a lista serão transcritos os arts. 436 a 446 que dispõem sobre a função de jurado.

§ 2.º Os nomes e endereços dos alistados, em cartões iguais, após verificados na presença do Ministério Público e de advogado indicado pela Seção local da Ordem dos Advogados do Brasil, permanecerão guardados em urna fechada a chave, sob a responsabilidade do juiz.

SEÇÃO IV

Do desaforamento

Art. 426. Se o interesse da ordem pública o reclamar, ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal de Justiça, a requerimento do Ministério Público, do assistente do querelado, ou do acusado, ou mediante representação do juiz competente, poderá desaforar o julgamento para comarca próxima, onde não existam aqueles motivos.

§ 1.º O procedimento atenderá às disposições deste Código e do regimento interno do tribunal competente, ouvindo-se o juiz, quando a medida não for por ele solicitada.

§ 2.º Efetivado o julgamento, não mais se admitirá o pedido de desaforamento, salvo quanto a fato ocorrido durante ou após a realização de julgamento anulado.

Art. 427. O desaforamento também poderá ser determinado, a requerimento do acusado, se o julgamento não for realizado no período de 1 (um) ano, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia;

§ 1.º Para a contagem do prazo referido neste artigo não se computará o tempo de adiamentos, diligências ou incidentes de interesse da defesa.

§ 2.º Na instrução e julgamento do pedido observar-se-á o disposto no § 1.º do artigo anterior.

SEÇÃO V

Da organização da pauta

Art. 428. Salvo motivo relevante, que autorize alteração na ordem dos julgamentos, terão preferência os de:

I - presos;

II - dentre eles, os que estiverem há mais tempo na prisão;

III - em igualdade de condições, os precedentemente pronunciados.

Art. 429. Antes do dia designado para o primeiro julgamento da reunião periódica, será afixada na porta do edifício do Tribunal do Júri a lista dos processos a serem julgados, obedecida a ordem do artigo anterior.

Parágrafo único. O juiz reservará datas na mesma reunião periódica para a inclusão de processo que tiver o julgamento adiado em razão da ausência do Ministério Público, do defensor ou do curador do acusado (arts. 455 e 456).

Art. 430. O assistente somente será admitido se tiver requerido sua habilitação até 5 (cinco) dias antes da data da sessão na qual pretenda atuar.

Art. 431. Estando o processo em ordem, o juiz mandará intimar as partes,

as testemunhas e os peritos para a sessão de instrução e julgamento, observando, no que couber, o disposto no art. 418.

Parágrafo único. Os jurados serão sorteados e convocados para a reunião, na forma dos arts. 432 a 435.

SEÇÃO VI

Do sorteio e da convocação dos jurados

Art. 432. Em seguida à organização da pauta, o juiz designará dia e hora para o sorteio dos jurados, intimados o Ministério Público e os defensores dos acusados que serão julgados na reunião.

Art. 433. O sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de 35 (trinta e cinco) jurados, para a reunião periódica ou extraordinária.

§ 1.º O sorteio será realizado entre o décimo quinto e o décimo dia útil antecedente à instalação da reunião.

§ 2.º A audiência de sorteio não será adiada pelo não comparecimento das partes.

§ 3.º O jurado não sorteado poderá ter o seu nome reincluído para as reuniões futuras.

Art. 434. Os jurados serão convocados pelo correio para comparecer no dia e hora designados para a reunião, sob as penas da lei.

Parágrafo único. Serão afixados à porta do edifício do Tribunal do Júri a relação dos jurados convocados, bem como os nomes do acusado, dos procuradores das partes e das testemunhas, além do dia, hora e local das sessões.

Art. 435. Ao serem convocados, os jurados receberão cópias da pronúncia e do relatório.

§ 1.º Quando possível, o juiz mandará distribuir cópias da denúncia e das alegações finais da acusação e da defesa.

§ 2.º No mesmo expediente de convocação serão transcritos os arts. 436 a 446.

SEÇÃO VII

Da função do jurado

Art. 436. O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 21 (vinte e um) anos, residentes na comarca e de reputação ilibada.

Art. 437. Estão isentos do serviço do júri:

I - o Presidente da República e os ministros de Estado;

II - os Governadores ou Interventores de unidades federativas, e seus respectivos secretários;

III - os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras Municipais, enquanto durarem as suas reuniões;

IV - os Prefeitos municipais;

V - Os magistrados e membros do Ministério Público;

VI - os serventuários da justiça e os funcionários do Poder Judiciário;

VII as autoridades e servidores da Polícia e da Segurança Pública;

VIII - os militares em serviço ativo;

IX - os médicos;

X - os cidadãos maiores de 70 (setenta) anos;

XI - aqueles que o requererem, demonstrando justo impedimento.

Art. 438. A recusa ao serviço do júri, fundada em convicção religiosa, filosófica ou política, importará na perda ou suspensão de direitos políticos, na forma da Constituição.

Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo.

Art. 440. Constitui também direito do jurado, na condição do artigo anterior, preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas e no provimento, mediante concurso, em cargo ou função pública, ou promoção funcional.

Art. 441. Nenhum desconto será feito nos vencimentos ou salários do jurado sorteado que comparecer à sessão do júri.

Art. 442. O jurado que, sem causa legítima, deixar de comparecer no dia marcado para a sessão, não poderá exercer os direitos previstos nos arts. 439 e 440.

Parágrafo único. Somente será aceita escusa apresentada até o momento da chamada dos jurados e fundada em motivo relevante, devidamente comprovado.

Art. 443. O jurado que, tendo comparecido à sessão, retirar-se antes de ser dispensado pelo presidente, incorrerá na perda dos direitos previstos nos arts. 439 e 440.

Art. 444. O jurado somente será dispensado por decisão motivada do juiz, consignada na ata dos trabalhos.

Art. 445. O jurado será responsável criminalmente, nos casos de concussão, corrupção passiva ou prevaricação (Código Penal, arts. 316, 317, §§ 1.º e 2.º e 319).

Art. 446. Aos suplentes, quando convocados, serão aplicáveis os dispositivos referentes às dispensas, faltas e escusas, bem como à equiparação de responsabilidade penal, prevista no artigo anterior.

SEÇÃO VIII

Da composição do Tribunal do Júri e da formação do

Conselho de Sentença

Art. 447. O Tribunal do Júri é composto por um Juiz de Direito, seu presidente, pelo *Conselho de Sentença* integrado por 7 (sete) jurados, sorteados no dia da sessão de julgamento dentre os 35 (trinta e cinco) escolhidos na forma do art. 433.

Art. 448. Estarão impedidos de servir no mesmo Conselho: marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados, durante o cunhadio, tio e sobrinho, padrasco ou madrasta e enteado.

§ 1.º O mesmo impedimento ocorrerá em relação às pessoas que mantenham união estável reconhecida como entidade familiar.

§ 2.º Aplicar-se-á aos jurados o disposto neste Código sobre os impedimentos a suspeição e as incompatibilidades

dos juizes togados.

Art. 449. Não poderá servir o jurado que:

I - tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior;

II - no caso do concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado;

III - tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado.

Art. 450. Dos impedidos entre si por parentesco ou relação de convivência, servirá o que houver sido sorteado em primeiro lugar.

Art. 451. Os jurados excluídos por impedimento, suspeição ou incompatibilidade, serão computados para a constituição do número legal exigível para a realização da sessão.

Art. 452. O mesmo Conselho de Sentença poderá conhecer de mais de um processo, no mesmo dia, se as partes estiverem de acordo, hipótese em que seus integrantes deverão prestar novo compromisso.

SEÇÃO IX

Da reunião e das sessões do Tribunal do Júri

Art. 453. O Tribunal do Júri reunir-se-á para as sessões de instrução e julgamento nos períodos e na forma estabelecida pela lei local de organização judiciária.

Art. 454. Até o momento de abrir os trabalhos da sessão, o juiz decidirá os casos de isenção e dispensa de jurados e o pedido de adiamento de julgamento, mandando consignar em ata as deliberações.

Art. 455. Se o Ministério Público não comparecer, o juiz adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, científicas as partes e as testemunhas.

Parágrafo único. O fato será imediatamente comunicado ao Procurador-Geral, com a data designada para a nova sessão.

Art. 456. Se a falta, sem escusa legítima, for do defensor ou do curador do acusado, e se outro não for por este constituído, ou nomeado pelo juiz, serão adotadas as providências referidas no artigo anterior, dirigindo-se a comunicação ao presidente da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Art. 457. O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado.

§ 1.º A ação penal de iniciativa exclusivamente privada será declarada premissa no caso da ausência do advogado do querelante, sem motivo justificável.

§ 2.º Se o acusado preso não for conduzido, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião.

Art. 458. Se a testemunha, sem justa causa, deixar de comparecer, o presidente, sem prejuízo da ação penal pela desobediência, poderá adotar as providências do art. 218, desde que não impliquem adiamento da sessão.

Art. 459. Aplicar-se-á às testemunhas a serviço do Tribunal do Júri o disposto no art. 441.

Art. 460. Antes de constituído o Conselho de Sentença, as testemunhas serão recolhidas a lugar de onde umas não possam ouvir os depoimentos das outras.

Art. 461. O julgamento não será adiado pelo não comparecimento de testemunha, salvo se uma das partes tiver requerido a sua intimação por mandado, na oportunidade do art. 419, declarando não prescindir do depoimento e comprovando a sua localização.

§ 1.º Se, intimada, a testemunha não comparecer, o juiz suspenderá os trabalhos e mandará conduzi-la, ou adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido, ordenando a sua condução.

§ 2.º O julgamento será realizado se a testemunha não for encontrada no local indicado e assim for certificado por oficial de justiça.

Art. 462. Procedidas as diligências referidas nos artigos anteriores, o presidente verificará se a urna contém as cédulas dos 35 (trinta e cinco) jurados sorteados, mandando que o escrivão lhes proceda a chamada.

Art. 463. Não havendo o número referido no artigo anterior, proceder-se-á ao sorteio de tantos suplentes quantos necessários e designar-se-á nova data para a sessão do júri.

Parágrafo único. Os nomes dos suplentes serão consignados em ata, remetendo-se o expediente de convocação, com observância do disposto nos arts. 434 e 435.

Art. 464. Comparecendo, pelo menos, 21 (vinte e um) jurados, o presidente declarará instalados os trabalhos, anunciando o processo que será submetido a julgamento.

Parágrafo único. O oficial de justiça fará o pregão, certificando a diligência nos autos.

Art. 465. Comparecendo o acusado, o presidente perguntar-lhe-á o nome, a idade e a filiação e se tem advogado, nomeando-lhe um, se não o tiver.

§ 1.º Tratando-se de acusado menor de 21 (vinte e um) anos, o defensor exercerá também a função de curador.

§ 2.º Na hipótese de nomeação de defensor, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido.

§ 3.º O julgamento será adiado somente uma vez, devendo o acusado ser julgado quando chamado novamente. Neste caso, a defesa será feita por quem o juiz tiver nomeado, ressalvado ao acusado o direito de ser defendido por advogado de sua escolha, desde que esteja presente.

Art. 466. Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o presidente esclarecerá sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades constantes dos arts. 448 e 449.

§ 1.º O juiz também advertirá os jurados que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Con-

selho.

§ 2.º A incomunicabilidade será certificada nos autos pelos oficiais de justiça.

Art. 467. Verificando que se encontram na urna as cédulas relativas aos jurados presentes, o presidente sorteará 7 (sete) dentre eles para a formação do Conselho de Sentença.

Art. 468. À medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o presidente as lerá, e o Ministério Público e, depois dele, a defesa, poderão recusar os jurados sorteados, até 3 (três) cada parte, sem motivar a recusa.

Art. 469. Se forem dois ou mais os acusados, poderão as recusas ser feitas por um só defensor, não convindo nisto e se não coincidirem as recusas, dar-se-á a separação dos julgamentos, prosseguindo-se apenas no do acusado que houver aceito o jurado.

Parágrafo único. O acusado que, pela recusa do jurado, tiver dado causa à separação, será julgado na sessão do primeiro dia desimpedido.

Art. 470. Desacolhida arguição de impedimento, de suspeição ou de incompatibilidade contra o presidente do tribunal, representantes do Ministério Público, jurado ou qualquer funcionário, o julgamento não será suspenso, devendo, entretanto, constar da ata o seu fundamento e a decisão.

Art. 471. Se, em consequência do impedimento, suspeição, incompatibilidade, dispensa ou recusa, não houver número para a formação do Conselho, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido, após sorteados os suplentes, com observância do disposto no art. 464 e seu parágrafo.

Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se e, com ele todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

“Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão, de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça”.

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

“Assim o prometo”.

SEÇÃO X

Da instrução plenária

Art. 473. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária com o interrogatório do acusado, se estiver presente, na forma estabelecida no Livro I, Título VII, Capítulo III, com as alterações introduzidas nesta seção.

Parágrafo único. As partes e os jurados poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado.

Art. 474. Findo o interrogatório, o juiz, o Ministério Público, o assistente e o defensor do acusado inquirirão, sucessiva e diretamente as testemunhas arroladas pela acusação, observado o disposto no art. 212.

§ 1.º Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e o critério estabelecidos neste artigo.

§ 2.º Os jurados também poderão formular as perguntas diretamente às testemunhas.

Art. 475. Sempre que possível, o registro do interrogatório e dos depoimentos será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter a maior fidelidade da prova.

Parágrafo único. A transcrição do registro constará dos autos.

SEÇÃO XI

Dos debates

Art. 476. Encerrada a instrução, a palavra será concedida ao Ministério Público que promoverá a acusação, nos limites da pronúncia, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante.

§ 1.º O assistente falará depois do Ministério Público.

§ 2.º Tratando-se de ação penal de iniciativa privada, falará em primeiro lugar o querelante e, em seguida, o Mi-

nistério Público.

§ 3.º Finda a acusação, terá a palavra a defesa.

Art. 477. A acusação poderá replicar e a defesa treplicar, sendo admitida a reinquirição de testemunha já ouvida em plenário.

Art. 478. O tempo destinado à acusação e à defesa será de 2 (duas) horas para cada uma, e de meia hora para a réplica e outro tanto para a tréplica.

§ 1.º Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo que, na falta de acordo, será dividido pelo presidente, de forma a não exceder o determinado neste artigo.

§ 2.º Havendo mais de um acusado, o tempo para a acusação e a defesa será, em relação a todos, acrescido de 1 (uma) hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica, observado o disposto no parágrafo anterior.

Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a produção ou a leitura de documento que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito cujo conteúdo versar sobre matéria de fato.

Art. 480. O jurado poderá, a qualquer momento e por intermédio do presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, bem como o esclarecimento de fato por ele alegado.

§ 1.º Concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos.

§ 2.º Se houver dúvida sobre questão de fato, o presidente prestará esclarecimentos ou mandará que o escrivão os dê, à vista dos autos.

§ 3.º Os jurados, nesta fase do procedimento, terão acesso aos autos, bem como dos instrumentos do crime, se solicitarem ao presidente.

Art. 481. Se a verificação de qualquer fato, reconhecida como essencial para o julgamento da causa, não puder ser realizada imediatamente, o presidente dissolverá o Conselho, ordenando a realização das diligências entendidas necessárias.

Parágrafo único. Se a diligência consistir na produção de prova pericial, o presidente, desde logo, nomeará perito e formulará quesitos, facultando às partes também formulá-los, no prazo de 5 (cinco) dias.

SEÇÃO XII

Da redação e da votação dos quesitos

Art. 482. Os quesitos serão redigidos em proposições simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente terá em conta os termos da pronúncia, do interrogatório e das alegações das partes.

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando:

- I - a materialidade do fato;
- II - a autoria ou a participação;
- III - se o acusado deve ser condenado;
- IV - se existe causa ou diminuição de pena alegada pela defesa;
- V - se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia.

§ 1.º Se for sustentada a desclassificação da infração, será incluído quesito a respeito para ser respondido em seguida à afirmação da materialidade da autoria.

§ 2.º Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas.

Art. 484. A seguir, o presidente lerá os quesitos e indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer, devendo qualquer deles, bem como a decisão, constar da ata.

Parágrafo único. Ainda em plenário, o presidente explicará aos jurados a significação de cada quesito.

Art. 485. Não havendo dúvida a ser

esclarecida, o presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o defensor do acusado, o escrivão e os oficiais de justiça dirigir-se-ão para a sala especial a fim de ser procedida a votação.

§ 1.º Na falta de sala especial o presidente determinará que o público se retire, permanecendo somente as pessoas mencionadas neste artigo.

§ 2.º O juiz advertirá as partes de que não será permitida qualquer intervenção que possa perturbar a livre manifestação do Conselho e fará retirar da sala quem se portar inconvenientemente.

Art. 486. Para proceder-se à votação, o presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra "sim" e outras 7 (sete) a palavra "não".

Art. 487. Para assegurar o sigilo do voto os oficiais de justiça recolherão, em urnas separadas, as cédulas correspondentes aos votos, bem como as não utilizadas.

Art. 488. Após a resposta de cada quesito, e verificados os votos e as cédulas não utilizadas, o presidente determinará que o escrivão registre no termo de votação o resultado com a declaração do número de votos afirmativos e negativos.

Art. 489. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos.

Art. 490. Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas.

Parágrafo único. Se, pela resposta dada a um dos quesitos, o presidente verificar que ficam prejudicados os seguintes, assim o declarará, dando por finda a votação.

Art. 491. Encerrada a votação, será o termo a que se refere o art. 488 assinado pelo presidente e pelos jurados.

Art. 492. Em seguida, o presidente

proferirá sentença, com observância do seguinte:

I - o relatório mencionará as alegações das partes e o respectivo fundamento jurídico;

II - no caso de condenação:

a) fixará a pena-base;

b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;

c) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri;

d) observará o disposto no art. 387, no que for cabível.

III - no caso de absolvição:

a) mandará soltar o acusado, se por outro motivo não estiver preso;

b) revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas.

IV - imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível.

Parágrafo único. Se houver desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida.

Art. 493. A sentença será lida em plenário, pelo presidente, antes de encerrada a sessão de julgamento.

SEÇÃO XIII

Da ata dos trabalhos

Art. 494. De cada sessão de julgamento o escrivão lavrará ata, assinada pelo presidente, e pelas partes.

Art. 495. A ata descreverá fielmente todas as ocorrências, mencionando obrigatoriamente:

I - a data e a hora da instalação dos trabalhos;

II - o magistrado que presidiu a sessão e os jurados presentes;

III - os jurados que deixaram de comparecer, com escusa ou sem ela e as sanções aplicadas;

IV - o ofício ou requerimentos de isenção ou dispensa;

V - o sorteio dos jurados suplentes;

VI - o adiamento da sessão, se hou-

ver ocorrido, com a indicação do motivo;

VII - a abertura da sessão e a presença do Ministério Público, do querelante e do assistente, se houver, bem como do defensor do acusado;

VIII - o pregão e a sanção imposta no caso de não comparecimento;

IX - as testemunhas dispensadas de depor;

X - o recolhimento das testemunhas a lugar de onde umas não pudessem ouvir o depoimento das outras;

XI - a verificação das cédulas pelo juiz;

XII - a formação do Conselho de Sentença, com o registro dos nomes dos jurados sorteados e recusas;

XIII - o compromisso, simplesmente com referência ao termo;

XIV - o interrogatório, também com simples referência ao termo;

XV - os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos;

XVI - os incidentes;

XVII - o julgamento da causa;

XVIII - a publicidade dos atos da instrução plenária, das diligências e da sentença.

Art. 496. A falta da ata sujeitará o responsável a sanções administrativa e penal.

SEÇÃO XIV

Das atribuições do presidente do Tribunal do Júri

Art. 497. São atribuições do presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código:

I - regular a polícia das sessões e prender os desobedientes;

II - requisitar o auxílio da força pública, que ficará sob sua exclusiva autoridade;

III - dirigir os debates, intervindo em caso de abuso ou excesso de linguagem;

IV - resolver as questões incidentes que não dependam de pronunciamento

do Júri;

V - nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento com a nomeação ou a constituição de novo defensor;

VI - mandar retirar da sala o acusado que dificultar a realização do julgamento, o qual prosseguirá sem a sua presença;

VII - suspender a sessão pelo tempo indispensável à realização das diligências requeridas e entendidas necessárias, mantida a incomunicabilidade dos jurados;

VIII - interromper a sessão por tem-

po razoável, para proferir sentença e para repouso ou refeição dos jurados;

IX - decidir, de ofício ou a requerimento das partes, a arguição de extinção de punibilidade;

X - resolver as questões de direito suscitadas no curso do julgamento;

XI - determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar nulidade ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.”.

Art. 2.º Esta lei entrará em vigor 60 (sessenta) dias depois da sua publicação. revogadas as disposições em contrário, especialmente os artigos 607 a 608.”

O partido político: concepção tradicional e orgânica

ORIDES MEZZAROBA

O cidadão que tanto preza a sua independência e não se alista num partido político está, realmente, fraudando a independência, porque abandona o quinhão do poder de decisão no nível primário: a escolha do candidato.

Bruce L. Felknor

SUMÁRIO

1. Introdução 2. Teoria tradicional do partido político. 3. Teoria orgânica do partido político. 4. Considerações finais.

1. Introdução

Estasiologia é a denominação de uma possível ciência do partido político¹ tal o interesse que seu estudo tem despertado como ramo fundamental e complexo da Ciência Política.

O debate em torno do partido político mereceu atenção especial dos estudiosos da área, a partir da Segunda Grande Guerra, quando por iniciativa a UNESCO e da Associação Internacional de Ciência Política, motivadas pelo interesse no fortalecimento de instituições representativas e democráticas, o tema passou a ser incluído em congressos e encontros do gênero. Desde então, o assunto partidos políticos vem ocupando um lugar de destaque pela quantidade e variedade de obras, ensaios e artigos, destinados à sua análise².

¹ *Dicionário de Ciências Sociais*. Fundação Getúlio Vargas/Instituto de Documentação. Coordenador Benedito Silva. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 871.

² LÓPEZ, Mario Justo. *Partidos Políticos — Teoria General y Régimen Legal*. 3.ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 5.

Orides Mezzaroba é Doutorando em Direito na UFSC e professor no Curso de Direito da UNOESC — Joaçaba-SC

Neste estudo, procurar-se-á classificar as concepções do partido político em duas subdivisões principais: a tradicional e a orgânica.

A teoria tradicional visualiza o partido político a partir de uma perspectiva fechada. A análise deste ente isolado está concentrada, basicamente, na sua forma organizacional e não no modo pelo qual se insere no contexto social³.

A teoria orgânica visualiza o partido político numa perspectiva aberta, criativa e dinâmica. A organização partidária não é somente um simples instrumento eleitoral, mas um espaço político em condições de despertar no homem a sua consciência histórica. Assim, a atuação partidária deve ultrapassar o contexto organizacional ou parlamentar para, fundamentalmente, se articular à sociedade.

2. Teoria tradicional do partido político

O perfil epistemológico da teoria tradicional do partido político pode ser delineado partindo-se da análise de duas obras catalisadoras das correntes ora embutidas nesse filão. Torna-se imprescindível, então, a investigação atenta da *Sociologia dos Partidos Políticos*, de Robert Michels, e do livro *Os Partidos Políticos*, de Maurice Duverger.

Mesmo publicadas em períodos diferentes, Michels, em 1911, e Duverger, em 1951, as duas obras sintetizam perfeitamente o objeto do presente estudo.

O traço comum entre os dois livros é a abordagem estrutural-elitista do partido político, na qual a apatia das massas torna-se um ingrediente fundamental para a consolidação de instituições que supostamente as representam, mas que, na verdade, só estão preocupadas com os interesses dos seus dirigentes⁴.

Feitas essas observações, passar-se-á ao exame das obras já mencionadas, além das de outros autores como Giovanni Sartori, Jean Charlot e Paulo Bonavides, que trazem alguma contribuição para o entendimento dessa teoria.

³ ZAVARIZE, Denise Moreira Schwantes. *O Bipartidarismo Brasileiro (1965-1979)*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina/CPGD, 1987, p. 12.

⁴ BAQUERO, Marcello. A Estrutura Elitista dos Partidos Políticos na América Latina e a Questão da Democracia. In: *Democracia, Partidos e Cultura Política na América Latina*. Porto Alegre: NUPESAL/Kuarup, 1989, p. 46.

2.1. O partido político em Robert Michels

Para Michels, em sua principal obra *Sociologia dos Partidos Políticos*, publicada originalmente na Alemanha, em 1911 (*Zur Soziologie der Partiewesens in der Modernen Demokratie*), o surgimento do partido político moderno, aquele organizado e estruturado em torno de uma doutrina política, representa a expressão máxima da democracia⁵.

Assim, o partido político passa a ser concebido como um apêndice da democracia, e esta, como o pior de todos os regimes burgueses, uma vez que o seu objetivo é dar continuidade à exploração das massas produtoras, através de uma elite previamente preparada⁶.

Conforme expressou Michels

“A democracia produz o dilema da oligarquia. A oligarquia é necessária e fatal. Em toda parte onde vivem as massas organizadas, impõe-se a necessidade de intervir através de delegações. Quem diz organização, diz diferenciação, diz um grupo de chefes que falam e agem em nome de todos”⁷.

Desta forma, a democracia e, conseqüentemente, seu apêndice o partido político, passam a ser os alvos principais das críticas de Michels.

Como qualquer outro modelo de organização, o partido político é infalivelmente uma oligarquia burocrática, caracterizada pela existência na sua cúpula de um círculo interno e fechado de dirigentes profissionais, praticamente inamovíveis, que controlam e conduzem a instituição conforme os seus interesses

⁵ Para uma melhor compreensão da concepção do partido político em Robert Michels, foram utilizadas as seguintes obras: MICHELS, Robert. *Sociologia dos Partidos Políticos*. Trad. Arthur Chaudon. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1982; e MICHELS, Robert. *La Sociologia del Partido Politico Nella Democrazia Moderna — Studi Sulle tendenze oligarchiche degli aggregati politici*. Traduzione dall' originale tedesco de Alfredo Polledro. Torino, Unione Tipografico/Editoriale Torinese, 1912.

⁶ ALBERTONI, Ettore A. *Doutrina da Classe Política e Teoria das Elites*. Trad. Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1990, p. 25.

⁷ MICHELS, Robert. *Sociologia dos Partidos Políticos*. Trad. Arthur Chaudon. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1982, pp. 206 e 221.

⁸ ALBERTONI, Ettore A. Op. cit., p. 31.

particulares⁹, possibilitando a existência de uma minoria dirigente e de uma maioria dirigida. Este é, para Michels, o traço característico do regime democrático.

Com o crescimento e a solidificação do partido político, amplia-se a necessidade de os chefes ocasionais serem substituídos por chefes profissionais¹⁰. São as *lideranças especializadas* que, no entendimento de Michels, possibilitam a constituição do burocratismo hierárquico, juntamente com a oligarquização partidária. Concretizando, com isto, o isolamento entre a cúpula e as bases do partido político¹¹.

Na vida partidária, a prática democrática não se presta ao uso doméstico, mas, tão-somente, à comercialização; é um discurso de conquista. Pois, na sua luta pelo poder, o partido político preza pela liberdade de movimento, para poder estabelecer a estratégia mais rápida e adequada¹². Isto, para o autor, exemplifica, por si só, a característica antidemocrática da organização partidária.

Assim, para Michels,

“é indiscutível que a tendência oligárquica e burocrática da organização do partido é uma questão de necessidades técnicas e práticas”¹³.

Além desse fator, o encantamento das *massas* por encontrar alguém interessado em cuidar da vontade geral, contribui como um elemento decisivo para a manutenção da oligarquia partidária¹⁴. Esse encantamento possibilitou uma certa veneração, convertendo-se, muitas vezes, em idolatria.

Segundo Michels, é isso que faz com que o partido político moderno passe a identificar-se frequentemente com os seus chefes, a ponto de o denominarem de partidos de classes, como se fossem coisas que lhes pertencessem¹⁵.

⁹ CHARLOT, Jean. *Curso de Introdução à Ciência Política*. Trad. Carlos Alberto Lomback. 2.^a ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1984. p. 15.

¹⁰ MICHELS, Robert. Op. cit., p. 23.

¹¹ MICHELS, Robert. *A Tendência Burocrática dos Partidos Políticos*. In: *Sociologia da Burocracia*. Trad. Edmundo Campos. 3.^a ed. Rio de Janeiro. Zahar Editores, 1976, p. 101.

¹² MICHELS, Robert. Op. cit., p. 28.

¹³ MICHELS, Robert. Op. cit., p. 104.

¹⁴ MICHELS, Robert. Op. cit., p. 35.

¹⁵ *Ibid*, p. 41.

Desta forma, a participação das *massas* na vida partidária dá-se somente na qualidade de outorgantes sem a mínima manifestação de contrariedade diante das deliberações dos dirigentes, ou seja, ocorre uma delegação de poderes eminentemente passiva.

O que mais caracteriza a democracia, no entendimento de Michels, é a facilidade com que ela sucumbe à magia do verbo, pois verifica-se que nos regimes democráticos os chefes são sempre oradores e jornalistas, o que vem fortalecer a convicção de que só o dom da palavra pode tornar alguém apto para administrar os assuntos públicos¹⁶.

Pela sua tendência oligarquista, o partido político jamais conseguirá representar a maioria dos seus membros. Com o passar do tempo, tal situação proporcionará o isolamento do partido, transformando-o em um fim em si mesmo. Desta forma, a história do partido político moderno acaba apresentando fenômenos análogos ao bonapartismo, ou seja, uma preocupação com a dominação individual, originada na vontade coletiva, mas que tende a emancipar-se e tornar-se independente por sua vez¹⁷.

Para Michels, a imaturidade das *massas* não é somente um fenômeno transitório que desaparece com o avanço da democracia. Essa condição é a própria natureza das *massas* que, mesmo organizadas, estão afligidas por uma *incompetência incurável* para resolver todos os problemas que se apresentarem. As *massas* são em si *amorfas e necessitam de educação, especialização e, principalmente, direção*.

Por fim, pelas próprias circunstâncias da vida, o homem está consagrada ser *guiado*, e quanto mais as suas funções forem divididas e subdivididas, mais e mais ele precisará de comando¹⁸.

Uma das alternativas apresentadas por Michels para substituir o partido político, o qual sempre resulta em uma organização *anti-democrática*, seria um sistema de associação temporária que só se articularia para um fim determinado, dissolvendo-se logo em seguida¹⁹.

Enfim, historicamente, o partido político é “...como a rebentação contínua das vagas: elas sempre quebram sobre um escolho, mas são incessantemente subs-

¹⁶ *Ibid*, p. 45.

¹⁷ *Ibid*, pp. 124 e 234.

¹⁸ *Ibid*, pp. 234, 239-40.

¹⁹ *Ibid*, p. 243.

tituidas por outras. O espetáculo que oferecem é ao mesmo tempo arrebatador e triste. Após ter atingido uma certa etapa de sua evolução, são submetidas a uma espécie de processo de degeneração: assumem o espírito e as formas aristocráticas contra as quais havia lutado. Esse jogo cruel entre o incurável idealismo dos jovens e a incurável sede de dominação dos velhos não terminará nunca”²⁰.

Entretanto, o ideal absoluto, para solucionar o problema do oligarquismo partidário, bem como o da constante instabilidade política, ambos proporcionados pela *democracia*, segundo Michels, seria a constituição de uma *aristocracia* de homens *moralmente bons e tecnicamente eficientes*. Pois somente essa elite teria tempo e meios para dar direção e uma *boa educação às massas*. Isto garantiria a conservação das tradições culturais, políticas e econômicas de um Estado; o que não seria possível no regime democrático²¹.

Em resumo, o partido político, para Michels, é uma potência oligárquica, repousada sobre uma base democrática que possibilita a dominação das elites sobre os eleitores, dos mandatários sobre os mandantes, dos delegados sobre os que delegam. Finalmente, quem diz organização partidária, diz oligarquia²².

2.2. O partido político em Maurice Duverger

Em sua obra *Os Partidos Políticos*, Duverger estabelece como objeto principal de estudo a influência das doutrinas sobre as estruturas partidárias. O partido político, num primeiro momento, é visualizado como ente aglutinador de indivíduos politicamente dispersos. Em seguida, mediante persuasão e disciplina impostas pelos dirigentes partidários, o papel daqueles indivíduos torna-se secundário à vida intrapartidária²³. Com isso, consolida-se um modelo de organização centralizada e absoluta.

O partido político constitui-se, assim, em uma organização autocrática e oligárquica. Os chefes formam uma classe dirigente isolada da militância, casta mais ou menos fechada sobre si mesma²⁴.

A crença na infalibilidade do partido e dos dirigentes partidários, desenvolvida pela propaganda e pela persuasão, possibilita o recuo do espírito crítico em relação ao espírito de adoração.

Desta forma,

“Os partidos tornam-se totalitários, exigindo dos seus membros uma adesão mais íntima, constituindo sistemas completos e fechados e explicação do mundo. O ardor, a fé, o entusiasmo e a intollerância reinam nessas igrejas dos tempos modernos: as lutas partidárias transformam-se em guerras religiosas”²⁵.

Sob o domínio de uma elite, a organização partidária repousa essencialmente em práticas e hábitos não-escritos²⁶. Enquanto o programa político e o estatuto pouco ou nada correspondem com a realidade.

Partindo dessa premissa, mesmo que Duverger procure demonstrar que existam diferenças de estrutura entre partidos, tem-se a impressão de que todas organizações partidárias são elitistas e oligárquicas, independentemente da ideologia subjacente. E,

“as massas, por uma ou outra razão, são sempre vistas como apáticas, pouco politizadas, o que leva ao estabelecimento de estruturas que, apesar da tentativa de diferenciá-las, se assemelham substancialmente”²⁷.

O nascimento do partido político, para Duverger, está relacionado ao surgimento dos grupos parlamentares e aos comitês eleitorais. À medida que o parlamento foi conquistando novas prerrogativas, os seus membros pressentiram a necessidade de se agruparem por algum tipo de afinidade para atuarem em comum acordo. Surge, dessa forma, para esse autor, o partido político, com objetivos específicos de atuar no interior do parlamento²⁸.

Com a ampliação do direito ao voto, sentiu-se a necessidade de enquadrar os eleitores em comitês, de acordo com cada programa partidário, como forma de divulgar candidatos e canalizar os sufrágios²⁹. Foi este o con-

²⁰ ALBERTONI, Ettore A. Op. cit., pp. 31-2.

²¹ MICHELS, Robert. Op. cit., p. 243.

²² *Ibid.*, p. 238.

²³ DUVERGER, Maurice. *Os Partidos Políticos*.

²⁴ *Ibid.*, p. 455. Trad. Cristiano Monteiro Oiticica. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987,

pp. 14-6 e 456.

²⁵ *Ibid.*, p. 456.

²⁶ *Ibid.*, p. 26.

²⁷ BAQUERO, Marcello. Op. cit., p. 46.

²⁸ DUVERGER, Maurice. Op. cit., p. 20.

²⁹ *Ibid.*, p. 20.

texto que, de acordo com Duverger, impulsionou definitivamente a estruturação de partidos.

Assim, a organização partidária não se apresenta somente como uma comunidade, mas como um conjunto de comunidades, uma reunião de pequenos grupos (seções, comitês, associações...) disseminados em um Estado. Mas que, ao mesmo tempo, estão ligados por um órgão coordenador³⁰.

Para Duverger, além dos partidos políticos que nascem a partir do Parlamento, existem aqueles que teriam origem externa, isto é, aqueles que por algum motivo surgem através de instituições pré-existentes (sindicatos, clubes, igreja...), cuja atuação não está situada no contexto parlamentar³¹.

Os partidos políticos com origem externa apresentam características opostas aos nascidos no âmbito parlamentar. Os primeiros surgem a partir da base, da militância, e são menos centralizados, isso, pelo menos inicialmente; enquanto que os segundos são formados pela cúpula e são muito mais centralizadores³².

Em tese, para Duverger³³ o modelo parlamentar adapta-se, preferencialmente, em locais onde não existem sistemas partidários plenamente organizados. O modelo externo, ao contrário, desenvolve-se em locais com instituições políticas mais estabilizadas.

No entanto, para Duverger não interessa a forma como o partido se introduz no contexto social. No decorrer de sua obra, *Os Partidos Políticos*, as atenções estão muito mais voltadas à estrutura do partido político do que aos pressupostos necessários para a sua existência³⁴.

Por fim, a visão estrutural-elitista do partido político de Duverger pode ser caracterizada da seguinte forma:

“os militantes dirigem os adeptos, estes dirigem os simpatizantes, estes, os eleitores”³⁵.

³⁰ CHARLOT, Jean. Op. cit., p. 52.

³¹ ZAVARIZE, Denize Moreira Schwantes. Op. cit., p. 17.

³² DUVERGER, Maurice. Op. cit., p.31.

³³ *Ibid*, pp. 33.

³⁴ ZAVARIZE, Denize Moreira Schwantes. Op. cit., pp. 15-7.

³⁵ CHARLOT, Jean. Op. cit., p. 151.

2.3. O partido político em Sartori, Charlot e Bonavides

2.3.1. Giovanni Sartori

A questão fundamental para esse autor, tratada em seu livro *Partido e Sistemas Partidários*, está ligada à diferenciação conceitual entre partido político e *facção*. Para ele, o partido é concebido como um instrumento funcional para cumprir objetivos e desempenhar papéis. É um todo que procura servir aos propósitos desse todo. Ao passo que a *facção* é apenas parte de si mesma, sem nenhuma visão do todo, além de ser negativa e degenerativa³⁶.

Historicamente, a expressão *facção* foi gradualmente sendo substituída pela palavra *partido*. Isto, à medida que se passava a aceitar a idéia de que ele, o *partido*, não era necessariamente um mal, constituído para desagregar a sociedade, mas um instrumento de representação e de reivindicações³⁷.

Após estabelecer o que o partido político não é, e para que serve em essência, o autor passa a defini-lo como

“qualquer grupo político identificado por um rótulo oficial que apresente em eleições, e seja capaz de colocar através de eleições (livres ou não) candidatos a cargos públicos”³⁸.

2.3.2. Jean Charlot

Charlot, por sua vez, apresenta quatro critérios indispensáveis que diferenciam o partido político moderno dos *protopartidos* — *facções*, *clubes*, *grupos parlamentares* e *associações* — do final do século XVIII e do início do XIX. São eles:

1.º uma organização durável, cuja esperança de vida política seja superior à de seus dirigentes;

2.º uma organização completa, com uma interligação entre o centro-nacional e as unidades de base;

3.º uma vontade deliberada de exercer diretamente o poder, individualmente ou através de alianças; e

³⁶ SARTORI, Giovanni. *Partidos e Sistemas Partidários*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar/Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1982, pp. 46-7.

³⁷ *Ibid*, pp. 23 e 48.

³⁸ *Ibid*, pp. 85-7.

4.º uma vontade de buscar o apoio popular³⁹.

A partir desses critérios, o autor conclui que o partido político,

“implica a continuidade, a extensão ao nível local e a permanência de um sistema de organização, de um lado, e, de outro, a vontade manifesta e efetiva de exercer diretamente o poder, apoiando-se em uma audiência elitista ou popular, militante ou eleitoral, tão ampla quanto possível”⁴⁰.

2.3.3. Paulo Bonavides

Segundo Bonavides, a elaboração conceitual do partido político necessita de alguns elementos indispensáveis, como:

- a) um grupo social;
- b) uma organização interna;
- c) um acervo de idéias e princípios que inspire sua ação;
- d) um interesse na tomada do poder; e
- e) um sentimento de autoconservação quando chegar ao poder.⁴¹

Com base nesses requisitos básicos, o partido político passa a ser definido, como:

“uma organização de pessoas que, inspiradas por idéias ou movidas por interesse, busca tomar o poder, normalmente pelo emprego de meios legais, e nele conservar-se para realização dos fins propugnados”⁴².

3. Teoria orgânica do partido político

Na teoria orgânica, o partido político extrapola sua condição liberal de instrumento da atuação da representação. O parâmetro eleitoral e parlamentar é superado de tal modo que o partido constitui-se num espaço de luta e conscientização política. A organização partidária deve almejar mais que os efeitos representativos e eleitorais. O partido é um formador de consciências.

A partir dessa teoria, com a utilização de algumas observações oferecidas por Marx e Engels, em seguida por Rosa Luxemburgo e Lenin, e, por fim, mais no âmbito do dever-

ser, por Gramsci e Cerroni, procurar-se-á (re)estruturar algumas categorias principais da Ciência Política que justificam a necessidade e a importância, na sociedade contemporânea, do partido político.

Primeiramente, cabe esclarecer que Marx não desenvolveu uma teoria do partido político. No entanto, a sua preocupação com esse modelo organizativo de representação pode ser encontrada em vários trechos de sua obra.

Por intermédio da *Liga dos Justos*, desenvolvida em 1847, convertendo-se em seguida em *Liga dos Comunistas*, surge o *Manifesto Comunista*, que teve como principal objetivo resgatar a consciência do proletariado alemão no que diz respeito ao seu papel na transformação da história. Num sentido mais amplo, o *Manifesto* visava organizar o operariado no sentido de garantir a conquista dos meios de produção, juntamente com o aparelho de Estado. Para Marx, a organização partidária nada mais representa do que um momento eminentemente prático, um instrumento flexível e mutável capaz de promover a revolução⁴³, uma vez que a classe operária somente adquire consciência de seu ser social, na prática, no processo de luta. Nesse sentido, a consciência não pode ser vista como um simples produto de um saber, mas de um ser em movimento, em transformação, de uma relação ativa e criativa com a natureza e com a sociedade⁴⁴.

Dessa forma, com a gradativa tomada de consciência dos trabalhadores, o modelo sócio-político-econômico passa a ser negado, possibilitando o desenvolvimento das condições revolucionárias objetivas. É neste momento que, para Marx, o partido político passa a ser concebido como uma alternativa política viável e transitória em favor do operariado.

Com o aniquilamento do aparelho de Estado vigente, exemplificado na *Comuna*, de 1871, não haveria qualquer outro motivo para Marx desenvolver uma teoria ou um modelo especial de partido, pois, sendo transitório, com o advento da revolução, se autodissolveria.

Por fim, no entendimento de Marx, a organização política dos operários deveria estar sempre de acordo com as circunstâncias que lhes fossem peculiares, sendo que uma de suas

³⁹ CHARLOT, Jean. Op. cit., pp. 6-7.

⁴⁰ *Ibid*, p.7.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974, p. 429.

⁴² *Ibid*, p. 429.

⁴³ ROSSANDA, Rossana. “De Marx a Marx. Classe y Partido”. In *Teoria Marxista del Partido Político*. Trad Néstor Miguez. 5.ª ed. México: Ediciones Pasado y Presente, 1987, p. 2.

⁴⁴ *Ibid*, p. 4.

principais prescrições foi de que essa organização jamais viesse a se transformar em uma *seita*, isolada do apoio popular, e de *conspiradores profissionais*, os quais foram denominados de *alquimistas de revoluções*⁴⁵.

Nesse particular, as preocupações de Marx foram compartilhadas por Engels, o qual não deixou, igualmente, de expressar uma inquietação constante com a dinâmica partidária. Para Engels, o proletariado necessita de uma organização que possibilite ampla liberdade de crítica, combinada com a unidade de ação, já que é isto o que constitui a forma de ser do partido.

Em suas correspondências, que marcaram a *Crítica ao Programa de Gotha*, Engels registra com grande severidade questionamentos ao centralismo burocrático da organização partidária. É o caso, por exemplo, da carta remetida à Kautski, em 11.2.1891, onde afirmou que:

“O povo deve cessar de uma vez por todas de curvar-se diante dos funcionários do partido, seus próprios servidores. Deve-se abandonar essa atitude submissa que se adota diante deles, como se se tratassem de burocratas infalíveis. Também é necessário que os critique-mos”⁴⁶.

Noutra carta, dirigida à Babel, em 1-5-1891, Engels expressa claramente qual o modelo de organização partidária que não desejava quando escreve que “nenhum partido em nenhum país pode condenar-me ao silêncio se estou decidido a falar”. Pois um partido não conseguirá “viver se não houver liberdade de movimento”⁴⁷.

No entanto, mesmo com estas observações mais específicas, não se pode categoricamente afirmar que exista uma teoria marxista de partido político, bem como uma tipologia ideal ou uma lei universal sobre o mesmo.

A primeira tentativa de construção de uma teoria marxista do partido ocorreu por inter-

⁴⁵ MILIBAND, Ralph. *Marxismo e Política*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979, p. 112.

⁴⁶ FAY, Victor. Del Partido como Instrumento de Lucha por el Poder al Partido Como Prefiguración de una Sociedad Socialista. In: *Teoría Marxista del Partido Político*/ 3. Trad. Maria Teresa Poyrazian. 5. Ed. México, Ediciones Pasado y Presente 1987, p. 35.

⁴⁷ *Ibid*, p. 35.

médio de Lenin em 1902, registrada em sua obra *Que fazer?* No entanto, as idéias desenvolvidas por Lenin, de uma forma geral, não coincidem com o que haviam pregado Marx e Engels, os quais estavam muito mais próximos do *Partido Processo*, de Rosa Luxemburgo, do que do *Partido de Quadros*, de Lenin.

Para Lenin, o papel do partido político, no caso o *Partido de Quadros*, deveria ser, acima de tudo, de vanguarda, com capacidade de introjetar nos indivíduos os seus princípios políticos. Segundo ele, somente uma organização centralizada, que aplicasse firmemente o seu programa, poderia preservar movimentos de ataques irreflexivos e preparar ataques que promettessem êxitos.

A partir dessa visão, Lenin desenvolve a teoria do centralismo democrático na organização partidária, que, no entender de Rosa Luxemburgo, não passava de um *centralismo burocrático*⁴⁸.

Pois, segundo Rosa Luxemburgo,

“Liberdade somente para os partidários do governo, para os membros de um partido, por numerosos que sejam, não é liberdade. Liberdade é sempre a liberdade daquele que pensa de modo diferente”⁴⁹.

A rejeição de Lenin à ação autônoma e espontânea do operariado foi muito grande. Para o autor, em uma sociedade complexa, a classe operária sozinha não possuiria condições para tomada de consciência global⁵⁰.

Já Rosa Luxemburgo pregava o *partido processo*, e era, por isso, taxada de espontaneísta, pois acreditava que o desenvolvimento da consciência de classe deveria brotar do interior de si mesma — por um processo natural de libertação, jamais sob a direção de uma vanguarda *iluminada*, conforme pregava Lenin.

Para Rosa Luxemburgo

“a proliferação de uma burocracia não pode ser eliminada com um golpe de varinha mágica, porque não é ela produto específico do subdesenvolvimento,

⁴⁸ GARCIA, Fernando Coutinho. *Partidos Políticos e Teoria da Organização*. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979, pp. 37, 39 e 41.

⁴⁹ *Ibid*, p.11.

⁵⁰ LECLERCQ, Yves. *Teorias do Estado*. Trad. J. A. Ponte Fernandes. Lisboa: Edições 70-1977, p. 88.

senão do atraso histórico da própria classe trabalhadora nos países capitalistas avançados. (...) a classe trabalhadora está sempre retraída em relação aos acontecimentos, e ela os recupera rapidamente no momento em que a onda revolucionária aumenta”⁵¹.

O debate entre Lenin e Rosa Luxemburgo detonou um dos pontos fundamentais que preocupava os fundadores do marxismo, ou seja, a organização partidária não poderia ser reduzida a um papel subalterno de *correia de transmissão* do poder, como também não deveria submeter-se ao controle de uma minoria de *iluminados*”⁵².

Gramsci, eco teórico das crises revolucionárias da década de 20, foi quem efetuou as primeiras reflexões, no caso concreto, sobre a “complexidade da relação entre espontaneísmo e organização”⁵³.

Nas constatações de Gramsci, a história de um partido político não deixa de ser a história de um grupo social. O que vale afirmar que escrever a história de um partido significa, nada mais nada menos, escrever a história de um país. Desta forma, a importância política do partido está diretamente relacionada com a *determinação histórica do país*. Em síntese, um partido político nunca estará pronto e acabado, pois, com a evolução política da sociedade, novas tarefas e encargos lhe serão atribuídos, sob pena, se isso não ocorrer, de tornar-se historicamente inútil⁵⁴.

O partido político, segundo Gramsci, torna-se necessário historicamente quando houver a confluência de três elementos:

1.º um elemento difuso, ou seja, indivíduos que se submetam a uma disciplina partidária. Caso contrário, preponderará a dispersão e a anulação recíproca;

2.º um elemento de coesão, capaz de tornar eficiente e potente um conjunto de forças, que, se isoladas, pouco ou nada fariam;

3.º um elemento médio que consiga articu-

⁵¹ FAY, Victor. Op. cit., p. 49.

⁵² *Ibid.*, p. 50. Vide também FRANCO, Augusto de. *Autonomia & Partido Revolucionário*. Goiânia: Ferramenta, 1985, p.5.

⁵³ ROSSANDA, Rossana. Op. cit., p. 11.

⁵⁴ GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. Trad. Luis Mário Gazzaneo. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988, pp. 287-9.

lar o primeiro com o segundo elemento, que os coloque em contato não só físico, mas moral e intelectualmente⁵⁵.

Com a devida articulação desses elementos, a organização partidária resistiria com maior vigor a qualquer tentativa de destruição pela força ou coerção, uma vez que a razão de sua existência estaria vinculada às condições orgânicas de um determinado segmento social⁵⁶.

Ainda, sob esta ótica, Gramsci classifica o partido político sob duas formas: a *progressiva* e a *regressiva*. O partido político será *progressivo* à medida que sua organização funcionar democraticamente, tanto no âmbito interno como na atuação externa. O partido político será regressivo quando estiver submetido a um centralismo burocrático⁵⁷. Neste último caso, o partido transformar-se-á em um simples executor de tarefas corriqueiras.

Papa Gramsci, a burocracia representa a forma conservadora mais perigosa. E, à medida que ela, a burocracia, constituir-se em um corpo solidário à parte e independente, acabará por gerar o anacronismo partidário, sendo que nos momentos de crise aguda estará vazio de conteúdo social, ficando como que assentado no ar⁵⁸.

Em Gramsci, a burocracia

“encobre um regime de partidos da pior espécie, que atuam ocultamente, sem controle; os partidos são substituídos por camarilhas e influências pessoais inconfessáveis, sem contar que restringem as possibilidades de opção e embotam a sensibilidade política e a elasticidade tática”⁵⁹.

Enfim, segundo a perspectiva gramsciana, na luta pela hegemonia política, o partido político torna-se um elemento decisivo, pois é ele que unifica a ação e o pensamento, a filosofia instintiva com a filosofia consciente, possibilitando, a partir disso, uma visão conjuntural.

⁵⁵ SADER, Emir. Org. Gramsci: *Sobre Poder, Política e Partido*. Trad. Eliana Aguiar. *Obras Escolhidas*. São Paulo: Brasiliense, 1990, pp. 20-1.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 20-1. Vide também Gramsci, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. Op. cit., p. 291.

⁵⁷ GRAMSCI, Antonio. *Obras Escolhidas*. Trad. Manuel Cruz. Lisboa: Editorial Estampa, 1974, v. I, p. 295.

⁵⁸ SADER, Emir. Org. Op. cit., p. 58.

⁵⁹ GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. Op. cit., p. 158.

A este modelo de partido, Gramsci denomina de *príncipe moderno*, em alusão ao *Príncipe*, de Maquiavel. O *príncipe moderno* representa uma inteligência e uma vontade coletiva⁶⁰, onde todos os membros são considerados intelectuais, cabendo à organização partidária ampliar os horizontes educativos e políticos⁶¹.

Nas palavras de Gramsci,

“O príncipe moderno, o mito-príncipe, não pode ser uma pessoa real, um indivíduo concreto; só pode ser um organismo: um elemento complexo de sociedade no qual já tenha se iniciado a concretização de uma vontade coletiva reconhecida e fundamentada parcialmente na ação. Esse organismo já é determinado pelo desenvolvimento histórico, é o partido político: a primeira célula na qual se aglomeram germes de vontade coletiva que tendem a se tornar universais e totais⁶².”

As reflexões acerca do *príncipe moderno* gramsciano foram retomadas pelo também italiano Umberto Cerroni em sua obra *Teoria do Partido Político*⁶³, tendo por paradigma Gramsci. Cerroni procura (re)articular novas determinações conceituais, a fim de conduzir à elaboração de uma teoria marxista do partido político, considerada por ele, até então, inexistente.

Inicialmente, a atenção de Cerroni está voltada ao paradoxo entre *partido* e *parte*,

“...não podemos reduzir a noção de partido político à noção genérica de ‘parte política’ sem perder o valor característico e diferencial que o partido político moderno apresenta com respeito a qualquer formação que sempre ocorre em política em decorrência desta ou daquela opção prática”⁶⁴.

Desta forma, o que diferencia o partido

político moderno dos comitês, clubes e agremiações eleitorais, que sempre existiram na política, é, justamente, o momento em que surge uma organização composta por um programa político, estruturado e articulado. Ou seja, o que basicamente caracteriza o partido político moderno é a combinação de uma organização territorial difusa, tendencialmente nacional, com uma linha programática e ideológica devidamente discutida e compartilhada pelos seus membros. Assim, embora sendo uma *parte*, o partido político deve comportar-se como um *tudo*⁶⁵. O que significa dizer que o partido deve conseguir dirigir a sociedade, sem dispor da força monopolizada pelo Estado, devendo comandar e fazer-se obedecer sem precisar recorrer aos meios coercitivos.

Segundo os paradigmas utilizados por Cerroni, o surgimento do partido político não está condicionado ao do Parlamento, uma vez que aquele pode vir a constituir-se antes desse, bem como para reivindicá-lo ou propor a sua criação.

Com isso, fica evidente que o modelo partidário desenvolvido por Cerroni não está exclusivamente interessado na conquista de votos ou com os preparativos eleitorais, considerando que ele *poderá desenvolver-se nos limites de um espaço político totalmente hostil à participação popular*.

Conclui-se, portanto, que a existência do partido político não está diretamente relacionada com a do Parlamento, mas com a vontade de indivíduos que desejam transformar as relações sócio-político-econômicas. Afinal, o papel do partido político é o de servir de protótipo, é o de prefigurar a sociedade futura, de servir de ponto de reencontro e de confrontação entre as diferentes correntes de pensamento⁶⁶.

O desenvolvimento da organização partidária, de acordo com Cerroni, distingue-se em três fases principais:

1.º fase — pré-política: ocorre no momento em que um segmento social começa a assumir sua autonomia e consciência de agregação corporativa num sentido de autodefesa diante de algum tipo de exploração. Nesta fase, surge uma série de instrumentos e organizações de defesa dos interesses imediatos e práticos. Assim, o partido político passa a revelar-se como

⁶⁰ GRUPPI, Luciano. *Tudo Começou com Maquiavel*. Trad. Dario Canali. 9.ª ed. Porto Alegre: L & PM Editores Ltda. 1980. p. 86.

⁶¹ PORTELLI, Huges. *Gramsci e o Bloco Histórico*. Trad. Angelina Peralva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, p. 98.

⁶² GRAMSCI, Antonio. Op. cit., p. 6.

⁶³ CERRONI, Umberto. *Teoria do Partido Político*. Trad. Marco Aurélio Nogueira e Silvia Anette Kneip. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1982, p. 74.

⁶⁴ *Ibid*, p. 64.

⁶⁵ *Ibid*, pp. 11-2 e 26.

⁶⁶ FAY, Victor. Op. cit., p. 50.

um mecanismo político estreitamente articulado com a problemática;

2.º fase — intra-uterina: ocorre quando o nível de agregação supera os interesses econômicos ou corporativos, começando, então, por avançar sobre o horizonte político da convivência estatal. É o momento da *catarse* gramsciana. Esta fase proporciona a realização de encontros mais gerais, mas, ainda, *debeis* em relação a propostas de transformações profundas na sociedade. Ou seja, neste momento o partido político ainda se encontra numa relação de contraposição radical, configurando-se muito mais como uma *seita*, como uma *parte*, que ainda não é capaz de se propor como um todo;

3.º fase — extra-uterina: nesta fase, o mencionado segmento social exprime a sua capacidade de direção hegemônica em relação ao conjunto da sociedade, não mais de uma parcela. Essa nova força se *contrapõe* ao bloco hegemônico existente, denunciando a sua parcialidade, não só como uma *parte a ser substituída*, mas também como uma *parte-todo*. Assim, substitui-se por inteiro um Estado faccioso para introduzir-se um modelo unitário, mediante a combinação de interesses entre a força *impulsionadora da transformação*, com os dos demais segmentos sociais⁶⁷.

Feita esta prescrição histórica do partido político, fica evidente que reduzir a sua investigação ao nascimento dos clubes e comitês eleitorais, simples mecanismos de força política, dotados de alguma unidade propagandística, torna-se uma tarefa um tanto quanto delicada e complexa, porque, acima de tudo, o partido político não representa

“apenas uma forma de agregação ideológica, mas uma forma de agregação ideológica para defender uma condição humana, para remover determinadas circunstâncias históricas que a deformam”⁶⁸.

A rigor, o partido político deve ser analisado sob uma ótica política, e não a partir de um *eticismo organizativo*, o qual entende que a separação entre dirigentes e dirigidos é um “mal necessário” de toda forma de organização. O processo de desenvolvimento partidário exige muita criatividade e flexibilidade. O seu programa deve ser vivo e operativo, capaz

de captar a essência das transformações práticas e, por isso, também da própria organização. A simples importação de modelos organizativos não contribui em nada para o fortalecimento do partido, beneficiando somente a *partidocracia*⁶⁹, isto é, a reprodução de sistemas políticos frágeis e a conseqüente despoliticização popular.

O partido político encarna, em si mesmo, a necessidade de uma mediação orgânica entre o político e o social, o que exige a presença de um elemento de reelaboração teórica para corresponder aos anseios da sociedade, e de um elemento de atuação sócio-política, já que a organização partidária não pode ficar distanciada do seu contexto social, pois, para quem deseja ser o *príncipe moderno*, mediar a política, a economia e a ciência parece ser a sua grande tarefa⁷⁰.

Isto quer dizer, para Cerroni, que o partido político deve ser capaz de, ao mesmo tempo, elaborar e agir; ele deve elaborar operadores e não apenas idéias, deve realizar na prática projetos ideológicos e não meros esquemas de comando, o que só será possível por intermédio de um partido orgânico, sincrético e em plenas condições de reavaliar os velhos diagnósticos e terapias sociais⁷¹.

Enfim, compreende Cerroni que:

“O partido político deve ser ambicioso e modesto como o cientista, e como bom intelectual coletivo, de descobrir a virtude da ciência, a dúvida metódica na corajosa pesquisa da verdade, a persistente finalização das menores operações, a fantasia criadora e a disponibilidade antidogmática para a experimentação”⁷².

Na sociedade contemporânea, o partido político apresenta-se como o canalizador das necessidades, solicitações e esperanças de universalizar a vida de todos os homens, não apenas de seus membros, ou de um determinado segmento social. Nesse contexto, o pluralismo torna-se uma necessidade fundamental para a instituição que queira desenvolver-se com base na liberdade política. O confronto ideológico surge como garantia da plena integração democrática, não havendo qualquer espaço para o aniquilamento coercitivo⁷³.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 36 e 70.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 30.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 50-1.

⁷² *Ibid.*, p. 53.

⁷³ *Ibid.*, p. 58.

⁶⁷ CERRONI, Umberto. Op. cit., p. 50.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 17.

Por fim, para Cerroni, numa perspectiva histórica, o partido político tem dois caminhos a seguir:

1.º ou se torna o intermediário da autodireção universal; e

2.º se reduz a ser o chefe burocrático de uma organização autoritária, oligárquica, mortificante da vida social.

4. Considerações finais

O pensamento tradicional concebe o partido como um instrumento legal de conquista do poder. A preocupação centrada no sistema representativo, nessa abordagem estrutural-elitista, caracteriza o partido como um fim em si mesmo, distanciado do contexto social. O partido representa uma oligarquia burocrática, constituída por uma elite dirigente, que se utiliza de sua estrutura com vistas tão-somente ao processo eleitoral.

Na teoria orgânica, o partido político extrapola sua condição liberal de instrumento da atuação da representação. O parâmetro eleitoral e parlamentar é superado de tal modo que o partido se constitui num espaço de luta e conscientização política. A organização partidária deve almejar mais que os efeitos representativos e eleitorais. O partido torna-se um formador de consciência.

A partir do momento que o partido deixar de ser analisado sob a ótica do *ceticismo organizativo*, ou seja, como um simples ente da correia de transmissão do poder, ele poderá ser transformado em um mediador orgânico capaz de atuar entre o político e o social, com condições plenas de ser criativo e receptivo às transformações sociais.

O contexto jurídico-constitucional do Mercosul

ISABEL VAZ

O estudo dos tratados internacionais revela toda a sua importância na medida em que aqueles atos consubstanciam a substituição da força pelo Direito na composição das controvérsias entre os povos.

A América Latina não conheceu conflitos com as dimensões daqueles que ensanguentaram a Europa, principalmente durante a 2.^a Guerra Mundial. O temor de sua repetição levou os próceres políticos a buscarem, através de tratados primeiramente de natureza econômica, afastar o espectro da guerra, com todo o seu cortejo de atrocidades. Destruidoras das belas obras artísticas e arquitetônicas, e das poderosas indústrias, a guerra aniquila os mais caros valores cultivado pela humanidade: vida, liberdade, honra, dignidade.

Mas os países da América Latina enfrentam a sua guerra, e uma guerra não menos cruel: a luta contra a fome, a miséria, as doenças, o analfabetismo e a marginalização da grande maioria das populações, agravada pela recessão, o desemprego, a queda do poder aquisitivo. Uma das armas mais eficazes contra esses males encontra-se, principalmente, na celebração de tratados internacionais. Mediante a conjugação de esforços, lançam-se os povos à conquista de novas oportunidades de emprego remunerador, de benefícios do progresso científico e tecnológico, de uma repartição mais justa de rendas, objetivos que, alcançados, assegurarão melhores condições de vida.

O Tratado de Assunção não aparece como uma panacéia para todos aqueles males. Mas representa, seguramente, a melhor estratégia para a retomada do crescimento.

Depois de algumas tentativas, cujos resul-

Isabel Vaz é Professora Adjunta de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFMG. Ex-Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE. Membro Honorário do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo — IBRAC.

Conferência proferida no Seminário sobre "Aspectos Jurídicos e Institucionais do Mercosul", promovido pelo Instituto dos Advogados de Minas Gerais, em Belo Horizonte, entre os dias 25 e 29 de outubro de 1993.

tados ficaram aquém do esperado os quatro Estados signatários do Tratado de Assunção — Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai — conjugam seus melhores esforços para viabilizar a integração latino-americana.

O parágrafo único do artigo 4.º da Constituição brasileira de 1988, por sua vez, não deixa dúvidas quanto à natureza do comando ali expresso:

“Art. 4.º — (omissis).

Parágrafo único — A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Os objetivos — ou as dimensões — da proposta constitucional brasileira são tão ambiciosos que, pode-se dizer, começam por onde terminam as metas europeias de integração. Uma breve retrospectiva dos caminhos percorridos pela unificação europeia demonstra o afirmado.

Sabe-se que o Tratado CECA, firmado em Paris a 18 de abril de 1951, instituindo a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, precedeu a criação das Comunidades Europeias, iniciada através dos Tratados de Roma, assinados a 25 de março de 1957. O Tratado de Paris tinha um objetivo econômico visível, no sentido de colocar o conjunto da produção franco-alemã de carvão e de aço sob uma “Alta Autoridade Comum”, em uma organização aberta à participação dos outros países da Europa, segundo proposta de Robert Schuman¹.

Na verdade, afirmam os comentaristas, o objetivo político — evitar um novo e sangrento confronto entre a França e a Alemanha, mediante a integração das indústrias pesadas — sobrepunha-se a qualquer outro, por mais imediato pudesse parecer.

Alguns anos depois da criação da Comunidade Econômica do Carvão e do Aço, os mencionados Tratados de Roma instituíram a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (EURATOM, ou CEEA), com a participação inicial de seis Estados (Alemanha, França, Itália, e os três países do BENELUX, Bélgica, Holanda, Luxemburgo). Estes países ficaram

submetidos a órgãos supranacionais, de competência limitada a certos domínios, mas dotados, nesses domínios, do poder de tomar decisões e de impô-las aos Estados-Membros².

Com este compromisso de acatar decisões emanadas de um organismo supranacional, sem qualquer sombra de dúvida, os membros da Comunidade Econômica Europeia precisaram repensar o conceito de soberania — ao menos em matéria econômica — para viabilizar esta primeira etapa do processo de integração, cuja arquitetura assumia claramente a forma de federação. A Grã-Bretanha vinha se recusando, desde o início a alienar parte de sua soberania, preferindo adotar estratégias de mera “cooperação” e de “coordenação” de políticas. As resistências da Inglaterra ao processo de integração somente foram vencidas nos primeiros anos da década de setenta, quando aquele país formalizou sua adesão aos Tratados de Roma.

O estadista Robert Schuman, ao idealizar a união econômica, juntamente com Jean Monnet, projetava uma espécie de “solidariedade de fato”, que preparava o terreno para a criação do que denominava “uma Europa política”³.

A implantação do Mercado Comum Europeu não se processou sem dificuldades, como, por exemplo, as decorrentes da idéia de “supranacionalidade” e da questão das “resistências das soberanias”. Uma das crises mais graves ocorreu em 1965, pois os “Seis” não puderam chegar a um acordo sobre os regulamentos agrícolas, patenteando-se a oposição entre duas concepções antagonicas, através da entrevista coletiva do General de Gaulle, de 9 de setembro de 1965.

A crise resultava do conflito entre os que concebiam uma construção “supranacional”, devendo chegar a uma Europa federal, segundo a evolução natural da interpretação dos Tratados de Roma e de Paris; e aqueles que pretendiam uma “Europa das conferências diplomáticas”, sem abandono da soberania, como parecia desejar o General de Gaulle. Uma dupla contestação incidiu sobre o papel da Comissão Europeia e sobre o princípio do “voto majoritário” no Conselho de Ministros. Durante mais de seis meses, a França absteve-se

² *Idem*, op. cit. *Introdução*, p. XLIX.

³ Cf. SCHUMAN, Robert. Apud CARTOU, op. cit., p. 4.

¹ Cf. CARTOU, Louis. *Précis des organisations européennes*. Dalloz, Paris, 1971, pp. 3 e ss.

de comparecer às sessões das instituições comunitárias. A crise terminou com os "acordos de Luxemburgo" (janeiro de 1966), que não modificaram as competências dos órgãos da Comunidade, mas permitiram à França indicar, por antecipação, que não aceitaria o princípio majoritário, quando interesses julgados essenciais por ela estivessem em jogo⁴.

A crise, de certa forma, opôs a "Europa das Comunidades" e a Europa do "Concerto europeu", típica do século XIX, e caracterizada por uma cooperação interestatal, resultante de acordos diplomáticos. Seus traços essenciais resultavam: da antiga repugnância dos Estados em desistir de parte de sua soberania, rejeitando qualquer forma de federalismo; da incerteza quanto ao número de participantes e da ausência de qualquer instituição dotada de poder supranacional⁵.

A Europa assim criada era uma nebulosa, geograficamente "ampla", mas inorgânica. Nada a distinguia das construções internacionais tradicionais⁶.

A Comunidade se enfraquecia em razão da intransigência de alguns Estados-Membros. A crise monetária de 1968-1969 acarretou consequências graves, marcadas por uma verdadeira ruptura do Mercado Comum. Os partidários da integração entenderam necessário empreender um novo esforço para prosseguir a construção das Comunidades, o que foi objeto da Conferência de Haia, de 1.º e 2 de dezembro de 1969.

Essa Conferência reuniu os chefes dos Poderes Executivos dos Estados-Membros, com o objetivo de desbloquear a construção europeia, de assumir um certo número de compromissos políticos com esse fim e, sobretudo, dissipar certas desconfianças nascidas no curso dos últimos anos, particularmente com relação à França⁷.

A Conferência de Haia procurou, principalmente, comprometer os membros da Comunidade com o aperfeiçoamento da política agrícola, com as negociações com a Grã-Bretanha (e outros candidatos) e com o progresso do domínio da união econômica e monetária.

Transcorridos cerca de trinta anos desses últimos acontecimentos, os obstáculos mais sérios à integração foram sendo aos poucos superados. Isto não impediu o surgimento de novos problemas de outra natureza, como aqueles decorrentes da reunificação das duas Alemanhas, episódio coroado com a queda do Muro de Berlim, mas cujo custeio contribuiu para elevar a inflação alemã. A inflação em si pode não constituir um obstáculo à integração, mas a política de juros altos adotada pelo Premier Helmut Kohl estaria em desacordo com as normas comunitárias.

Como se vê, o processo de integração europeia ainda é um processo *in fieri*, não obstante o decurso de mais de meio século das primeiras tentativas de unificação. Apesar de legitimado pelos resultados positivos obtidos, a "Europa dos Doze" busca o aprofundamento da união. O Tratado de Maastricht, firmado em fevereiro de 1992, determinou a exclusão da palavra "econômica" das expressões "Comunidade Econômica Europeia", numa clara alusão ao novo sentido e às novas dimensões conferidas à integração comunitária. No início, o aspecto econômico constituiu o fundamento de fato, a explicitação de uma "solidariedade efetiva"⁸ para a criação do Mercado Comum, funcionando como uma espécie de alicerce para a integração política almejada. Agora, as novas dimensões do Ato Único Europeu e do Tratado de Maastricht superam o campo econômico, para proporem, ao lado da criação de um grande mercado comum, sem qualquer controle fronteiriço ou outros obstáculos, a unificação política, um sistema monetário europeu, com a criação de uma moeda única, o "ecu", *european currency unit* e a busca de "coesão social". A componente social seria obtida através da melhoria das condições de vida e de trabalho e do fortalecimento da coesão social dentro da Comunidade⁹.

Como forma de aperfeiçoamento das disposições de natureza social dos tratados originários da Comunidade, os textos referentes à união econômica e à política social passaram por um processo de revisão e de reconsideração à luz da realização do mercado interno de

⁴ Cf. CARTOU, Louis. Op. cit., p. XLV.

⁵ *Idem*, pp. XLIV.

⁶ *Idem*, p. XLV.

⁷ Cf. CARTOU, Op. cit., p. XLVI.

⁸ BORCHARDT, Klaus-Dieter. *A unificação europeia. Criação e desenvolvimento da Comunidade Europeia*. 3.ª ed. Documentação europeia. Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1990. Luxemburgo, pp. 21 e ss.

⁹ *Idem*, p. 25.

1992. Este mercado não é concebível sem uma forte segurança social¹⁰. O que se busca com esse projeto não é apenas o reforço do crescimento econômico e da capacidade competitiva das empresas européias, mas, também, a consideração e a garantia, mediante a exploração de um espaço econômico comum, da distribuição equitativa dos maiores benefícios e lucros obtidos¹¹. Trata-se, sobretudo, de assegurar a participação nas vantagens decorrentes daquele espaço a todos que, em última análise, constituem, com a sua força de trabalho, os fundamentos e a base para o funcionamento de um mercado interno. Esse espaço econômico não teria sentido se comprometesse o nível de vida e o nível de proteção social dos cidadãos da Comunidade. Ao contrário, a sua justificação política e econômica estará assentada precisamente nos crescentes progressos econômicos e sociais e nas vantagens que poderá oferecer a todos os cidadãos da Comunidade.

Demonstra-se, assim, o afirmado no início, no sentido de que a proposta de integração constitucional brasileira começa com metas tão ambiciosas quanto aquelas visadas numa fase adiantada, de consolidação e sedimentação da Comunidade Européia.

Voltando-se para “o contexto jurídico-constitucional do Mercosul”, tema desta exposição, impõe-se a análise da proposta de integração constante do Tratado de Assunção, em face do ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição de 1988.

Cumprе ressaltar, sob o ponto de vista da técnica legislativa, que existe um projeto de emenda constitucional encaminhado pela Senador Marco Maciel ao Congresso, com o objetivo de atribuir maior eficácia ao dispositivo constante no parágrafo único do artigo 4.º da Constituição, já mencionado. Pretende o projeto transformar o texto que determina a busca da integração latino-americana em princípio constitucional, para, nesta categoria, usufruir maior força impositiva.

Todas as medidas e ações tendentes a possibilitar, no plano jurídico, a integração merecem louvores. E a transformação de um parágrafo em princípio constitucional poderia suprir a falta de menção explícita, na Carta Política brasileira, à recepção dos tratados internacionais, pelo ordenamento jurídico interno,

¹⁰ *Idem*, pp. 24-25.

¹¹ *Idem*, p. 25.

como regra geral.

Referências expressas aos tratados internacionais encontram-se na Constituição argentina de 1853, cujo artigo 31 dispõe:

“Art. 31 — Esta Constituição, as leis da Nação que em sua consequência se editem pelo Congresso e os tratados com potências estrangeiras, são as leis supremas da Nação...”

A Constituição do Paraguai, a seu turno, determina, na parte final do artigo 9.º:

“Art. 9.º — (...) A República poderá incorporar-se a sistemas multilaterais internacionais de desenvolvimento, cooperação e segurança.”

O artigo 103 do mesmo texto legal também cuida da matéria impondo ao Estado o dever de favorecer o processo de integração dos países latino-americanos, para acelerar seu desenvolvimento equilibrado e aumentar o bem-estar comum, em função dos interesses da República, sem detrimento de sua soberania.

A Carta Política brasileira de 1988 não consagra, como norma genérica, a supremacia dos tratados internacionais sobre o direito interno. Casos isolados existem, no entanto, a exemplo do disposto no § 1.º do artigo 178, determinando que a ordenação do transporte internacional cumpra os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

O texto, como se vê, é quase óbvio, pois se o transporte ultrapassar o território nacional, seu regime jurídico escapará, forçosamente, às regras do direito brasileiro, devendo reclamar a incidência de outras normas.

Também com relação aos direitos e garantias expressos na Constituição, existe, nos termos do § 2.º do artigo 5.º, remissão aos tratados internacionais. Quer significar o citado § 2.º que a enumeração dos direitos consagrados na Carta Política vigente não é exaustiva, não excluindo outros decorrentes do regime e dos princípios que adota, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

No Brasil, na Constituição de 1891 (art. 78), passando pelas de 1934 (art. 114), de 1937 (art. 123), de 1946 (art. 144), de 1967 (art. 150, § 35) e pela Emenda Constituição n.º 1, de 1969 (art. 153, § 36), o preceito vem-se repetindo.

No direito comparado, há dispositivos de natureza semelhante na Lei Fundamental da Alemanha (art. 25), na Constituição norte-americana (art. IX) e na de Portugal (art. 16).

Segundo Celso Bastos, a novidade do Texto Legal em apreço repousa na referência aos tratados internacionais "em que a República Federativa do Brasil seja parte"¹².

Esta menção é de grande importância, pois embora não possua a perspectiva aberta, mencionada por Canotilho, com relação ao texto português, referido ao direito internacional geral, permite uma aplicação direta dos direitos consagrados nos tratados firmados pelo Brasil. Exigia a doutrina dominante, lembra Celso Bastos, a intermediação de um ato de força legislativa para tornar obrigatório à ordem interna um tratado internacional¹³.

Tem-se, assim, no direito constitucional pátrio, um regime para os direitos individuais, os quais, se reconhecidos em um tratado firmado pelo Brasil, possuem eficácia plena, imediata. E outro, que prevê, para o direito internacional geral — como seriam as normas contidas no Tratado de Assunção, por exemplo —, a necessidade do referendo do Congresso Nacional, após a sua celebração pelo Presidente da República.

O ato de referendar um tratado internacional, por parte do Congresso significa não apenas o reconhecimento de sua compatibilidade com a Constituição, mas ainda o compromisso no sentido de desenvolver uma ação destinada a implementar os objetivos do texto aprovado e de efetuar a coordenação das políticas macroeconômicas necessárias para tal finalidade¹⁴.

É o que se espera, no caso do Tratado de Assunção, aprovado pelos respectivos Parla-mentos dos Estados-Membros signatários.

Já foi ressaltada a importância da criação do Mercado Comum, como fator de fortalecimento das economias dos Estados-Membros,

¹² Cf. BASTOS, Celso, & MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. 2, Saraiva, São Paulo, 1989, p. 395.

¹³ Cf. BASTOS, Celso. *Op. cit.*, p. 396.

¹⁴ ALMEIDA, Paulo Roberto de. "Introdução a obra de FARIA, José Augusto Estrella". *O Mercosul: Princípios, Finalidade e Alcance do Tratado de Assunção*. MRE/SGIE/NAT, 1993, Brasília, p. VII.

dentro do novo espaço criado e em relação a terceiros países. Mas um dos maiores benefícios da integração talvez resulte do esforço que deverá realizar cada país no sentido de aperfeiçoar a sua estrutura jurídica em face da internacionalização e da globalização que impe- ra, atualmente, em todos os setores da vida social, e do esforço para aprimorar a qualida- de e a competitividade da sua produção de bens, mercadorias e serviços, a fim de obter melhor desempenho nos mercados estrangeiros. Uma estrutura jurídica cuidadosamente concebida e a melhor utilização possível dos fatores pro- dutivos, consistem, na visão do grande pensa- dor Friedrich Hayek¹⁵, condições essenciais para o exercício da livre iniciativa e para a implantação de um modelo benéfico e eficaz de livre concorrência.

Quer isto dizer que, para ser capaz de prac- ticar uma sadia concorrência e para estar apta a integrar-se em um mercado comum, a eco- nomia de um país deve, em primeiro lugar, ser forte e competitiva dentro de suas próprias fron- teiras. Do contrário, sem o protecionismo que lhe permita manter-se, corre o risco de ser ani- quilada pelos concorrentes que apresentarem produtos a preços mais atraentes e de melhor qualidade que os seus.

O Brasil tem, em decorrência de norma jurídica inserida na categoria de "princípio fundamental da República", o dever de procu- rar a integração no campo econômico, político, social e cultural com os povos da América Latina com o objetivo de formar uma comuni- dade latino-americana de nações. Trata-se de um preceito constitucional, cujo destinatário é o Estado brasileiro e que não pode ser descar- tado, principalmente neste momento crítico da vida brasileira.

O Tratado de Assunção, firmado em 1991, após a vigência da atual Constituição, portan- to, apresenta-se como o instrumento que pode viabilizar aquele preceito. Mas como foi de- monstrado, a integração demanda a remoção de uma série de obstáculos que se encontram nos ordenamentos jurídicos dos países interes- sados. Com os signatários do Tratado de Assunção não é diferente.

Alguns daqueles obstáculos podem ser identificados, levando-se em consideração os objetivos propostos e os instrumentos previs-

¹⁵ Cf. HAYEK, Friedrich. *La route de la servi- tude*. P.U.F., Paris.

tos no referido texto legal para a sua consecução.

Entre os princípios a serem observados pela ordem jurídica brasileira, com vistas à implantação do Mercosul, destacam-se:

1 — a livre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais entre os países signatários, mediante outras providências, a eliminação dos direitos alfandegários e outras restrições não tarifárias à circulação no espaço econômico criado;

2 — o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômicos-comerciais regionais e internacionais;

3 — a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes — de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem — a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes; e

4 — o compromisso dos Estados-Partes no sentido de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

Além dos princípios acima, constantes no artigo 1.º do Tratado de Assunção, e cuja efetivação implica a adoção de uma série de medidas legislativas, cumpre mencionar ainda a questão da reciprocidade e o seu desdobramento em alguns setores.

O artigo 2.º do Tratado dispõe que o Mercado Comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados-Partes. Aqui começa uma série de indagações acerca de preceitos contidos na Constituição brasileira e que, por sua natureza protecionista, ariscam-se a contradizer os pressupostos e a dificultar o processo de integração. É que, a rigor, as Constituições dos signatários do Tratado de Assunção não poderiam estabelecer discriminações a favor dos seus nacionais, excluindo, assim, daqueles benefícios as pessoas — físicas ou jurídicas — dos outros Estados-Membros.

I — Tome-se, como exemplo, o artigo 172 da Carta Política brasileira — e a legislação infraconstitucional destinada a assegurar a sua

efetividade —, que dispõe:

“Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.”

As leis ordinárias que regulamentam essa matéria datam de 1962 — Lei n.º 4.131 — e de 1965 — Lei n.º 4.390, mas foram “recepcionadas” pela Norma Constitucional, que veio, assim, fortalecer e conferir maior rigidez, hierarquia e permanência aos seus comandos.

O artigo 1.º da Lei n.º 4.131, de 3 de setembro de 1962, define como capital estrangeiro

“os bens, máquinas e equipamentos entrados no Brasil em dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no País, para aplicação em atividades econômicas, desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior” (grifos nossos).

Esclarecendo melhor o texto, observa o Professor Celso Bastos que, em todos os casos, deve haver o ingresso efetivo no Brasil de serviços ou valores originários do exterior e que existem diversos tipos de capital estrangeiro:

I — os investimentos diretos sob a forma de bens de capital, máquinas e equipamentos;

II — os investimentos diretos sob a forma de recursos econômicos ou financeiros (dinheiro e crédito);

III — os empréstimos e financiamentos em moeda estrangeira;

IV — os contratos de transferência de tecnologia averbados no INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial); licença para exploração de patente, (LEP); licença para uso de marca (LUM); fornecimento de tecnologia industrial (FTI); cooperação técnico-industrial (CTI) e Serviços Técnicos Especializados (STE)¹⁶ (grifos nossos).

O capital estrangeiro era antes registrado na Superintendência da Moeda e do Crédito

¹⁶ Cf. BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. 7.º vol. Saraiva. São Paulo, 1990, pp. 63 e ss.

— SUMOC. Com a transformação desta em autarquia federal, denominada Banco Central, por força da Lei n.º 4.595, de 31.12.1964, um de seus departamentos, o de Fiscalização e Registro de Capitais Estrangeiros (FIRCE), é hoje competente para esse registro. Esse mecanismo, ao determinar quais os tipos de bens que devem ser registrados no BACEN, permite ao poder público não só controlar o seu fluxo, como ainda estabelecer os gravames que oneram as remessas ao exterior, intervindo, segundo as diretrizes das políticas públicas, sobre tais propriedades. São, assim, passíveis de registro no FIRCE:

I — os capitais estrangeiros que ingressarem no país sob a forma de investimento direto ou de empréstimo, quer em moeda, quer em bens;

II — as remessas ao exterior como retorno de capital (repatriamento) ou rendimento de capital (ganho de capital), lucros, dividendos, juros, amortizações (de principal), bem como as de transferências de tecnologia (pagamento de *royalties* e assistência técnica) ou por qualquer outro título que implique transferência de rendimento para fora do Brasil;

III — os reinvestimentos de lucros dos capitais estrangeiros, ainda que se trate de pessoa jurídica com sede no Brasil, mas filiada a empresas estrangeiras ou controladas por maioria de ações pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas com residência ou sede no estrangeiro; e

IV — as alterações do valor monetário do capital das empresas, efetivadas de acordo com a legislação em vigor (em moeda nacional) ¹⁷.

As restrições ao capital estrangeiro permitidas pela legislação brasileira enquadram-se em três categorias principais:

1.^a) *restrições de natureza econômica*. Ao capital estrangeiro aplicado em atividades produtoras de bens e serviços de consumo suntuário, conforme for definido em decreto do Poder Executivo, poderá ser limitada a remessa de lucros ao exterior, anualmente, a oito por cento do capital registrado no BACEN. Se

a soma a ser remetida ao exterior exceder o limite de oito por cento, essa quantia será classificada como retorno de capital e deduzida do registro correspondente, para fins de remessa futura. É facultado, porém, o seu reinvestimento nas próprias empresas, quando produtoras de bens e serviços, ou em regiões e setores de atividades consideradas de interesse para a economia nacional, segundo constar em decreto do Poder Executivo.

Essas restrições de natureza quantitativa não tiveram aplicação concreta ainda, em razão da ausência de definição, por parte do Governo, do que se deva entender por "atividades produtoras de bens e serviços suntuários". Mas há sempre a possibilidade, ao arbítrio do Poder Executivo, no sentido de definir essas atividades e aplicar as sanções apontadas.

2.^a) *restrições cambiais*. A Lei n.º 4.131/62 autoriza a imposição de restrições dessa natureza toda vez que ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamento ou quando houver sérias razões para prever a iminência de tal situação. Nesses casos, o Conselho Monetário Nacional poderá aplicar restrições por prazo determinado à importação e às remessas de rendimento dos capitais estrangeiros.

Para atingir tal fim, o BACEN poderá centralizar total ou parcialmente as operações de câmbio, verificando-se as seguintes consequências imediatas, de caráter temporário:

a) proibição de remessa a título de retorno de capitais; e

b) limitação de remessas de lucros e dividendos até dez por cento ao ano, calculados sobre o valor dos investimentos e reinvestimentos registrados no BACEN, ou até cinco por cento ao ano, na hipótese de investimentos aplicados em atividades produtoras de bens e serviços de consumo suntuário;

3.^a) *restrições de ordem fiscal*:

a) a distribuição de lucros ou dividendos às pessoas físicas ou jurídicas, residentes, domiciliadas ou com sede no exterior, sujeita-se ao recolhimento do imposto de renda na fonte, à alíquota de

¹⁷ Cf. exposição constante in BASTOS, Celso. Op. cit., pp. 64-65.

25%. O fato gerador do imposto é o pagamento, crédito, emprego, remessa ou entrega do rendimento tributável. A alíquota de 25% pode ser reduzida, se existir, entre o Brasil e o país do qual o titular do rendimento tributável for nacional, ou residente, convenção para evitar a dupla tributação¹⁸. O Brasil firmou acordos dessa natureza com a Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Equador, Espanha, França, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suécia e Finlândia;

b) foi criado ainda o Imposto Suplementar de Renda, que pode incluir-se na categoria das restrições fiscais. Incide sobre lucros e dividendos remetidos ao exterior, sempre que tais lucros ou dividendos excedam um determinado limite. O montante de lucros e dividendos líquidos distribuídos aos investidores estrangeiros sujeita-se ao Imposto Suplementar de Renda toda vez que a média das distribuições em um triênio exceder a 12% o valor do capital e dos reinvestimentos registrados. A cobrança desse imposto faz-se de acordo com a seguinte tabela¹⁹:

A simples leitura desses números revela a intenção do legislador: utilizar a tributação como instrumento de política econômica destinada a estimular o reinvestimento no País dos lucros ou dividendos aqui gerados e auferidos por pessoas físicas ou jurídicas, residentes, domiciliadas ou com sede no exterior e, ao mesmo tempo, desencorajar as remessas volumosas.

A criação do Mercosul representa para os signatários do Tratado de Assunção uma estratégia vital de desenvolvimento. Mas o Brasil arrisca-se a perder investimentos de capitais para os seus parceiros que dispõem de mecanismos jurídicos mais atraentes à fixação de bens destinados à produção em seus territó-

rios. É o caso, por exemplo, do artigo 102, *in fine*, da Constituição do Paraguai, que favorece expressamente o capital estrangeiro, investido em atividades produtivas, como complemento necessário para o desenvolvimento nacional.

O artigo 37 da Constituição do Uruguai declara ser livre a entrada de toda pessoa no território da República, sua permanência nele e sua saída com seus bens, com a observância das leis e salvo prejuízo de terceiros.

Quanto à livre entrada e saída de pessoas e bens, o artigo 56 da Constituição do Paraguai contém dispositivo semelhante ao da Carta Política do Uruguai.

A manutenção do atual regime jurídico do capital estrangeiro pode prejudicar as inversões tão necessárias à retomada do crescimento no Brasil. Não é segredo para ninguém a existência de um processo denominado "fuga de capitais", que acarreta enorme prejuízo à economia brasileira.

Tanto o tratamento pouco atraente para o capital estrangeiro quanto as causas da fuga de capitais podem ser equacionados através de uma regulamentação serena, despojada de uma xenofobia anacrônica e de partidarismos retrógrados. Com a globalização da economia, há quem diga que o capital não tem nacionalidade e ganha mais quem melhor souber administrá-lo, direcionando-o para a dinamização dos recursos naturais e para a produção de novas riquezas. Pois somente a multiplicação das riquezas poderá gerar uma redistribuição mais justa de rendas entre os diferentes fatores de produção.

II — Outro aspecto preocupante, em relação aos dispositivos constitucionais e à proposta de integração, encontra-se na definição de "empresa brasileira de capital nacional", contida no inciso II do artigo 17 da Constituição vigente. Nos termos do mencionado texto, é de capital nacional a empresa cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno. E por controle efetivo da empresa entende-se a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício de fato e de direito do poder decisório para gerir suas atividades.

O texto tem sido objeto da crítica de muitos juristas, por diversas razões. Por um lado, permite interpretação equivocada, consagran-

| Distribuição líquida (média) em relação ao capital registrado | Alíquota do Imposto Suplementar de Renda |
|---|--|
| Até 12% | isento |
| Mais de 12% | 40% |
| Entre 15% e 25% | 50% |
| Acima de 25% | 60% |

¹⁸ Cf. BASTOS, Celso. Op. cit., pp. 66-67.

¹⁹ Cf. BASTOS, Celso. Op. cit., p. 67.

do a "aparência" de sociedade nacional, ao exigir apenas que as "pessoas físicas" detentoras do controle efetivo da empresa sejam "domiciliadas" e "residentes" no País. Como observa, com argúcia, o Ministro Oscar Corrêa, a Lei Magna não exige que os controladores sejam brasileiros, mas tão-só que possuam domicílio e residência no País²⁰. Residência e domicílio não são exigências difíceis de serem observados.

Este critério é falho, segundo alguns autores, ao permitir, implicitamente, que as empresas brasileiras de capital nacional sejam controladas por estrangeiros, bastando apenas que possuam domicílio e residência no Brasil. Se o intuito do legislador constituinte foi o de criar um tratamento protecionista e privilegiado para empresas genuinamente brasileiras, não soube valer-se das expressões legais adequadas. Acabou conferindo a empresas controladas por estrangeiros "proteção, benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País", nos termos do disposto no § 1.º do artigo 171 supramencionado. E segundo a norma contida no § 2.º do mesmo texto, a empresa assim constituída ainda terá preferência por parte do poder público na aquisição de bens e serviços.

Como observa ainda o Ministro Oscar Corrêa, pelo disposto nos §§ 1.º e 2.º do artigo 173, nem as empresas públicas, nem as sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas, fogem ao regime das empresas privadas, nem gozam de privilégios quanto às obrigações trabalhistas, tributárias e fiscais. Mas as empresas brasileiras de capital nacional, mesmo controladas por estrangeiros, desde que residentes e domiciliados no País, podem usufruir todos os benefícios já enumerados²¹.

Em termos de proteção ao interesse nacional — única explicação para discriminação feita²² —, o dispositivo é falho, insuficiente e inadequado.

De outro lado, o texto sob comento vem

²⁰ Conforme CORRÊA, Oscar Dias; *A Constituição de 1988. Contribuição Crítica*. 1.ª ed. Forense Universitária. Rio, 1991, p. 204.

²¹ *Idem*, p. 204.

²² Cf. MARTINS, Ives Gandra. (Coord.); "A reserva de mercado e a ordem econômica", in *A Constituição aplicada*. Belém, CEJUP, 1989, pp. 78-81.

sendo fustigado, por entenderem alguns que muitas empresas de capital estrangeiro contribuem mais para o desenvolvimento do País do que as nacionais. Argumentam que, para merecer a proteção diferenciada, as empresas precisam exercer:

A) atividades estratégicas para a defesa nacional;

B) atividades imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

C) atividades imprescindíveis ao desenvolvimento tecnológico nacional.

Assim, para uma corrente de pensadores²³, o tratamento discriminatório favorável à empresa brasileira de capital nacional só seria admissível se a empresa estrangeira colocasse em risco:

A) as atividades estratégicas elencadas;

B) o desenvolvimento econômico;

C) o desenvolvimento tecnológico do País.

Argumentam os que assim raciocinam que a ordem econômica consagrada na Constituição brasileira de 1988 é informada pelos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da isonomia, entre outros. E as empresas estrangeiras que contribuem para o desenvolvimento do País nos campos econômico, social e tecnológico não poderiam sofrer limitações por parte da lei ordinária, sob pena de ofensa aos princípios maiores da Carta Política²⁴.

Esta breve abordagem tem como escopo apenas identificar, no corpo da Constituição brasileira, algumas das questões que podem representar dificuldades ao processo de integração proposto pelo Tratado de Assunção.

Mas essas dificuldades não são insuperáveis, como prova a criação do Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas. Os chefes de Estado do Brasil e da Argentina assinaram, a 6.6.1990, o tratado que estabeleceu o Estatuto das Empresas Binacionais, a fim de promover a integração e complementação a nível de empresas, para assegurar o êxito dos objetivos do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, firmado a 29 de novembro de 1988.

Na empresa binacional, os controladores

²³ *Idem*, p. 54.

²⁴ *Idem*.

podem ser pessoas físicas, jurídicas, públicas ou privadas. E desde que sejam argentinos ou brasileiros, poderão beneficiar-se dos privilégios concedidos à empresa de capital nacional.

Não seria possível, neste espaço, aprofundar a análise acerca de outras matérias suscitadas pela criação das binacionais. Existem ainda questões não equacionadas, referentes à defesa do consumidor, ao controle de qualidade de produtos, à defesa do meio ambiente, à repressão ao abuso do poder econômico, e que

demandam enorme esforço de harmonização de seus respectivos regimes jurídicos.

Pretende-se apenas lembrar que se os problemas de ordem legal decorrentes da integração constituem uma realidade, compete à sociedade, aos empresários e aos estudiosos apontá-los. E aos juristas, dedicar o melhor de seus esforços no sentido de oferecer soluções equilibradas, que se inspirem no objetivo maior de acelerar o processo de desenvolvimento econômico com justiça social.

Breves apontamentos sobre a presença do pensamento hobbesiano na hodierna concepção de segurança

RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Preliminares ao pensamento hobbesiano. 3. O estado de natureza. 4. Do contrato social. 5. Hobbes e a compreensão dos direitos fundamentais. 6. Conclusão.

1. Introdução

Tem-se observado, nos últimos tempos, uma forte reação negativa da sociedade no que diz respeito aos direitos humanos. Com efeito, para o homem comum, o militante na defesa dos direitos humanos é um defensor dos inimigos da sociedade, daqueles que mantêm a sociedade em sobressalto, é um emperrador da ação eficiente do aparelho repressor do Estado. Culpa-se a brandura das leis, clama-se por penas mais severas, por uma atuação, enfim, mais efetiva do Estado no proporcionar maior segurança para os indivíduos.

Este quadro, para cujo agravamento muito tem a mídia contribuído, fez-me refletir se não era o momento de se investigar as raízes desta mentalidade. A fundamentação deste modo de pensar, em que a segurança deve ser obtida a qualquer preço, em que qualquer possibilidade de se comprometer essa segurança deve ser reprimida de modo que inspire um terror tal que atalhe quaisquer outras tentativas neste sentido. Voltei os olhos para Hobbes. Com efeito, o que efetivamente se pretende fazer crer à sociedade não é que o soberano deva ser obedecido em virtude de ser decorrente de Deus o seu poder, mas sim que tal obediência é indispensável à sobrevivência dos homens de bem. E esta é a pedra de toque do absolutismo racionalista hobbesiano.

O presente trabalho pretende levantar as

Ricardo Antônio Lucas Camargo é Procurador do Estado do Rio Grande do Sul e Doutorando em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais.

questões sobre o como e o porquê de Hobbes ter chegado a tais conclusões e como elas produzem até hoje ressonância. Primeiro, o pensamento hobbesiano será situado em sua época para, logo em seguida, ser examinada a hipótese do Estado de Natureza e do Contrato Social. Pretendo, o máximo possível, limitar-me a expor o pensamento hobbesiano para, ao final, tomar alguns de seus aspectos que produzem ressonância até hoje nas relações sociedade x Estado.

2. Preliminares ao pensamento hobbesiano

Thomas Hobbes nasceu a 5 de abril de 1588 em Westport, hoje parte de Malmesbury. Por esta época, a Inglaterra elizabetana e a Espanha de Felipe II disputavam o domínio dos mares, bem como a posse do ouro extraído às Américas. "Reports of the Spanish Armada were filling England with alarm at the time of his birth, and Hobbes afterward attributed his own love of peace to the fact that fear and he were twins"¹. O rei português D. Sebastião morria em Alcácer Q'bir sem deixar herdeiros, aumentando, deste modo, os domínios da Espanha. A Igreja via-se obrigada a combater em várias frentes ao mesmo tempo: não bastassem os muçulmanos, no seio do próprio cristianismo a autoridade papal fora posta em xeque, não apenas por teólogos como Lutero e Calvino, mas por chefes de Estado como Guilherme de Nassau e Henrique VIII, seguido de perto por sua filha Elizabeth I. Mesmo os monarcas que professavam o catolicismo não podiam ser considerados autênticos campeões da Igreja, pois muitos davam razão à formulação de Dante Alighiere, segundo a qual a autoridade temporal "não depende do vigário de Deus, depende de Deus,"² pelo que "a faculdade de autorizar o reino da nossa mortalidade é contrária à natureza da Igreja"³. Pelo contrário, por vezes se aliavam a inimigos de fé: a França, temerosa das pretensões imperialistas da Espanha, não hesitou em se aliar aos otomanos e à Suécia luterana⁴. O desenvolvimen-

to das ciências decorrente dos conhecimentos adquiridos através do Oriente ameaçava os dogmas da cosmografia geocêntrica, pondo em dúvida certas passagens das Escrituras⁵. Sem embargo de, em si mesma, não ser nova concepção heliocêntrica de Copérnico⁶, cuja formação, de resto, era do típico erudito medieval⁷, ela atingia de frente a autoridade eclesial por desconstituir a maior prova do amor de Deus pelos homens: o ter situado sua morada no centro do Universo imóvel⁸. O princípio da autoridade sofria seus abalos: Paracelso tro-

⁵ Josué 10:12, e.g. Diga-se de passagem que também Lutero e Calvino não pouparam diatribes à "blasfema" doutrina copernicana. Cf. GAROZZO, Filipo. *Nicolau Copérnico*. Rio de Janeiro. Editora Três, 1975, p. 146.

⁶ "A apoiarmo-nos apenas na sua própria narrativa da questão, ele buscou inspiração nos escritos de outros autores antigos além de Aristóteles e Ptolomeu para descobrir se algum deles tinha alguma vez imposto que os movimentos das esferas eram diferentes dos exigidos pelas escolas matemáticas. E com efeito em Plutarco — para quem Copérnico se poderia ter virado por causa de seu bem conhecido ensaio sobre *O Rosto da Lua* — ele encontrou alusões a pitagóricos do Século Cinco como Filolaus e Heráclides, que tinham suposto que a Terra se movia. *Aproveitando-me disto também eu comeci a pensar na mobilidade da Terra: e embora a opinião parecesse absurda (...) considerei que mais facilmente me seria permitido tentar se, atribuindo algum movimento à Terra, se poderia também descobrir explicações mais sólidas [do que as dos matemáticos antigos] para a revolução das esferas celestes"* (HALL, A. Rupert. *A revolução da ciência: 1500-1750*. Trad. MARIA TEREZA LOURO PÉREZ. Lisboa, Ed. 70, 1988, p. 98). Também Aristarco de Samos, no Século III a.C., aventou a hipótese heliocêntrica, confundida por Hiparco de Alexandria (CHILDE, V. Gordon. *O que aconteceu na história*. Trad. WALTENSIR DUTRA. Rio de Janeiro. Zahar, 1960, pp. 251-2).

⁷ Trabalho baseado em um corpo de observações aceitas sem discussão quanto à precisão e homogeneidade, selecionadas da autoridade de poetas e filósofos, a busca agostiniana da assimilação da filosofia pagã à doutrina cristã, a eliminação das contradições. Cf. HALL, *op. cit.*, pp. 85-6; JEAUNEAU, Édouard. *A filosofia medieval*. Trad. JOÃO AFONSO DOS SANTOS. Lisboa. Ed.70,1986.p. 13.

⁸ "Que diria a minha gente se ouvisse de mim que mora num pedaço pequeno de rocha que gira ininterruptamente no espaço vazio, à volta de outra estrela, um pedaço entre muitos, sem maior expressão? Para que tanta paciência e resignação diante da miséria? Elas não ficariam sem cabimento? (...) Nenhum papel nos foi destinado, afora este papel

¹ WERNHAM, Archibald G. - Hobbes, Thomas. In: PLURES. *Encyclopaedia Britannica*. London. Encyclopaedia Britannica, 1965, v. 11, p. 564.

² *Da monarquia*. Trad. JOÃO PENTEADO ERSIKINE STEVENSON. Rio de Janeiro. Tecnoprint, [s/d], p. 134.

³ *Id.*, *ibid.*, p. 132.

⁴ SÉDILLO, René. *De Adão à ONU*. Trad. HOVANIR DE ALCÂNTARA SILVEIRA. São Paulo. Ibrasa, 1966, pp. 171-2.

çava do saber puramente livresco, construindo sua peculiar filosofia natural a partir de suas experiências laboratoriais⁹, Giordano Bruno, que a partir de Copérnico elaborou toda uma metafísica hermética, em que o universo seria infinito e tudo o que nele se contém constituiria parte de um mesmo corpo, chegou a afirmar:

“Quem quiser julgar corretamente, como já falei, deve saber despojar-se do costume de acreditar; deve considerar igualmente possível tanto uma como a outra contraditória, e abandonar de fato aquela tendência da qual estamos imbuídos desde a infância: tanto a que nos apresenta a conversação geral como a outra, para a qual renascemos através da filosofia, morrendo para o vulgo entre os estudiosos considerados sábios por toda a multidão, uma determinada época”¹⁰.

Galileu Galilei, outro copernicano, no seu *Saggiatore* resumiu a rejeição do argumento de autoridade e a busca da explicação racional para os fenômenos da natureza:

“A Filosofia encontra-se escrita neste grande livro que continuamente se abre perante nossos olhos (isto é, o universo), que não se pode compreender antes de entender a língua e os caracteres em que está escrito. Ele está escrito em

terrestre e lamentável, numa estrela minúscula, inteiramente dependente, que não tem nada girando à sua volta? Não há sentido na nossa miséria” (BRECHT, Bertolt. *A vida de Galileu*. Trad. ROBERTO SCHWARZ. São Paulo. Abril Cultural, 1977, pp. 133-4). O próprio Copérnico, aliás, confirma os temores da personagem brechtiana, já que a imobilidade do Sol é que lhe conferiria o papel de astro-rei, como se lê em THOMAS S. KUHN (*The copernican revolution*. Massachusetts. Harvard University, 1972, p. 153). Segundo a Prof^a ELZA MARIA MIRANDA AFONSO, o *status* de nobreza conferido à imobilidade era devido à idéia que tinham os antigos gregos a respeito da mobilidade como caracterizada sempre por um movimento de ascensão e decadência, deterioração. Só o que fosse eterno é que mereceria reverência, isto é, só o que se não pudesse deteriorar. *Apud* nota de aula de abril de 1991.

⁹ HALL, *op. cit.*, p. 130.

¹⁰ Sobre o infinito, o universo e os mundos. Trad. HELDA BARRACO & NESTOR DEOLA. In: PESSANHA, José Américo Motta (org.). *Os pensadores*. São Paulo. Abril Cultural, 1978, p. 74.

língua matemática, os caracteres são triângulos, circunferências e outras figuras geométricas, sem cujos meios é impossível entender humanamente as palavras”¹¹.

Antônio Banfi observa uma diferença fundamental entre o experimentalismo da nova ciência e o empirismo que toma como verdade na sua imediata interpretação o apreendido pelos sentidos. “O dado dos sentidos é, sem dúvida, fundamento de todo o saber, mas deve ser controlado e reconhecido na sua relatividade, já que nele, como tal, nunca há erro: o erro está no juízo que, contentando-se como uma analogia ou como uma relação imediata, não tem em conta o complexo entrançado de relações que está por debaixo do próprio dado”¹². Ao operar o dado empírico com a razão, estabelecendo a linguagem matemática em que o mundo se achava escrito, Galileu abriria caminho para duas vertentes de pensamento: o racionalismo cartesiano, que busca a demonstração da realidade e do homem através da matemática, por ser esta a única forma neutra diante do sujeito¹³ e a filosofia experimental de Francis Bacon¹⁴, do qual Hobbes foi amanuense. A imutabilidade deixava de ser o caráter de grande perfeição e nobreza dos corpos naturais. Com efeito, escreve Galileu:

“Quanto a mim, considero a Terra nobilíssima e admirável pelas tão numerosas e diversas alterações, mutações, gerações, etc., que nela incessantemente se fazem, e se acaso, sem estar sujeita a qualquer mudança, ela fosse toda uma

¹¹ *O ensaiador*. Trad. HELDA BARRACO. In: PESSANHA, José Américo Motta (org.). *Os pensadores*. São Paulo. Abril Cultural, 1978, p. 119.

¹² *Galileu*. Trad. ANTÔNIO PINTO RIBEIRO. Lisboa. Ed. 70, 1986, p. 81.

¹³ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais e a Constituinte. In: PFERREIRA, José Edgar Amorim (org.). *Constituinte e Constituição*. Belo Horizonte. UFMG/PROED, 1986, p. 39. A infalibilidade da matemática como forma de demonstração da realidade se vê questionada pelos percalços por que passa a busca das idéias mais abstratas e gerais e pelas ficções que podem derivar de uma proposição matematicamente correta. Cf. GIORELLI, Giulio. O conflito e a mudança. In: —, GEYMONAT, Ludovico & MINAZZI, Fabio. *As razões da ciência*. Trad. JOÃO DA SILVA GAMA. Lisboa. Ed. 70, 1989, p. 54.

¹⁴ “Advancing on learning.” London. *Encyclopaedia Britannica*, 1955, p. 73.

vasta soldação de areia, ou uma massa de jaspe, ou se no tempo do Dilúvio, gelando-se as águas que a cobriam, tivessem permanecido um imenso globo de cristal, onde nunca nascesse ou se alterasse ou mudasse alguma coisa, eu consideraria-la então um corpo inútil no mundo, cheio de inércia e, em resumo, supérfluo, como se não existisse na natureza, e faria a mesma diferença que existe entre um animal vivo e um animal morto; e o mesmo eu digo da Lua, de Júpiter e de todos os outros globos mundanos¹⁵.

Daí extrair-se a seguinte consequência filosófica: colocado em um astro dentre muitos outros, o homem não tem um destino marcado: cria-o por si, através do trabalho materializador do equacionamento dos problemas pela razão¹⁶. A origem da sociedade, portanto, não deveria ser buscada em uma prescrição divina, mas no equacionamento racional das fraquezas e limitações humanas, de sorte que o trabalho deixa de ser o desolado esforço individual, convertendo-se no esforço conjunto na construção da história humana. Daí por que não eram de todo infundados os receios da Igreja com relação ao desenvolvimento das ciências, bem resumidos nestes versos do dramaturgo elizabetano Christopher Marlowe:

"Faustus is gone. Regard his hellish fall,
Whose friendly fortune may exhort the wise

Only to wonder at unlawful things,
Whose deepness doth entice such forward wits,

To practice more than heavenly power permits"¹⁷.

Toda esta discussão sobre o desenvolvimento das ciências mostra-se de fundamental importância para a compreensão do pensamento

¹⁵ Discursos e demonstrações matemáticas em torno das duas novas ciências. In: BANFI, *op. cit.*, p. 140.

¹⁶ BANFI, *op. cit.*, p. 55; HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Propedêutica filosófica*. Trad. ARTUR MORÃO. Lisboa. Ed. 70. 1988. p. 148; SALGADO, *op. cit.*; *A idéia de justiça em Kant — seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte. UFMG, 1986, p. 345.

¹⁷ "The tragical history of Doctor Faustus". In STEANE, J.B. (ed.). *The complete plays*. London. Penguin, 1975, p. 339.

de Hobbes. Com efeito, estava ele tão impressionado pelas descobertas galileanas que pretendia serem as leis da mecânica hábeis a explicar todos os fenômenos, inclusive as sensações¹⁸, merecedoras estas de sua particular atenção, dado que se considerava a guerra o palco onde explodiam as paixões humanas. Aliás, foi justamente durante a Guerra dos Trinta Anos (1618/1648) que vieram a público os primeiros trabalhos de Hobbes: a tradução da *Guerra do Peloponeso*, de Tucídides, onde localizava no destino de Atenas uma salutar advertência contra a democracia (1629); *The Elements of Law, natural and politic*, onde se vêem lançadas as bases de sua filosofia política, fulcrada num absolutismo contratualista que o incompatibilizou tanto com os defensores do direito divino dos reis quanto com os que desejavam ver limitada a autoridade real (1640); *De Cive*, parte final de um tríptico onde pretendia expor seu sistema filosófico (*De corpore*, *De homine* e *De Cive*) baseado na física galileana que veio a público antes das demais à vista dos acontecimentos políticos da Inglaterra que vieram a culminar com a vitória dos puritanos de Oliver Cromwell (1642). De 1641 data sua polêmica com Descartes. Enquanto este considera a existência de duas substâncias, uma extensa, corpórea, pressuposta pelos "atos" corporais como a grandeza, a figura, o movimento, e outra espiritual, pensante, que se manifesta através de atos que dependem do pensamento ou percepção, Hobbes obtempera que "não sendo o raciocínio outra coisa que a reunião e encadeamento de nomes, pelo que a razão não nos leva a concluir nada a respeito da natureza das coisas, mas sim a respeito de suas denominações, as quais dependem da imaginação, que, por sua vez, não é mais do que uma sensação diminuída, decorrente da movimentação que se observa nas partes internas do homem"¹⁹. Deste modo, seria sempre corporal o sujeito do ato de pensar, configurando, assim, pura ilusão o considerar-se o pensamento como algo independente da extensão. "Seja o que for que imaginemos, é finito. Portanto, não existe qualquer idéia, ou concepção de algo que denominamos infinito. Nenhum homem pode ter em seu espírito uma imagem de magnitude infinita, nem conceber

¹⁸ WERNHAM, *op. cit.*, p. 566.

¹⁹ MONTEIRO, João Paulo. *Hobbes — vida e obra — Os pensadores*. São Paulo. Abril, 1979, pp. XI-XXI.

uma velocidade infinita, um tempo infinito, um força infinita, ou um poder infinito. Quando dizemos que alguma coisa é infinita, queremos apenas dizer que não somos capazes de conceber os limites e fronteiras da coisa designada, não tendo concepção da coisa, mas de nossa própria incapacidade”²⁰. Esta rejeição dos postulados da metafísica cartesiana leva ao estabelecimento da origem sensorial dos pensamentos do homem. É a partir desta premissa que o estudo da mecânica para Hobbes cresce em importância, pois, a seu ver, “the cause of sense is external body, or object, which presseth the organ proper to each sense, either immediately as in the taste and touch; or mediately, as in seeing, hearing or smelling: which pressure, by the mediation of nerves and other strings and membranes of the body, continue inwards to the brain and heart, causeth there a resistance, or counter-pressure, or endeavour of the heart to deliver itself, which endeavour, because outward, seemeth to be some matter without”²¹. Neste particular, Hobbes acha-se muito próximo de Bacon. Entretanto, não se pode tratá-lo como mero epígono. Hobbes afasta-se do empirismo puro quando, após reduzir a elementos simples os dados da experiência, tais conceitos são utilizados em uma dedução capaz de recompor a realidade concreta²². Assim é que da sua concepção da sensação como movimento provocado nos órgãos e partes inferiores do corpo e da imaginação como resíduo do mesmo movimento, extrai a definição de *movimentos voluntários*, os que materializam determinada situação anteriormente imaginada pela mente²³. “And because going, speaking and the like voluntary motions depend always upon a precedent thought of whither, which way and what, it is evident that the imagination is the first internal beginning of all voluntary motion. And although unstudied men do not conceive any motion at all to be there, where the thing moved is invisible, or the spa-

ce it is moved in is, for the shortness of it, insensible; yet that doth not hinder but that such motions are. These small beginnings of motion within the body of man, before they appear in walking, speaking, striking and other invisible actions, are commonly called *endeavour*”²⁴. Este pequeno início de movimento a que Hobbes chama *esforço* e eu, para seguir a terminologia da Física hodierna, a fim de facilitar a compreensão, chamarei *propulsor*, conforme o sentido em que ele se dirija, aproximando-se ou afastando-se de algo que o causa, chamar-se-á *apetite* ou *aversão*. Dos apetites e aversões há os que nascem com o homem, como o apetite pela comida, pela excreção (que, mais propriamente, seria uma aversão por algo que sente dentro do corpo) “and some other appetites, not many”²⁵. Os demais apetites dizem respeito a coisas particulares, derivados à experiência e comprovação de seus efeitos sobre si mesmo e os outros homens.

No que diz respeito à presença de apetites e aversões, o homem não se diferencia dos demais animais. O que o diferencia é a possibilidade de, em face de uma dada situação, inquirir de suas causas e conseqüências e “by words reduce the consequences he finds to general rules called *theorems*, or *aphorisms*; that is, he can reason, or reckon, not only in number, but in all other things whereof one may be added unto or subtracted from another”²⁶. Daí se infere que os apetites e as aversões são os móveis das ações dos homens, mas a razão é a responsável pela aferição das conseqüências de se seguir a um apetite ou a uma aversão. A razão, porém, não nasce com o homem, ela é “attained by industry: first in apt imposing of names; and second by getting a good and orderly method in proceeding from the elements, which are names to assertions by connections of one assertion to another, till we come to a knowledge of all the consequences of names appertaining to the subject in hand, and that is it men call *science*”²⁷. A ciência em Hobbes, portanto, não é produto da razão, não é instrumento da razão, mas sim meio para se alcançar a razão. É pela ciência que o homem desenvolve o esforço para alcançar a razão. Ele é racional por ter a possibilidade de vir, algum dia, a utilizar a razão.

²⁰ *Leviatã*. Trad. JOÃO PAULO MONTEIRO & MARIA BEATRIZ NIZZA DA SILVA. In: MONTEIRO, João Paulo (org.). “Hobbes”, *op. cit.*, p. 19. Esta passagem bem traduz a maior proximidade de Hobbes dos nominalistas, que negavam a existência dos universais como realidade independente dos nomes que os designam. Cf. JEAUNEAU, *op. cit.*, p. 54.

²¹ HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London. *Encyclopaedia Britannica*, 1955, p. 49.

²² MONTEIRO, João Paulo, *op. cit.*, pp. X-XI.

²³ HOBBS, Thomas. *Leviathan*, *op. cit.*, p. 61.

²⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 61.

²⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 61.

²⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 59.

²⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 60.

3. O Estado de Natureza

Segundo Émile Brehier, uma marca do século XVII foi a desconfiança nas forças espontâneas de uma natureza a si própria abandonada²⁸. Com efeito, foi o século da reação do Catolicismo ao paganismo renascentista e às heresias formadas no seio do próprio Cristianismo. Foi o século em que se estabeleceram as colônias puritanas na América do Norte e da penetração inglesa na Índia; foi o século das revoltas contra os soberanos absolutistas²⁹. O século marcado pela funda decepção com as lutas sectárias que polvilharam o Renascimento e pela busca de verdades universais, cujo atingimento se faria pelo manuseio das técnicas matemáticas e experimentais³⁰. A grande aspiração era a paz, que só seria atingida pelo desenvolvimento da razão, de modo a subjugar a besta latente em cada um de nós.

Hobbes parte do pressuposto de que o propalado *appetitibus societatis* do homem não passa de uma predisposição egoística, i.e., de uma busca do caminho mais curto para a satisfação das necessidades. Convém não esquecer que, para ele, os móveis da ação humana são os apetites e as aversões, pelo que a compreensão do homem, enquanto ser da natureza, deve tomar por base esta premissa. E desde que se esteja no estado de natureza, quem tem a palavra são as sensações. Logo — mais tarde, isto será retomado por Bentham³¹ —, a busca do maior prazer e da eliminação da dor é que será a senhora das ações humanas. Os homens, porém, lançam-se sobre bens escassos e, justamente, por inexistir uma definição do que, em fim de contas, a cada um cabe, entrarão necessariamente em conflito. E a definição inexistente porque "nature hath made men so equal in the faculties of body and mind as that, though there be found one man sometimes manifestly stronger in body or for quicker mind than another, yet when all is reckoned together the difference between man and man

is not so considerable as that one man can thereupon claim to himself any benefit to which another may not pretend as well as he. For as to the strength of body, the weakest has strength to kill the strongest, either by secret machination or by confederacy with others that are in the same danger with himself"³². Dessa igualdade de faculdades surge a igualdade de esperanças de atingimento de nossos objetivos. E por isto se dois homens desejarem a mesma coisa, que não pode por ambos ao mesmo tempo ser desfrutada, eles se tornam inimigos; e no caminho de seus objetivos (que se constituem principalmente na autopreservação) se esforçam para destruírem ou submeterem um ao outro. E justamente por causa dessa desconfiança recíproca, em virtude do temor gerado pelas iguais possibilidades de cada um destruir o semelhante, não seria nada cômoda a companhia de outro ser humano — sem embargo de necessária, pois, dadas as limitações naturais do homem, ele é necessariamente compelido a associar-se a outros homens, conforme afirmava Aristóteles³³ — sem a existência de um poder que a todos submetem, razão por que não há outra saída que a antecipação, "that is, by force, or wiles, to master the persone of all men he can so long till he see no other power great enough to endanger him: and *this is no more than his own conservation requireth*, and is generally allowed"³⁴.

Ao analisar as principais causas do conflito — competição, desconfiança, glória —, Hobbes sustenta que a ausência de um poder comum para manter todos os seres humanos refreados necessariamente implica uma situação em que inexistente uma segurança de que as paixões não terminarão por explodir em um combate. A esta situação de latente combate é que se chama *guerra*, situação em que cada homem é um inimigo para cada um de seus semelhantes, inexistindo, destarte, lugar para empreendimentos em virtude da incerteza quanto aos resultados³⁵.

"Consequently no culture of the earth; no navigation, nor use of the commodities that may be imported by sea;

²⁸ *História da filosofia*. Trad. EDUARDO SUPPIRÁ FILHO. São Paulo. Mestre Jou, 1977, t. 2, v. 1, p. 9.

²⁹ GROISMAN, Enrique I. *Estudio preliminar*. In LOCKE, John. *El derecho a la rebelión*. Trad. SUZANA GULLCO DE GROISMAN. Buenos Aires. La Bastilla, 1973, p. 10.

³⁰ BRECIER; *op. cit.*, p. 21.

³¹ *Escritos económicos*. Trad. FRANCISCO S. PIMENTEL. México. Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 4.

³² *Leviathan*. London. *Encyclopaedia Britannica*, 1955, p. 84.

³³ *Politics*. Transl. BENJAMIN JOWETT. London. *Encyclopaedia Britannica*, 1955.

³⁴ HOBBS, *op. cit.*, p. 85.

³⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 85.

no commodious building, no instruments of moving and removing such things as require much force; no knowledge of the face of the earth; no account of time; no arts; no letters; no society; and which is worst of all, continual fear, and danger of violent death and the life of man, solitary, poor, nasty, brutish and short”.

Para demonstrar a procedência de seus argumentos Hobbes traz à colocação exemplos como as tribos indígenas da recém-descoberta América, em constantes conflitos entre si, e os conflitos entre as nações soberanas, justamente por não estarem os reis submetidos a qualquer poder comum. No último exemplo, porém, há a particularidade de, no âmbito interno, cada rei constituir o poder comum e, por isto, possibilitar os empreendimentos de seus súditos e, por isto, “there does not follow from it that misery which accompanies the liberty of particular men”³⁶.

Da guerra de todos contra todos, característica do estado de natureza, decorre a consequência de que nada pode ser considerado injusto. Isto porque onde não há um poder comum, não há lei, e onde não há lei, não há qualquer conduta que seja proibida, conseqüentemente, não há injustiça. A força e a astúcia se apresentam na guerra como as duas virtudes cardinais. Isto porque justiça e injustiça não são facultades nem de corpo nem da mente. “If they were, they might be in a man that were alone in the world, as well as his senses and passions. They are qualities that relate to men in society, not in solitude. It is consequent also to the same condition that there be no property, no dominion, no *mine* and *thine* distinct, but only that to be every man’s that he can get, and far so long as he can keep it”³⁷. Porém, se há impulsos que levam o homem à guerra, não deixa de haver, ainda no plano das paixões, as que o inclinam à paz: o medo da morte; o desejo de bens necessários à vida tranqüila; e a esperança de, por seu empreendimento, obtê-los. Como se vê, o sentido econômico da idéia da segurança jurídica já fora apreendido pelo autor sob comentário. Com efeito, no estado de natureza, o estado do não-direito, é impossível a observação e um adequado funcionamento da circulação dos bens simplesmente porque não se tem qualquer certeza quanto à

possibilidade efetiva de virem eles a atingir a sua finalidade.

4. Do Contrato Social

Tornou-se comum o estabelecimento da Idade Moderna como marco do nascimento da ideologia contratualista. Nicola Matteucci, porém, aponta a idéia do pacto já na Antiguidade Clássica, citando o exemplo da Grécia, onde se desenvolveu uma cultura política secular, disposta a buscar uma legitimação racional para o poder, não o aceitando passivamente em virtude da tradição ou da origem divina. A sociedade greco-romana, não só conhecedora do instituto privado do contrato, soube utilizá-lo de forma analógica, tratando a *lei* como convenção de todos os indivíduos³⁸. Platão, sem embargo de avesso à concepção que fundamenta o Estado na força ou no consenso, por entender que a sociedade é um fato natural e o poder uma função social³⁹, refere a troca de juramentos entre o rei e os súditos nos Estados dóricos⁴⁰. Em Cícero, somente pode ser considerada república a sociedade em que o povo é *juris consensu et utilitatis communione sociatus*⁴¹. Por outro lado, mesmo em sociedades teocráticas, a idéia de pacto se faz presente, como é o caso, *e.g.*, da aliança entre o Senhor e o povo eleito, se bem que se trate de “um pacto que tem como única finalidade a salvação ultraterrena, entre dois contraentes que se acham em condições de incomensurável disparidade”⁴². A idéia do contrato social se coloca como uma superação da fundamentação puramente teológica ou tradicional do poder, na medida em que seu exercício ultrapassa o círculo de pessoas que professariam um mesmo culto ou que tradicionalmente o confiariam a quem tivesse tais ou quais características.

O século XVII, sacudido por conflitos políticos de fundo religioso (os puritanos contra os Stuarts católicos, os Estados luteranos contra o Sacro Império), dificilmente poderia fundamentar, *com aceitação de todos os súditos*, o dever de obediência aos comandos do sobe-

³⁸ *Contratualismo*. In: BOBBIO, Norberto, — & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília. UNB, 1986, p. 273.

³⁹ *Republic*. Transl. BENJAMIN JOWETT. London. *Encyclopaedia Britannica*, 1955.

⁴⁰ *Laws*. Transl. BENJAMIN JOWETT. London. *Encyclopaedia Britannica*, 1955.

⁴¹ *Apud*. MATTEUCCI, *op. cit.*, p. 277.

⁴² MATTEUCCI, *op. cit.*, p. 273.

³⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 86.

³⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 86.

rano sem que este fosse obrigado a continuamente fazer uso da força. Daí se compreende por que Grotius vai desenvolver toda a sua tese em torno da fundamentação consensual do poder, decorrente do *appetitibus societatis*⁴³ e o porquê de Hobbes, apesar de defensor do absolutismo, se afastar dos advogados do “direito divino dos reis”.

Cumpra lembrar que Hobbes, conhecedor dos avanços científicos de seu tempo, sentiu a necessidade de, a partir de demonstrações decorrentes da aplicação da metodologia desenvolvida pela Física, fundamentar racionalmente o poder. Para tanto, estabeleceu a hipótese de um estado de natureza que seria um estado de guerra constante, já que se estaria em situação em que tudo seria permitido, contudo cada um com sua própria força ou velhacaria (*fraud*). Sem embargo de sua predisposição para o combate, à vista da escassez de meios para a satisfação de suas necessidades, o homem é também desejoso de paz. Tem ele: a) o medo de morrer, risco a que está permanentemente sujeito no estado de natureza por não existir qualquer óbice a que se atente contra sua vida⁴⁴; b) o desejo de bens hábeis a lhe garantirem uma vida tranqüila, isto é, uma vida em que se lhe possibilite gozar o máximo de prazer e o mínimo de dor; c) a esperança de, por seu empreendimento, obter tais bens⁴⁵. E é pelo fato de ser racional que o homem buscará fazer desaparecer a situação que se caracteriza como estado de guerra, a fim de obter a realização de seu desejo de ser preservado. Para fazerem desaparecer o estado de beligerância, criarão os indivíduos um ser artificial, que se tornará o depositário de todo poder, responsável pela segurança e, conseqüentemente, pelo bem-estar dos indivíduos⁴⁶, que lhe alienarão as li-

berdades de que gozam no *status naturae*. A busca da paz é o primeiro ditado da reta razão, por conseguinte, a primeira das leis naturais⁴⁷. Importante salientar que Hobbes distingue *direito e lei*. Por *direito da natureza (jus naturae)*, se entende a liberdade que cada homem tem de usar sua própria força no sentido da preservação da sua própria vida: por *lei natural*, um preceito, ou regra geral, fundado pela razão, pelo qual o homem é proibido de fazer o que seja destrutivo para sua vida ou de abrir mão dos meios de a preservar⁴⁸. A partir daqui, podem-se fazer duas observações: 1) ao invés de estabelecer direitos e deveres *a priori*, Hobbes procura inferir-los da experiência. O pressuposto de que parte da igualdade natural entre os homens — igualmente necessitados, igualmente esperançosos de satisfazerem as próprias necessidades —, implica, necessariamente, a inexistência de razão para que um se tenha, no *status naturae*, como superior dos outros⁴⁹. Daí se infere que as posições ocupadas pelos indivíduos na sociedade não decorrem de um mandamento divino, mas sim da própria manifestação de vontade dos seres humanos. Ou, como diria Mc Pherson, “ao invés de descobrir direitos e deveres apenas em alguma força exterior”, ele presumiu que estes estavam vinculados à necessidade que tem cada mecanismo humano de manter seu movimento⁵⁰. Assim sendo, inservível se mostra a fundamentação do poder temporal em Deus; 2) como a situação em que todos têm iguais direitos e deveres constitui, necessariamente, um estado de guerra constante, ao constituírem o poder de forma institucionalizada, deverão os homens buscar a forma de exercício desse mesmo poder que se mostrar mais apta à supressão deste estado de guerra constante. Deverá ser, necessariamente, um ente dotado do monopólio da coação, hábil a determinar, dentre interesses conflitantes, qual deve efetivamente prevalecer. Para este fim, hão de ou renunciar ou transferir a outrem os direitos de que seri-

⁴³ REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. São Paulo. Saraiva, 1977.

⁴⁴ SCHOPENHAUER, ao invés de “medo de morrer”, fala em “vontade de viver”. *El mundo como voluntad y representación*. Trad. EDUARDO OVEJERO. Buenos Aires: Nueva, 1942. Pode parecer inexistir diferença outra que a semântica, mas, a meu sentir, um não se confunde com o outro: ninguém dirá, em sua consciência, que alguém que não tema a morte não tenha um acentuado instinto de auto-preservação.

⁴⁵ *Leviathan*. London. *Encyclopaedia Britannica*, 1955, p. 86.

⁴⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da soberania. *Revista Brasileira de Estudos*

Políticos. Belo Horizonte, 31(63/64). 34, jul.1986/ jan.1987.

⁴⁷ HOBBS, Thomas. *De Cive*. Trad. SAMUEL SORBIÈRE. Paris. Sirey, 1981. pp. 90-2.

⁴⁸ *Leviathan*, *op. cit.*, p. 86.

⁴⁹ *De Cive*, *op. cit.*, p. 82; Mc PHERSON, C.B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*, trad. NELSON DANTAS. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1979, pp. 84-6.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 88.

am titulares no estado de natureza. Quando um homem renuncia ou transfere direito seu — faculdade que decorre da própria circunstância de ser titular deste mesmo direito⁵¹ —, diz-se que está *obrigado*, que assumiu um dever, e a este não atender configura o ilícito (*injury*)⁵². A ação de duas ou mais pessoas que reciprocamente se transferem direitos é denominada por Hobbes contrato⁵³. Como ao soberano incumbe dizer dentre os interesses qual deve necessariamente prevalecer, deve-se entender que para ele foi alienada a faculdade que cada um tem de fazer valer o seu próprio interesse. Conclusão: o soberano é instituído não por determinação de qualquer força externa, mas por ato voluntário cujo fundamento de validade radica na lei natural. Mc Pherson observa que esta visão construtualista do Estado bem se prestava, na sociedade de mercado possessivo, onde surgem interesses competitivos opostos, à manutenção de uma concorrência pacífica⁵⁴. O homem racional que, em tais sociedades, tem propriedades substanciais ou tem expectativas de sua aquisição mostra-se capaz de reconhecer seus deveres para com um poder soberano único por estar acostumado a fazer contratos de longo prazo e perceber a vantagem que para ele existe se puder prever as regras do jogo, não precisando calcular, a cada vez, o efeito provável do fato de ele as quebrar sobre a sujeição de outros a elas, nem a probabilidade de outros virem a quebrá-las, agindo de modo imprevisível⁵⁵.

Verdade que se pode localizar aqui um germen da própria destruição do absolutismo que esta doutrina busca fundamentar: 1) o reconhecimento de que a origem das desigualdades seria convencional e de que o soberano, portanto, só o seria em virtude da convenção, poderia levar à conclusão de que também ele necessitaria de controle, tal como observou o monarquista Schopenhauer, cuja teoria do Estado acompanha a Hobbes em muitos passos⁵⁶; 2) o Estado seria instituído com uma função, um dever, que seria o de propiciar a maior segurança a todos; 3) o Estado existiria em fun-

ção de ato voluntário dos seus súditos, pelo que seus limites estariam traçados pelo próprio ato que o constituiu. O manuseio de tais premissas por pensadores ulteriores viria conferir consistência ideológica ao movimento pela derrubada das restrições ao exercício da atividade econômica, com base numa visão do comércio universal livre⁵⁷. Entretanto, Hobbes resolveu logicamente o problema: 1) se ao soberano foi conferido o poder de decidir o justo e o injusto — que antes de instituída a soberania não existiam —, não faz ele, jamais, qualquer injustiça ao súdito, a não ser quando lhe ordenam que ponha em risco a própria vida terrena e a eterna⁵⁸; 2) a lei natural, no sistema hobbesiano, tem por função fundamentar a legitimidade e instituir a obrigatoriedade do ordenamento jurídico positivo *no seu conjunto*, pelo que, como anota Bobbio, “uma vez constituído o poder civil, ainda que com base na lei natural, as normas particulares passam a ser validadas não mais por leis naturais específicas, porém exclusivamente pela autoridade do soberano”⁵⁹; 3) há, efetivamente, uma margem deixada à desobediência civil quando a ordem dada pelo soberano for tal que afronte a própria finalidade a que se destina o pacto social. Entretanto, isto não significa que, para que este atinja sua finalidade, não possa o soberano dispor da vida dos súditos. “Se quisermos extrair as conseqüências das premissas de Hobbes, precisaremos reconhecer que o soberano continua, aí também, com o controle da situação — para Hobbes, cabe ao soberano definir o que é furto, homicídio, adultério. Como ele pode decidir que matar em legítima defesa, ou matar um inimigo em combate, não constitui homicídio, não se vê porque não teria o poder de estabelecer que também não constitui homicídio matar um súdito em outras circunstâncias — por exemplo, no caso de pena capital”⁶⁰. Por outro lado, à vista dos conflitos religiosos, característica relevante dos tempos em que viveu, Hobbes sugere que o melhor modo de a tais conflitos pôr fim seria a sujeição do poder espiritual

⁵⁷ DINIZ, Artur José Almeida. *As peripécias dos Direitos Humanos*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, 20 (79), 170, jul./set. 1983.

⁵⁸ *Leviathan*, op. cit., p. 115; BOBBIO, Norberto. *Hobbes e o Jusnaturalismo*. In: —. *Ensaios escolhidos*. Trad. SÉRGIO BATH. São Paulo. C.H. Cardim, [s/d], p. 17.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 16.

⁶⁰ BOBBIO, op. cit., pp. 17-8; HOBBS, *Leviathan*, op. cit., pp. 115-6; id. “De Cive”, p. 183.

⁵¹ *De Cive*, op. cit., p. 92.

⁵² *Leviathan*, op. cit., p. 87.

⁵³ *De Cive*, op. cit., p. 95; *Leviathan*, op. cit., p. 87.

⁵⁴ *Op. cit.*, pp. 104-5.

⁵⁵ *Id.*, *ibid.*, pp. 106-7.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 970.

ao temporal pelo estabelecimento de um credo oficial. Supremo intérprete das leis divinas, o Estado é também o responsável pela salvação dos seus súditos⁶¹. Ao obedecer ao Estado, o cidadão ganha a paz na terra e no céu, salvo se o soberano ordenar a negação da providência divina ou receber honras como se Deus fora⁶².

O que me parece, porém, necessário salientar, pelo que me foi dado perceber, é uma peculiaridade no absolutismo hobbesiano: o pacto entre os súditos e o soberano não é de caráter unilateral. Também o soberano se coloca na posição de devedor dos súditos, na medida em que só pelo estabelecimento de normas de conduta é que ele tornará possível a convivência entre eles. Se falha na sua obrigação de proporcionar a máxima segurança — pois os instintos que levam à *bellum omnia contra omnes* se acham apenas contidos, frenados pela máquina de coação, mas por ela não são extintos —, nenhuma obrigação terão os súditos de o obedecer. Por isto que, com todas as precauções por ele tomadas para estabelecer um *numerus clausus* para estas hipóteses de desobediência civil, a fim de manter a coerência do sistema, ao focar na segurança a razão de ser do Estado, Hobbes, paradoxalmente, abre o primeiro espaço para o liberalismo político de Locke — a segurança do súdito não só contra o outro súdito, mas também contra o próprio Estado.

5. Hobbes e a compreensão dos direitos fundamentais

A partir do exame da obra de Hobbes, pode-se compreender perfeitamente uma das causas para a dificuldade na concretização dos direitos fundamentais. Com efeito, a imprensa diuturnamente noticia a prática de condutas hábeis a manterem em sobressalto a sociedade e, destarte, cria um clima propício à adoção de medidas repressoras. Bárbaros se acham à solta pondo em perigo a segurança dos homens de bem; é necessária, por conseguinte, uma atuação energética do Estado que lhes infunda um terror tal que iniba a prática dessas condutas. Acredita-se, assim, que a atuação repressora deve sofrer o menor número possível de entraves e que deve se fazer o mais eficiente possível. A partir desta premissa, pretende-se: 1) justificar a adoção da pena de morte para os delitos de maior hediondez; 2) legitimar as

prisões “para averiguações” e os métodos de extração da confissão a qualquer preço; 3) limitar ao máximo a possibilidade de insurgência contra atos praticados pelo Estado⁶³.

A idéia que subjaz a estes objetivos é a de que o Estado, ao impor coativamente a paz, fá-lo tendo em vista o bem da sociedade, pelo que seria impensável a possibilidade de um ato estatal que a prejudicasse. Tudo o que sirva, portanto, de anteparo à repressão estatal, que, por presunção *juris et de jure*, é sempre benéfica à sociedade, só pode ser instrumento de subversão da boa ordem social. Exemplo cabal dessa mentalidade está nos atos institucionais baixados no Brasil de 1964 a 1969, particularmente o de n.º 5, cujos *consideranda* são explícitos no apontar as garantias jurisdicionais como instrumentos de subversão e de agitação. Também a ponta de ironia com que se usa fazer referência às Comissões de Direitos Humanos, como se estas fossem garantias da impunidade de autores de delitos hediondos, sem preocupação com os direitos das vítimas destes e não anteparos contra abusos cometidos pelo Estado a título de proteção destas mesmas vítimas. A própria noção de “delitos hediondos” é vaga, competindo ao Estado, em primeiro lugar, definir o que é “delito” para depois qualificá-lo como hediondo⁶⁴.

Como se pode ver, muitos dos argumentos de Hobbes ainda subsistem e são manipulados com nova roupagem para legitimarem atos arbitrários por parte do Estado, de modo a rechaçar qualquer possibilidade de a este se oporem quaisquer freios, pois que tudo o que for por ele feito será no sentido do bem de toda a sociedade. A máquina de obediência se consolida e as tentativas de se mantê-la em seus justos trilhos, que são os estabelecidos pelo ordenamento jurídico, são, paradoxalmente, qualificadas como tentativas de subversão da ordem vigente⁶⁵.

⁶³ SABBÍ, Alcides Pedro. *Agética da repressão, reagética da liberdade*. S.Paulo. Ícone, 1986, p. 78.

⁶⁴ GUAZELLI, Carlos Frederico Barcellos. *Estado e Crime: Direito Penal e Liberalismo no Brasil pós-64*. In: Conferência da Associação Americana de Juristas, 9.ª *Trabalhos e teses*. Porto Alegre. 1991, p. 31.

⁶⁵ Minas Gerais. Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Mandado de Segurança 5.882. Rel.: Des. LELLIS Santiago; *idem*: Agravo Regimental no Pedido de Suspensão de Execução de Liminar nº 99. Rel.: Des. Bady Cury.

⁶¹ “De Cive”, *op. cit.*, pp. 290-1.

⁶² BOBBIO, *op. cit.*, pp. 18-9.

Assim, a leitura de Hobbes se faz necessária a quantos estejam preocupados com dar concreção ao art. 1.º da Constituição Brasileira de 1988 — a construção de um Estado democrático de direito —, pois todos os fundamentos de sua negação ali se encontram. Quem quer que deseje que o referido dispositivo constitucional não permaneça letra morta, há de tomar conhecimento da doutrina que lhe é oposta, que se mostra plenamente aceitável graças à ação dos meios de comunicação⁶⁶. A “perseguição aos marginais” passa a ser vista como condição indispensável à sobrevivência dos “homens de bem”. Só que o simples fato de um cidadão ser perseguido pelos agentes estatais já é suficiente para se estabelecer uma presunção de que seja um *marginal*⁶⁷. Assim, apesar de o discurso no Direito positivo tender para uma valorização do ser humano enquanto ser dotado de dignidade, apesar de já se ter pacificado doutrinariamente a necessidade de se limitar a ação estatal, o fato é que o sentido deste discurso tem sido distorcido, quando não ocultado, pelos detentores do poder, a fim de que estes se tenham como benfeitores do povo seja qual for a decisão que tomarem. Mostra-se árdua, portanto, a tarefa de conscientização dos cidadãos quanto à necessidade de se assegurarem, eles mesmos, contra os abusos cometidos pelo poder público⁶⁸.

⁶⁶ CASTRO, Myriam Mesquita Pugliese de. “Estado e Sociedade: a violação do direito à vida”. In: Reunião da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, 41.ª. Anais. Fortaleza. 1989, pp. 219-20.

⁶⁷ ADORNO, Sérgio. *Justiça criminal, violência urbana e organização social do crime*. Reunião da SBPC, 41.ª. Anais. Fortaleza. 1989, pp. 220-1. LONDOÑO, Fernando Jones. *O menor abandonado e o menor delinqüente no vocabulário jurídico da primeira República*. Reunião da SBPC, 41.ª. Anais. Fortaleza. 1989, p. 201; BRAGA, Célia Maria Leal. “Filhos de presos”. In: Reunião da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. 41.ª. Anais. Fortaleza. 1989, p. 203; PIERUCCI, Antônio Flávio O. *Camadas médias em São Paulo: escolhas eleitorais e modos de vida*. Reunião da SBPC, 41.ª. Anais. Fortaleza. 1989, p. 204.

⁶⁸ Este problema se mostra de maior gravidade ao se perquirir a respeito da efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. As normas que o prevêm, dados os pruridos ideológicos dos encarregados de sua aplicação, via de regra são consideradas como meras e bem intencionadas declarações de princípio, dependendo única e exclusivamente da boa-vontade do poder público à sua concreção. É o ponto de vista externado por CARL SCHMITT

6. Conclusão

Não pretendi aqui fazer uma análise detalhada do pensamento hobbesiano. Procurei apenas expô-lo para o fim de salientar a importância de sua contribuição para a laicização da Filosofia do Direito ao, absorvendo o conhecimento científico da época, procurar inferir os direitos e deveres naturais não de uma forma exterior aos homens, mas da própria dinâmica das relações entre eles. Foi justamente pelo fato de empregar este método que, como

(*Teoría de la constitución*. Trad. FRANCISCO AYALA. Madrid. *Revista de Derecho Privado*, [s/d], p. 196) e por HAYEK (*A miragem da justiça social*. Trad. HENRY MAKSOUD. São Paulo. Visão, 1985, pp. 126-8, 169), que propõe mesmo a extinção de tais normas. A doutrina, contudo — não ainda a jurisprudência —, parece encaminhar-se no sentido de considerá-las como vinculantes do intérprete e como geradoras de direito subjetivo. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra. Coimbra Ed., [s/d], p. 264; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo. Saraiva, 1980, pp. 200-1; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1982, p. 155; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Os direitos econômicos, sociais e culturais no início da década de noventa*. In: Conferência Continental da Associação Americana de Juristas, 9.ª. *Teses e proposições*. Porto Alegre. 1991, p. 13; BARBOSA, Maria Helena. *Os partidos políticos como instrumento de concreção dos direitos humanos*. In: Conferência Continental da Associação Americana de Juristas, 9.ª. *Teses e proposições*. Porto Alegre. 1991, pp. 118-9; PINA, Rolando. *Un nuevo orden internacional. Garantía de los derechos humanos*. In: Conferência continental da associação americana de juristas, 9.ª. *Teses e proposições*. Porto Alegre. 1991, pp. 91; TEITELBAUM, Alejandro. *La realización de los derechos económicos, sociales y culturales*. *Revista de la Asociación Americana de Juristas*. Buenos Aires, 2(1). 1-3, ene/mar 1991; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo — mandado de injunção — “habeas data” — Constituição e processo*. Rio de Janeiro. Forense, 1989; HECK, Luis Afonso. *Os Direitos Fundamentais na Lei Fundamental de Bonn*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 28(109). 236, jan/mar 1991; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1990, pp. 298-9; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo. Companhia das Letras, 1988, p. 260; SOARES, Mário Lúcio Quintão. “Direitos Humanos e Cidadania”. *Jornal do Advogado*. Belo Horizonte, jul/ago. 1990, p. 3.

um arguto analista do seu tempo, Hobbes percebeu a fragilidade da doutrina do direito divino dos reis para a fundamentação da obediência dos súditos, pelo que transferiu o foco para um dado concreto: a necessidade que cada ser humano tem de sobreviver, que, à ausência de poder coercitivo exterior, se acha sempre ameaçada. Por isto que o melhor Estado será aquele que proporcionar aos súditos a maior segurança, com total margem de escolha na determinação de suas condutas. Por esta razão, dever-se-á ter por impossível que o Estado, de algum modo, pratique qualquer injustiça quanto aos súditos, já que a ele compete determinar o que se deve entender por justo ou injusto. Sem embargo, esta doutrina racional do absolutismo apresenta uma peculiaridade: o Estado como instituído pelos súditos e, portanto, com deveres em relação aos súditos. Assim sendo, poder-se-ia localizar mesmo nesta doutrina antilibertária por excelência o gérmen da própria destruição do absolutismo, já que, sendo o soberano também um homem, seria possível partir-se dos mesmos pressupostos que Hobbes para se chegar à conclusão de que também os instintos do soberano, deixados a si mesmos, poderiam levar à destruição do homem.

De qualquer forma, sua leitura nos tempos hodiernos é recomendável, dado que vem ganhando prestígio uma mentalidade segundo a qual contra os bárbaros que estão à solta o ente benfazejo conhecido como "Estado" não pode tergiversar diante de quaisquer tipos de obstáculos: sua punição exemplar e terrível constitui a garantia da segurança dos homens de bem. É em Hobbes que se encontram os fundamentos mais sólidos para tais pontos de vista. A quantos se arroguem a defesa do Estado democrático, a sua leitura passa a constituir uma obrigação, a fim de que se possam compreender tais argumentos, e, de modo responsável, refutá-los.

Bibliografia

ADORNO, Sérgio. "Justiça criminal, violência urbana, organização social". In: Reunião da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, 41.^a. Anais. Fortaleza. 1989, pp. 220-1.

ALIGHIERI, Dante. *Da Monarquia*. Trad. JOÃO PENTEADO ERSIKINE STEVEN-

SON. Rio de Janeiro. Tecnoprint, [s/d].

ARISTOTLE. POLITICS. Transl. BENJAMIN JOWETT. Londres. *Encyclopaedia Britannica*, 1955.

BACON, Francis. *Advancement on learning*. Londres. *Encyclopaedia Britannica*, 1955.

BANFI, Antonio. *Galileu*. Trad. ANTONIO PINTO RIBEIRO. Lisboa. Ed. 70, 1986.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da soberania. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte. 31 (63/64). jul. 1986/jan. 1987.

BARBOSA, Maria Helena. Os partidos políticos como instrumento de concreção dos direitos humanos. In: Conferência Continental da Associação Americana de Juristas, 9.^a. *Teses e proposições*. Porto Alegre. 1991.

BENTHAM, Jeremy. *Escritos económicos*. Trad. FRANCISCO J. PIMENTEL. México. Fondo de Cultura Económica, 1965.

BOBBIO, Norberto. Hobbes e o jusnaturalismo. In: ——. *Ensaio escolhidos*. Trad. SÉRGIO BATH. São Paulo. C.H. Cardim, [s/d].

BRAGA, Célia Maria Leal. "Filhos de Presos." In: Reunião da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, 41.^a. Anais. Fortaleza, 1989, p. 203.

BRECHT, Bertoldo. *A vida de Galileu*. Trad. ROBERTO SCHWARZ. São Paulo. Abril Cultural, 1977.

BREHIER, Émile. *História da filosofia*. Trad. EDUARDO SUCUPIRA FILHO. São Paulo. Mestre Jou, 1977, t. 2, v. 1.

BRUNO, Giordano. Sobre o infinito, o universo e os mundos. Trad. HELDA BARRACO & NESTOR DEOLA. In: PESSANHA, José Américo Motta (org.). *Os pensadores*. São Paulo. Abril Cultural, 1978.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Os direitos económicos, sociais e culturais no início da década de noventa. In: Conferência Continental da Associação Americana de Juristas, 9.^a. *Teses e proposições*. Porto Alegre. 1991, pp. 13-4.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra. Coimbra Ed., [s/d].

CASTRO, Myriam Mesquita Pugliese de. Estado e Sociedade: a violação do direito à vida.

Anais. Fortaleza, 1989, pp. 219-20.

CHILDE, V. Gordon. *O que aconteceu na história*. Trad. WALTENSIR DUTRA. Rio de Janeiro. Zahar, 1960.

DINIZ, Artur José Almeida. As peripécias dos direitos humanos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 20 (79): jul/set 1983.

GALILEI, Galileu. *O ensaiador*. Trad. HELDA BARRACO. In: PESSANHA, José Américo Motta. (org.) *Os pensadores*. São Paulo. Abril Cultural, 1978.

GAROZZO, Filippo. *Nicolau Copérnico*. Rio de Janeiro. Editora Três, 1979.

GIORELLO, Giulio, GEYMONAT, Ludovico & Minazzi, Fabio. *As razões da ciência*. Trad. JOÃO DA SILVA GAMA. Lisboa. Ed. 70, 1989.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1990.

GUAZELLI, Carlos Frederico Barcellos. Estado e crime: Direito Penal e Liberalismo no Brasil pós-64. In: Conferência Continental da Associação Americana de Juristas, 9.^a. *Anais. Teses e proposições*. Porto Alegre. 1991.

HALL, A. Rupert. *A revolução na ciência: 1500-1750*. Trad. MARIA TEREZA LOURO PÉREZ. Lisboa. Ed. 70, 1988.

HAYEK, Friedrich A. Von. *A miragem da justiça social*. Trad. HENRY MAKSOUD. São Paulo. Visão, 1985.

HECK, Luís Afonso. Os direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 28 (79). 321-48. jan/mar 1991.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Prope-dêutica filosófica*. Trad. ARTUR MORÃO. Lisboa. Ed. 70, 1988.

HOBBS, Thomas. *De Cive*. Trad. SAMUEL SORBIÈRE. Paris. Sirey, 1984.

——— *Leviatã*. Trad. JOÃO PAULO MONTEIRO & MARIA BEATRIZ NIZZA DA SILVA. São Paulo. Abril Cultural, 1980.

Leviathan: Londres. *Encyclopaedia Britannica*, 1955.

JEANEAU, Edouard. *A filosofia medieval*. Trad. JOSE AFONSO DOS SANTOS, Lisboa. Ed. 70, 1986.

KUHN, Thomas S. *The copernican revo-*

lution. Massachusetts. Harvard University, 1972. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo. Companhia das Letras, 1988.

LONDOÑO, Ernando Torres. O Menor abandonado e o menor delinqüente no vocabulário da Primeira República. Reunião da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, 41.^a. *Anais*. Fortaleza. 1989, p. 201.

MARLOWE, Christopher. *The tragical history of doctor Faustus*. In: STEANE, J.B. (ed.) *The complete plays*. Londres. Penguin, 1975.

MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. In: ———, BOBBIO, Norberto & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília. UnB, 1986.

MC PHERSON, C.B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Trad. NELSON DANTAS. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1979.

MONTEIRO, João Paulo. *Hobbes: vida e obra — Os pensadores*. São Paulo. Abril Cultural, 1979.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo — mandado de injunção — "habeas data"*. Rio de Janeiro. Forense, 1989.

PIERUCCI, Antônio Flávio O. Camadas médias em São Paulo: escolhas eleitorais e modos de vida. In: Reunião da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, 41.^a. *Anais*. Fortaleza. 1989, p. 204.

PINA, Rolando. Un nuevo orden internacional y garantía de los derechos humanos. In: Conferência Continental da Associação Americana de Juristas, 9.^a. *Teses e proposições*. *Anais*. Porto Alegre. 1991.

PLATO. *Laws*. Transl. BENJAMIN JOWETT. Londres. *Encyclopaedia Britannica*, 1955.

——— *Republic*. Transl. BENJAMIN JOWETT. Londres. *Encyclopaedia Britannica*, 1955.

REALE, Miguel. *Horizonte do Direito e da história*. São Paulo. Saraiva, 1977.

SABBI, Alcides Pedro. *Agética da repressão, reagética da liberdade*. São Paulo. Icone, 1986.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de*

justiça em Kant — seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte. UFMG, 1986.

Os direitos fundamentais e a Constituição. In: PEREIRA, José Edgard Amorim (org.). *Constituinte e Constituição*. Belo Horizonte. UFMG/PROED, 1986.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. FRANCISCO AYALA, Madrid. *Revista de Derecho Privado*, [s/d].

SCHOPENHAUER, Artur. *El mundo como voluntad y representación*. Trad. EDUARDO OVEJERO. Buenos Aires. Nueva, 1942.

SÉDILLOT, René. *De Adão à ONU*. Trad. HOVANIR DE ALCÂNTARA SILVEIRA. São Paulo. Ibrasa, 1966.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 1982.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Direitos humanos e cidadania. *Jornal do Advogado*. Belo Horizonte, jul/ago 1990, p. 3.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo. Saraiva, 1980.

TEITELBAUM, Alejandro. La realización de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista de la Asociación Americana de Juristas*. Buenos Aires, 2(1). 1-3, ene/mar 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. La protection des droits économiques, sociaux e culturels. *Revue Générale de Droit International Public*. Paris, 94 (4). —, 1990.

WERNHAM, Archibald G. & Hobbes, Thomas. In: PRÜRES. Londres. *Encyclopaedia Britannica*, 1965, v. 11.

Problemas e perspectivas da adoção internacional em face do Estatuto da Criança e do Adolescente

MARIA CLAUDIA CRESPO BRAUNER

SUMÁRIO

1. O papel social da adoção internacional. 1.1. O estado de abandono das crianças no Brasil. 1.2. A origem humanitária da adoção internacional. 1.3. A excepcionalidade da adoção internacional. 2. A adoção internacional e a legislação brasileira. 2.1. A prática não judicial da adoção internacional no Código Civil. 2.2. A judicialização da adoção internacional no Código de Menores. 2.3. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a nova adoção internacional. 3. As condições para a adoção internacional no Estatuto da Criança e do Adolescente. 3.1. A habilitação do candidato estrangeiro à adoção no Brasil. 3.2. A coibição do tráfico internacional de crianças. 3.3. O estágio de convivência no Brasil. 3.4. O reconhecimento da adoção no País do adotante.

O abandono de crianças pelos seus genitores é um fenômeno constatado desde as sociedades mais remotas e, ainda hoje, ele continua existindo nas sociedades modernas.

Na antigüidade, o *pater familie* tinha o direito de aceitar ou de recusar que uma criança vivesse em sua casa. Deste modo, ele possuía o poder de decidir sobre a vida ou a morte de um recém-nascido. A criança não desejada, e que não fosse reconhecida pelo pai, seria dificilmente aceita pela família e pela sociedade. Na ausência de casamento, a mãe era levada a ocultar o fruto de um amor proibido ou de uma sedução.

A literatura mitológica nos fornece muitos exemplos de crianças que foram abandonadas, mas que conseguiram ser salvas da morte e tiveram um lugar de prestígio na história. Podemos citar entre os mais conhecidos: Édipo, Moisés, Rômulus e Remus.

Maria Claudia Crespo Brauner é Doutora em Direito pela Universidade de Rennes-I França e Pesquisadora do CNPq junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná

Presentemente, o abandono de crianças parece estar mais ligado aos problemas econômicos e sociais existentes nos países em desenvolvimento do que à condição de nascimento fora dos laços do matrimônio e à falta de reconhecimento da filiação pelo pai.

Com o objetivo de encontrar um novo lar para essas crianças abandonadas, a sociedade moderna consagrou a adoção. Nesses últimos anos, a adoção atravessou as fronteiras territoriais, criando laços familiares entre pessoas das mais diversas nações e das mais diferentes culturas. Este fenômeno denominado adoção internacional merece uma análise de sua problemática e de suas perspectivas, em virtude de sua complexidade e importância.

A adoção desempenha um papel importante nos tempos modernos, possibilitando a colocação de crianças desamparadas num meio familiar que apresente condições favoráveis ao seu pleno desenvolvimento. O instituto da adoção imita a natureza criando laços de filiação entre seres que não são necessariamente de uma mesma família. É uma "filiação fictícia", pois cria um vínculo que não corresponde à verdade biológica.

Outrossim, a adoção também corresponde, de certo modo, à realização pessoal de um casal que não pode ter filhos biológicos. Às vezes, a adoção constitui o último recurso para atender a esse desejo de posteridade e, nesses casos, a integração sócio-afetiva da criança no meio familiar é completa, observando-se uma autêntica desbiologização da filiação. A vontade de fazer de uma criança estranha um filho é assim juridicamente possível, graças à adoção.

Para Clóvis Beviláqua a adoção "chama para o aconchego da família e para as doçuras do bem-estar, filhos privados, de arrimo ou de meios idôneos, aproveitando e dirigindo capacidades, que, de outro modo, corriam o risco de se perder, em prejuízo dos indivíduos e do grupo social, à que pertencem"¹. Percebe-se aqui a importância do papel social do instituto da adoção que anima sua moderna compreensão, descartando-se o fundamento meramente sucessório e adquirindo a função social de proteção às crianças órfãs e desamparadas.

A recente reforma da adoção no Brasil, im-

plementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, revolucionou a matéria. Pode-se afirmar que hoje o Brasil apresenta uma legislação entre as mais avançadas, que tem como princípio de base a proteção do interesse superior da criança. Dentro desta nova perspectiva, o artigo 43 do Estatuto estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". O artigo 41 trata dos efeitos da adoção, especificando que esta "atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais". Convém igualmente mencionar que o acesso à adoção foi simplificado principalmente em relação às condições relativas à idade para adotar: o artigo 42 estabelece que a partir de 21 anos, todos podem adotar independentemente do estado civil.

Através da análise destas e de outras disposições, pode-se afirmar que houve um importante estímulo à adoção visando diminuir o contingente de crianças e adolescentes que esperam nas instituições para serem reintroduzidos em um novo lar.

Sabe-se que além das famílias brasileiras dispostas a acolher estas crianças, muitos candidatos estrangeiros apresentam-se para tentar realizar seu projeto de adoção. De fato, nos países mais desenvolvidos o número de crianças abandonadas é pequeno em relação ao expressivo número de candidatos à adoção. Em virtude disso, o recurso à adoção internacional aumentou progressivamente nestes últimos anos.

O tema da adoção internacional suscita muita controvérsia entre os juristas brasileiros, em razão de sua complexidade peculiar envolvendo legislações de países diferentes. Muitos posicionam-se a favor, mas há aqueles que predicam pela proibição definitiva da adoção de crianças brasileiras por estrangeiros. Essa posição, mais radical, é embasada na reação diante dos escândalos que trazem ao conhecimento de todos, a prática de um verdadeiro "mercado de crianças", o qual deve ser encarado como um recurso desvirtuado e ilícito do instituto da adoção. O tráfico de crianças deve ser combatido com rigor, mas, inversamente, a adoção deve ser estimulada.

Neste momento tramita na Câmara dos Deputados o projeto da Deputada Rita Camata, que altera o parágrafo 4.º do artigo 51 do Esta-

¹ CLÓVIS, Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, ed. histórica, 5.ª ed., Ed. Rio, Rio de Janeiro, 1980, p. 822.

tuto da Criança e do Adolescente, obrigando o recurso de ofício sobre todas as sentenças concessivas de adoção internacional². Esse projeto, se aprovado, vai tornar praticamente inviável a adoção por estrangeiros, pois o tempo que os candidatos adotantes terão que aguardar no território brasileiro a decisão final em grau de recursos, assim como as despesas advindas desta permanência, serão dificilmente suportáveis por essas pessoas.

Considerando-se a procura de crianças para adotar, o Brasil constitui um dos países de preferência para muitos casais estrangeiros, em virtude do grande número de crianças abandonadas³.

Há de se ressaltar que a grande maioria das adoções realizadas por estrangeiros são consumadas em estreita observância das normas legais, contradizendo o que muitos alegam.

A fim de evitar-se os abusos de todo gênero e sobretudo o tráfico de crianças, é indispensável um controle maior pelo Poder Judiciário de todo o desenrolar do processo de adoção internacional. Esse controle está sendo viabilizado através da aplicação das disposições previstas pelo Estatuto.

Tendo em vista a importância adquirida pela adoção internacional enquanto instrumento de proteção à criança abandonada, abordaremos alguns problemas concernentes a este processo específico de adoção, analisando suas perspectivas dentro do panorama jurídico da atualidade. Trataremos inicialmente do papel social da adoção internacional (1) e, em seguida, buscaremos uma compreensão da evolução histórica da adoção internacional diante da legislação brasileira(2). Finalmente, poderemos abordar as novas condições para a adoção internacional no Estatuto da Criança e do Adolescente(3).

1. O papel social da adoção internacional O fenômeno recente da mundialização da

² IRINEU, Strenger, "Adoção Internacional", *Folha de São Paulo* de 5 de setembro de 1993, Caderno 4, p. 2.

³ Na França, por exemplo, foram adotadas 539 crianças brasileiras em 1988 e 683 em 1990, o que representa um terço das adoções internacionais realizadas, segundo informação do *Ministère des Affaires Étrangères* em Paris. Cfr. J. Rubellin-Devichi, "Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption", *Droit de l'enfance et de la famille*, n. 33, 1991(2), Vaucresson, p. 77.

adoção de crianças estrangeiras por famílias oriundas dos países mais desenvolvidos merece da parte do jurista um exame mais aprofundado e global, levando-se em consideração seus mais diversos aspectos. Sabe-se que o aumento desse tipo de adoção deve-se fundamentalmente à diminuição do número de crianças adotáveis nos países desenvolvidos.

Observa-se que, nesses países, a utilização sistemática dos meios de contracepção, aliados à possibilidade de recurso ao aborto voluntário e legal, impede o nascimento de crianças não desejadas. Desta forma, o contingente de crianças abandonadas decresceu de maneira vertiginosa nos últimos anos⁴. Este fato inviabiliza o recurso à adoção da parte de casais sem filhos. Constata-se, de outro lado, um aumento do número de casos de esterilidade, mesmo com os tratamentos modernos oferecidos pela medicina. O recurso aos métodos científicos de procriação assistida, embora muito divulgados, são dispendiosos e nem sempre apresentam resultados positivos.

É necessário ressaltar que a maioria dos países europeus, a exemplo da França, oferece um auxílio médico e financeiro à gestante, principalmente às mães solteiras ou com prole numerosa, durante toda a gestação e após o nascimento, por períodos previamente determinados. Toda mulher grávida que desejar, pode ficar com seu filho, sem ser levada a abandoná-lo por falta de recursos financeiros. Se ela decide abandoná-lo, será certamente por outros motivos, talvez de ordem psicológica ou familiar.

A situação das crianças nascidas de mães pobres nos países em desenvolvimento é inversa, pois elas não se beneficiarão de quase nenhum auxílio social, sendo confrontadas com a falta de condições mínimas de alimentação, higiene, moradia e educação. A soma destes fatores dá origem ao que se pode denominar estado de abandono.

1.1. O estado de abandono das crianças no Brasil

Analisando a situação social nos países em desenvolvimento, em particular no Brasil, percebe-se que não há planejamento familiar nem

⁴ M. CHAPENDOIS-Marmier, "Les donnés sociologiques générales", *L'adoption d'enfants étrangers*, sob a direção de J. Foyer e C. Labrusse-Riou, Econômica, Paris, 1986, p. 3.

acesso à contracepção pelas populações mais pobres. Muitas crianças já nascem com problemas oriundos da má nutrição da mãe e a mortalidade infantil atinge índices alarmantes. Em razão disso, o abandono de crianças é uma prática corrente. A miséria, a prostituição e a delinquência são os resultados nefastos da falta de assistência à família e à criança por parte do poder público. A situação das crianças abandonadas no Brasil constitui hoje um dos problemas mais graves e mais chocantes para o qual dirigem-se as atenções nacionais e internacionais, na expectativa de uma solução justa e definitiva⁵.

Os fatores que acarretam a desagregação do núcleo familiar têm na sua base a falta de recursos financeiros para que uma política social eficaz seja implantada nesses países. O que presenciemos hoje no Brasil é um número assustador de crianças que mendigam, que se prostituem e que são assassinadas por grupos de extermínio. A falta de uma solução justa, definitiva e breve a esse grave problema social leva à procura de soluções subsidiárias para garantir a proteção das crianças pobres e abandonadas de nosso País.

É neste contexto que entra a adoção, como forma de reintrodução da criança num meio familiar que lhe garanta condições mínimas de sobrevivência, educação e afeto. Esta adoção pode ser requerida por candidatos nacionais e também por estrangeiros, desde que apresentem as condições exigidas para serem considerados como bons futuros pais.

Quando se decide a colocação em lar adotivo, de uma criança em estado de abandono, uma questão importante parece estar sempre presente: os pais que não apresentam condições para criar e educar seus filhos, em virtude da situação de extrema pobreza, podem perder o direito de exercer o pátrio poder e de ter a guarda dos seus filhos?

A resposta a essa pergunta deve ser dada pelo juiz no momento em que é discutida a decretação da perda da guarda e do pátrio poder dos pais. A manutenção do vínculo famili-

ar é difícil, senão impossível, quando não há um auxílio financeiro e um acompanhamento da criança e de sua família. O papel do juiz é de extrema importância e nem sempre é tarefa fácil tomar uma decisão, pois, de um lado, está a vida e o bem-estar de uma criança e, de outro lado, está o direito dos pais de criar seus filhos e de conviver com eles.

Acredita-se, nesse caso, que deva ser aplicado o princípio de que toda criança tem o direito de viver e de ser criada por seus pais. No entanto, esse direito só pode ser assegurado quando for garantida a integridade física, psíquica e afetiva da criança. O interesse da criança prevalece sempre e esta tem o direito de crescer com dignidade, seja em sua família biológica ou numa família adotiva.

A toda criança deve ser assegurado o direito à saúde, educação, lazer e afeto. Seus direitos devem ser resguardados por todos e principalmente por aqueles que estão investidos juridicamente desse dever. Enquanto o País apresentar uma situação econômica e social perversa e as políticas públicas de assistência à criança e à família não forem eficazes, a solução que resta então é a de encontrar com urgência famílias que possam oferecer à criança abandonada as condições normais para o seu desenvolvimento.

Quando uma mãe e um pai não cumprem seus deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores, colocando seus filhos na rua para mendigar e mesmo furtar, a fim de garantir o sustento da família, eles demonstram que não têm condições de criar convenientemente seus filhos. Antes que essa situação de marginalidade se torne definitiva, é imperativo encontrar uma maneira de reintegrar essas crianças na escola e na família. Não sendo possível mantê-las em sua família de origem, será preciso encontrar um lar para elas. E, ficando provado que os genitores não dispõem de condições morais, econômicas e psicológicas para proporcionar uma infância saudável aos filhos, deve-se providenciar com urgência uma família substituta que possa assumir integralmente essa responsabilidade. Se não for possível encontrar uma família brasileira que se interesse pela criança, por que uma família estrangeira não poderia desempenhar convenientemente esta função?

Num primeiro momento, deve-se procurar uma família nacional que corresponda aos requisitos necessários para adotar. No caso de

⁵ A problemática do abandono de crianças no Brasil e os meios jurídicos de proteção à criança abandonada foram tratados de forma detalhada em nossa tese de Doutorado, defendida em fevereiro de 1993 na *Université de Sciences Juridiques de Rennes*, França, intitulada *Les enfants nés hors mariage en droit Français et brésilien*.

não haver nenhuma família brasileira interessada em adotar determinada criança, por que não propor a um casal estrangeiro, devidamente habilitado, adotá-la?

Segundo a nova concepção do Estatuto, a criança que se encontra em instituição deve ter sua situação definida. Quando se constata o abandono, que pode ser direto, em caso de desaparecimento dos pais ou orfandade, ou indireto, quando a criança foi entregue pelos pais para ser adotada, ou eles simplesmente deixaram de se interessar e cumprir seus deveres de pais. Nestes casos, deve ser elaborado um estudo social, por equipe especializada, e encaminhado ao Ministério Público, que poderá propor ação para destituição ou suspensão do pátrio poder, com rito contraditório (art. 24 do Estatuto).

É importante mencionar que a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder (art. 23 do Estatuto). O parágrafo único deste mesmo artigo dispõe que "não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio". Esse dispositivo pretende evitar que a simples situação de pobreza constitua argumento para privar-se os pais de criar e de conviver com seus filhos. Infelizmente, pode-se constatar que é essa situação de miséria que acarreta o abandono e a marginalização de crianças e de famílias inteiras. Se efetivamente houvesse um apoio financeiro e social às famílias pobres, emprego e melhores salários, não se teria esse número assustador de crianças desassistidas, privadas das condições mínimas de proteção, sustento e educação.

1.2. *A origem humanitária da adoção internacional*

A adoção de criança de pais diferentes do país dos candidatos adotantes, mais conhecida por adoção internacional, é um fenômeno que começou a se manifestar e a obter importância nestas últimas duas décadas. As guerras do Biafra e do Vietnã fizeram muitos órfãos, e os meios de comunicação sensibilizaram a opinião pública estimulando conseqüentemente a adoção por famílias estrangeiras. A partir daí, esse tipo de adoção começou a se expandir e adquiriu uma conotação altruista, viabilizando o socorro às crianças desamparadas.

O instituto da adoção adquiriu progressivamente um fundamento inspirado nos sentimentos de generosidade, objetivando recriar um lar para a criança abandonada. Essa criança receberá não somente o sustento e a educação, mas também a afeição e a proteção das quais foi privada. Pode-se afirmar que atualmente a adoção desempenha uma função social, principalmente naqueles países que não dispõem de condições para garantir a proteção e o sustento das crianças órfãs e desamparadas.

Jason Albergaria considera que "a adoção internacional pode ser vista sob duas vertentes: uma primeira focaliza-a como instrumento de política social do menor, ou forma de cooperação internacional. A segunda considera-a como meio de agressão ao Terceiro Mundo, persistência e colonialismo externo, com a evasão massiva de braços e cérebros, esvaziando os países subdesenvolvidos de gerações de trabalhadores manuais ou intelectuais..."⁶.

Será que nessa segunda concepção não há um exagero ou até mesmo uma xenofobia disfarçada? Cumpre aqui lembrar que as crianças que são adotadas por estrangeiros, aqui estavam em situação de miséria e abandono e, se assim permanecessem, estariam fadadas a uma vida de delinqüência. Através da adoção, elas passarão a ter um pai e uma mãe que dispõem de meios para lhes proporcionar condições de desenvolver todas suas potencialidades. Elas terão o *status* de filho e desfrutarão de todas as garantias e benefícios atribuídos a essa condição, tendo e exercendo plenamente seus direitos e cidadania.

Interessante citar aqui a opinião de Dimas Borelli Thomaz Jr. e de João Luiz Galvão Minnicelli sobre essa corrente contrária à adoção internacional: "Este tipo de mentalidade tem sido responsável por um segundo abandono: o oficial. Se o abandono familiar entristece, o oficial repugna." Eles prosseguem: "A criança que, em virtude de abandono familiar, teria possibilidades de ser colocada em uma família estrangeira e não o foi, em razão da filosofia ou mentalidade de um julgador, termina por ser mantida em instituição de abandonados"⁷.

⁶ JASON, Albergaria. *Adoção Simples e adoção plena*. Aide Editora, Rio de Janeiro, 1990, p. 198.

⁷ DIMAS, Borelli Thomaz, Jr. e João Luiz, Galvão Minnicelli. "Instrumento legal da adoção internacional e meios de coibição do tráfico internacional de crianças". Ed. Revista dos Tribunais, 1989 (641), pp. 91 e 92.

É indubitável que o processo da adoção internacional é complexo e delicado, pois além das questões que incumbem ao direito interno de cada país, existem as questões de competência do direito internacional privado. Os conflitos de leis que têm surgido em relação às condições e aos efeitos da adoção são normalmente resolvidos, levando-se em consideração a lei mais benéfica para a criança.

As legislações mais modernas querem favorecer esse tipo de adoção através da simplificação das condições exigidas, para agilizar o processo adotivo. Em contrapartida, iniciativas estão sendo tomadas para evitar-se as adoções realizadas com fraude às leis nacionais e internacionais. Trata-se da coibição do tráfico internacional de crianças, fundamentada no artigo 21, letra *d*, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, dispondo que: "os Estados-Partes atentarão para que todas as medidas apropriadas sejam tomadas a fim de garantir que, em caso de adoção em outro país, a colocação não permita benefícios financeiros indevidos aos que dela participarem".

Entre os fatores que contribuíram para o aumento das adoções internacionais está a sensibilização da opinião pública com relação às dificuldades sociais que apresentam os países em desenvolvimento, seja em virtude de problemas econômicos, guerra ou catástrofes naturais.

Deve-se ressaltar que as facilidades trazidas pelos meios de comunicação a longa distância favoreceram a movimentação de informações e agilizaram os pedidos de adoção vindos do exterior. Da mesma maneira, foram facilitados os intercâmbios e os auxílios filantrópicos e de cooperação entre países ricos e pobres, o que contribuiu, de certa forma, ao aumento das adoções internacionais.

No entanto, a adoção internacional constitui a última solução para a criança que não encontrou um lar no Brasil.

1.3. *A excepcionalidade da adoção internacional*

No que concerne à adoção por estrangeiro, esta constitui um recurso excepcional, acontecendo somente quando a criança não pode ser colocada em uma família brasileira (art. 31 do Estatuto). Estabelece-se, assim, a preferência aos casais nacionais na adoção de crianças brasileiras evitando-se, na medida do possível, a

saída da criança de seu país de origem e de sua cultura.

O legislador brasileiro optou por atribuir uma função subsidiária à adoção de crianças brasileiras por estrangeiros.

Assim, a adoção por estrangeiro só é permitida quando não houver nenhum nacional disposto a adotar determinada criança ou adolecente. Neste caso, não se aplica o tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros. Esta medida foi utilizada para frear a adoção por estrangeiros e estimular a adoção por famílias brasileiras. Essa orientação segue as recomendações previstas pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, que em seu artigo 21, letra *b*, considera a adoção internacional como um último recurso para proteger a criança.

Posicionando-se diversamente, Antonio Chaves propõe que "seja estimulada a adoção por estrangeiro, notadamente no momento em que a crise econômica aflige também a classe social mais viável para a adoção". Ele também defende que "o estrangeiro tenha tratamento igual ao candidato brasileiro, pois é o interesse da criança que deve prevalecer e não o dos adotantes"⁸.

De toda forma, pode-se constatar que o recurso à adoção internacional é considerado como a última solução tanto para o casal, que não conseguiu uma criança adotável em seu país, quanto para a criança, que não encontrou uma família disposta a acolhê-la em seu próprio país de origem.

2. *A adoção internacional e a legislação brasileira*

A adoção por estrangeiro não constitui uma novidade trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Ela era realizada no sistema do Código Civil, sem que normas específicas delimitassem sua aplicação. Houve, na verdade, uma evolução gradual do direito à adoção de crianças brasileiras por famílias estrangeiras. Convém abordar aqui, brevemente, a prática da adoção internacional antes e depois da lei estatutária.

2.1. *A prática não judicial da adoção internacional no Código Civil*

Embora não sendo expressamente prevista

⁸ ANTONIO, Chaves. "Adoção Internacional", *Direitos de Família e do Menor*. Del Rey. Belo Horizonte, 1992, p. 126.

no sistema do Código Civil, a adoção internacional era amplamente realizada por estrangeiros mesmo residentes e domiciliados fora do País. A adoção dispensava a intervenção da autoridade judiciária e era feita por escritura pública, que devia ser averbada no Cartório de Registro Civil (Lei n.º 6.015/73, arts. 29 § 1.º e 102, n.º 3). A facilidade era tanta que o estrangeiro poderia adotar uma criança até por intermédio de um procurador com poderes especiais. Esta prática, à qual muitos estrangeiros recorreram, foi responsável pela saída de um número incalculável de crianças do território nacional.

O Professor Antonio Luiz Ribeiro Machado comentou que "agindo através de procuradores e contando com a convivência de mães pobres, em regra solteiras, não raras vezes seduzidas por retribuição econômica, crianças são transferidas para casais de países os mais diversos, sem que o juiz possa exercer uma fiscalização visando resguardar os seus direitos e interesses especialmente quanto à garantia de assistência e proteção".

Por esses motivos, antes da promulgação do Código de Menores, houve proposições legislativas destinadas a proibir definitivamente a adoção de crianças brasileiras por estrangeiros não residentes no País⁹. Mas estas proposições felizmente não vingaram.

2.2. A judicialização da adoção internacional no Código de Menores

A prática acima mencionada perdurou até a chegada do Código de Menores de 1979, que decidiu controlar e limitar esse tipo de adoção através de seu artigo 20, que estabelecia: "O estrangeiro residente ou domiciliado fora do País poderá pleitear colocação familiar somente para fins de adoção simples e, se o adotando brasileiro estiver na situação irregular, não eventual, descrita na alínea a, inciso I, do artigo 2.º desta lei". O inciso mencionado descrevia detalhadamente todas as hipóteses em que a situação irregular se configurava.

Seguindo a nova orientação tomada pelo Código, a intervenção do juiz só seria necessá-

ria quando o adotando se tratasse de menor em situação irregular conforme definição daquela lei. Pode-se então deduzir que quando não o fosse, a adoção poderia ser realizada sem a intervenção judiciária.

*Não existindo proibição legal quanto à adoção de brasileiro por estrangeiro, e se tratando de adotando que estivesse sob o pátrio poder, a adoção obedeceria às regras do Código Civil, ficando dispensada mesmo a supervisão da autoridade brasileira, sendo que tanto o adotante como o adotado poderiam ser representados por procuradores devidamente habilitados no ato da lavratura pública de adoção*¹¹.

Neste sentido foi o acórdão que concluiu que inexistia preferência em favor de adotantes brasileiros, que o estrangeiro poderia adotar menor em situação irregular, bem como *aquele sob pátrio poder, sendo que, na primeira hipótese, necessária autorização judicial*¹².

Foi possível constatar que, com a entrada em vigor do Código de Menores, houve uma coexistência entre a adoção prevista pelo Código Civil e a adoção plena e adoção simples previstas pelo Código de Menores. Desta forma, para o candidato estrangeiro estavam abertas duas possibilidades para adotar uma criança no Brasil: ele poderia escolher entre a adoção do Código Civil, mais fácil e rápida, sem a intervenção do Poder Judiciário, e a adoção simples de menor em situação irregular, permitida aos estrangeiros, pelo Código de Menores, exigindo a intervenção do Poder Judiciário. Mas a opção por uma ou por outra dependeria da situação da criança, ou seja, se estava sob o pátrio poder ou se era considerada em situação irregular. A adoção de menor em situação irregular exigia um procedimento mais longo, pois além das condições requeridas do candidato, era necessário um estágio de convivência com a criança, com duração determinada pela autoridade judiciária. Em certos casos, quando o adotando não tivesse mais de um ano, o estágio poderia ser dispensado, ou poderia ser cumprido no exterior, desde que houvesse um acompanhamento por uma insti-

⁹ MACHADO, Antonio Luiz Ribeiro, *Código de Menores Comentado*, 2.ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1987, p. 36.

¹⁰ PROJETO n.º 1.201 - A, de 1973, apresentado pelo Deputado José Freire. Citado por Antonio Chaves, *Adoção, Adoção simples, Adoção plena*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 90.

¹¹ MACHADO, Antonio Luiz Ribeiro, "O Instituto da Adoção segundo o Código Civil e o Código de Menores", *Justitia* São Paulo, 46 (124), pp. 109-124. Citado no Acórdão do Recurso de Instrumento n.º 6.855-0, Relator Des. Evaristo dos Santos, *Revista Jurídica*, 1989 (136), Síntese, Porto Alegre, p. 169.

¹² Acórdão citado, p. 169.

tuição especializada, de idoneidade reconhecida por organismo internacional (art. 28, §§ 1.º e 2.º e art. 108, parágrafo único).

Através do Código de Menores, a adoção internacional foi organizada de forma expressa pelo legislador, visando estabelecer um controle pelas autoridades judiciárias desde a etapa de seleção dos candidatos à adoção, até o acompanhamento da criança em seu novo lar, depois de consumada a adoção. Os vínculos entre a criança e sua família biológica não eram completamente rompidos a fim de possibilitar o retorno da criança, em caso de insucesso da adoção. A criança mantinha seu registro de nascimento de origem, só modificando-se os apelidos de família do adotado.

No entanto, mesmo com estes relevantes avanços, as adoções por estrangeiros continuaram a ser igualmente realizadas sem autorização judicial, através da simples lavratura em cartório, desde que não se tratasse de criança declarada em situação irregular, conforme o art. 2.º do Código de Menores, já mencionado. Desta forma, em virtude da excessiva permissibilidade da lei civil, que não foi revogada pelo Código de Menores, houve uma prática desordenada desse tipo de adoção, que resultou em abusos de toda sorte, os quais somente começaram a ser evitados quando foi apresentada, no II Encontro Nacional da Adoção, realizado em São Paulo, em 1982, "uma recomendação no sentido de determinar aos tabeliães que não lavrem escrituras de adoção de menor brasileiro, por adotante estrangeiro, não radicado no País, sem prévia autorização do Juiz de Menores"¹³.

2.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a nova adoção internacional

O legislador brasileiro inovou através do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/90, regulando de maneira definitiva a matéria e estabelecendo condições restritas à adoção de crianças brasileiras por estrangeiros.

Primeiramente, o legislador reformulou integralmente o instituto da adoção tendo em vista sanear várias distorções, particularmente na prática da adoção internacional. Ele facilitou de maneira preponderante as condições para a adoção, atenuando as restrições relativas à idade para adotar e ser adotado, restri-

ções relativas ao estado civil, agilizando assim o processo adotivo (arts. 40 e 42 do Estatuto). A adoção adquire efeitos plenos e irrevogáveis e o adotado tem os mesmos direitos e garantias concedidos aos filhos biológicos (arts. 41 e 48 do Estatuto).

A adoção atual, em sua forma plena, tornou-se então a melhor maneira de reintegrar uma criança ou um adolescente sem lar num ambiente favorável ao seu pleno desenvolvimento.

Sobre esta questão, Champenois-Marmier afirma que "quando uma pessoa deseja adotar uma criança estrangeira, ela normalmente opta pela adoção plena, pois ela prefere que os laços entre a criança e sua família biológica sejam definitivamente rompidos. Só assim os novos laços entre a criança e sua família adotiva podem se estabelecer sem medos nem conflitos"¹⁴.

Constata-se que os casais estrangeiros apresentam menos exigências relativas às características e condições da criança a ser adotada. Eles aceitam as crianças ditas "a particularidades", que são aquelas que apresentam mais idade, que são de cor negra ou mulata, ou que possuem certos problemas físicos e mesmo psicológicos. Essas crianças têm, na verdade, poucas chances de serem adotadas por uma família brasileira, que tem preferência por crianças pequenas ou recém-nascidas, de cor clara e em perfeito estado de saúde física e mental.

Não é raro encontrar-se casais estrangeiros que adotam crianças com problemas físicos ou mentais, ou que acolhem crianças com mais de 7 anos e às vezes aceitam com alegria a idéia de adotar duas, três ou quatro crianças, membros de uma mesma família. Talvez a longa espera por um filho biológico, acrescida da dificuldade de se adotar nos seus países de origem, tornem essas pessoas mais receptivas, diminuindo os preconceitos de toda ordem. Temos que convir que dificilmente essas crianças encontrariam um lar no Brasil.

É necessário observar que a maioria das adoções internacionais atinge seu objetivo de integração completa da criança em sua nova família. No entanto, deve ser lembrado que quanto maior for a criança, mais lento e mais arriscado pode ser esse processo de adaptação.

¹³ MACHADO, Antonio Luiz Ribeiro, ob. cit., p. 37

¹⁴ CHAMPENOIS - Marmier, "Les données sociologiques générales". *L'adoption d'enfants étrangers*, Econômica, Paris, 1986, p. 5.

• A dificuldade é maior quando essa criança vai para um país com língua, hábitos e cultura muito diferentes dos brasileiros. Exatamente por esses motivos, os critérios e exames de seleção dos candidatos estrangeiros devem ser rigorosos. Devem-se buscar as pessoas mais preparadas à adoção, aquelas que possam facilitar a adaptação da criança, garantindo seu bem-estar. Também deve-se considerar a capacidade de adaptação da criança ao novo lar, mas o sucesso da adoção dependerá principalmente da compreensão e do afeto que ela receberá, do que do país ou da língua que ela terá que conhecer e aprender.

Talvez por esse motivo, poder-se-ia questionar se não seria mais justo escolher-se os candidatos mais aptos a receber a criança, sem que sua nacionalidade ou residência no estrangeiro venha a dificultar a adoção, em detrimento do tratamento de favor dispensado ao adotante nacional. Infelizmente, teme-se que aconteça como no sistema anterior, quando certas autoridades judiciárias atribuíam preferência ao adotante estrangeiro, em virtude de sua melhor situação econômica ou até mesmo de uma possível retribuição pela agilização do processo adotivo.

3. As condições para a adoção internacional no Estatuto da Criança e do Adolescente

Agora, nenhuma criança destinada à adoção deverá sair do território nacional sem que a adoção seja consumada segundo a lei brasileira (art. 51, § 4.º do Estatuto). Desta forma, estabelecem-se a competência e as condições da lei brasileira para a validade da adoção, evitando-se a saída de crianças do País sem que a adoção seja deferida por autoridade judiciária competente. Também é vedada a adoção por procuração, nos termos do parágrafo único do artigo 39 do Estatuto.

A nova adoção prevista pelo Estatuto só poderá ter efeitos plenos e irrevogáveis. O vínculo entre a criança e sua família de origem se rompe definitivamente e a criança torna-se filha dos adotantes, usufruindo dos mesmos direitos e garantias atribuídos aos filhos biológicos.

É preponderante lembrar que a fase que antecede a adoção é de extrema importância, pois é dela que depende o sucesso da adoção. Abordaremos, assim, as diversas etapas deste processo, segundo a orientação da lei brasileira

3.1. A habilitação do candidato estrangeiro para adoção no Brasil

O recente Estatuto da Criança e do Ado-

lescente exige que o candidato estrangeiro à adoção de uma criança brasileira apresente um documento expedido pela autoridade competente de seu país de origem, que comprove a sua habilitação para adotar, conforme as exigências legais de seu país, bem como a apresentação de um estudo psicossocial elaborado por uma agência especializada e credenciada no seu país de origem (art. 51, § 1.º, do Estatuto).

A exigência da habilitação para adoção juntamente com o estudo psicossocial busca evitar a realização de uma adoção por pessoa indônea, que não apresente as condições indispensáveis para criar e educar uma criança. Ela permite, ainda, que sejam desmascaradas as adoções fundadas em interesses duvidosos, que envolvem o tráfico de crianças, a prostituição infantil ou, até mesmo, o transplante de órgãos vitais.

O candidato estrangeiro pode recorrer a uma associação que, em seu país de origem, servirá de intermediária no processo adotivo. Essa associação deve ser autorizada a prestar esse serviço e ela se encarregará de proceder a todas as entrevistas necessárias, as quais devem ser realizadas por profissionais competentes.

Liborni Siqueira propõe que “seria aconselhável que a instituição do País dos adotantes estivesse credenciada na Vara de Menores, constando os documentos oficiais de sua criação, de seus objetivos, os técnicos que a integram, a apresentação por autoridade consular, a lei regulamentadora da adoção, etc”¹⁵. Acredita-se ser indispensável o credenciamento e o controle dessas instituições, principalmente das associações que têm como objetivo intermediar a adoção no estrangeiro, assim como o intercâmbio de informações entre países. No entanto, acredita-se não ser obrigatória a passagem por uma dessas instituições que intermediam a adoção, quando o candidato obteve a habilitação para adotar, junto ao órgão oficial de seu país, encarregado de selecionar e habilitar os candidatos para a adoção no país ou no estrangeiro.

Além da habilitação à adoção, expedida pela autoridade estrangeira competente e do estudo psicossocial, elaborado por agência credenciada, o candidato deverá fornecer: atestado médico, atestado de boa conduta, antece-

¹⁵ LIBORNI, Siqueira, *Adoção no tempo e no espaço*, Forense, Rio de Janeiro, 1992, p. 122.

dentes penais, além de cópias do passaporte e certidão de casamento. Todas essas exigências visam a garantir a idoneidade do candidato, que é condição essencial ao sucesso da adoção.

O candidato estrangeiro, ou o seu representante, munido dos documentos exigidos pela autoridade judiciária, devidamente traduzidos por tradutor juramentado, solicitará sua inscrição como candidato à adoção (art. 52 parágrafo único do Estatuto). Neste momento, a presença do candidato não é indispensável, desde que ele constitua um representante no Brasil para proceder à apresentação dos documentos e à sua inscrição como candidato à adoção.

Conforme o art. 50, § 1.º, o deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do juizado, ouvido o Ministério Público. Em certos Estados, foi formada uma comissão estadual judiciária de adoção, que fornece o laudo de habilitação para instruir o processo. Essa comissão é encarregada de manter um registro centralizado de estrangeiros interessados em adotar (art. 52 do Estatuto). A implementação dessas comissões se faz gradualmente nos Estados, onde já demonstram aspectos positivos na agilização e no controle das candidaturas de estrangeiros à adoção.

Na opinião de Arnaldo Marmitt, "sem embargo de sua utilidade, a existência da comissão não é obrigatória, mas facultativa. No entanto, a comissão tem o mérito de mostrar à imprensa que as adoções internacionais, além de legislação específica, ainda se orientam por regulamentação complementar, expedida pelos Juizados da Infância e da Juventude, pelas Corregedorias-Gerais da Justiça e outros órgãos e serviços oficiais"¹⁶.

Quando se conclui à aptidão do candidato, o parecer poderá ser apresentado através de laudo fundamentado. Se o laudo for negativo, poderá ser informado ao interessado por que a adoção foi desaconselhada. Se não se conformar com a decisão do laudo, o interessado poderá apresentar recurso ao Tribunal de Justiça (arts. 198 e ss.).

Se o candidato foi considerado apto à adoção, ele estará habilitado a integrar o registro de candidatos à adoção. A autoridade judiciária manterá igualmente um registro de crianças e de adolescentes que podem ser adotados. No momento em que o interesse da criança a

ser adotada e o interesse do candidato a adotante se coincidem, ou seja, se correspondem, será apresentada uma proposta de adoção.

Segundo a equipe técnica do Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre, "é levada em conta a vontade manifesta dos candidatos com a realidade da criança, entendendo compatibilizadas as potencialidades dos futuros pais identificadas no processo de habilitação, em função dos interesses dos adotantes"¹⁷.

3.2. A coibição do tráfico internacional de crianças

Alerta-se sobre o tráfico de crianças, que consiste na utilização deturpada do instituto da adoção, visando à obtenção de lucros indevidos através de práticas ilícitas que encobrem um autêntico "mercado de crianças". Sobre este assunto, manifestou-se a Câmara dos Deputados na Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o extermínio de crianças e de adolescentes no País, arguindo que: "muito embora alguns processos de adoção estejam revestidos de procedimentos legais, são na verdade ilegítimos, pois são estruturados e organizados desobedecendo valores e princípios éticos, e baseados em atos ilícitos, como é o caso das adoções em que as mães são induzidas a entregar seus filhos"¹⁸.

É importante estabelecer uma distinção entre adoção e tráfico de crianças. A adoção reveste-se de todas as exigências e formalidades previstas pela lei e exige a intervenção da autoridade judiciária, à qual incumbe apreciar, decidir e controlar todos os atos para a realização da adoção. Já o tráfico de crianças realiza-se através da inobservância e da fraude às leis, o que inviabiliza a intervenção e o controle pela autoridade judiciária. Não é possível controlar se a adoção corresponde ao interesse da criança e, sobretudo, não se pode garantir a proteção e o acompanhamento da criança no país estrangeiro.

Segundo Dimas Borelli Thomaz Jr. e João Luiz Galvão Minnicelli, "adoção internacional e tráfico internacional de crianças são, portanto, formas de agir inteiramente distintas e

¹⁷ *O Estatuto Passado a Limpo*, Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre, 1992, p. 59.

¹⁸ *Relatório Final*, Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o extermínio de crianças e adolescentes no Brasil, Câmara dos Deputados, Brasília, 1992, p. 81.

¹⁶ MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Aide Editora, Rio de Janeiro, 1993, p. 144.

situadas em pólos opostos, embora destinados ambos à colocação de crianças em lares substitutos no exterior"¹⁹.

Investigações estão sendo realizadas acerca da ação de grupos de tráfico de crianças, especialmente de uma quadrilha que age na Paraíba, com ramificações em Brasília, Paraná e Fortaleza. O relatório da Polícia Federal apresenta estimativas de que perto de três mil crianças deixam clandestinamente o País por ano, contra outras mil e quinhentas que partem com documentação em ordem.²⁰

Com o objetivo de punir as pessoas envolvidas no tráfico de crianças, o art. 239 do Estatuto prevê que: "promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro: pena de reclusão de 4 a 6 anos, e multa". Igualmente o art. 238 prevê que "prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: pena de reclusão de 1 a 4 anos e multas". E o parágrafo único completa: "Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou a recompensa".

A previsão do legislador é oportuna, pois essas práticas clandestinas e ilegais devem ser rigorosamente combatidas. Seria fundamental que se estabelecesse uma cooperação entre os países tendo em vista o controle das fronteiras com o auxílio dos poderes de polícia. Caberia ao Poder Judiciário intensificar o controle dos serviços de colocação familiar e o funcionamento dos tribunais a fim de evitar a realização de adoções através de fraude às leis nacionais e internacionais.

3.3. O estágio de convivência no Brasil

Depois da apresentação da proposta de adoção e havendo uma aceitação inicial, será providenciado o encontro entre a criança e o(s) futuro(s) adotante(s). Será o momento da vinda do(s) adotante(s) ao Brasil para conhecer pessoalmente a criança, de quem já podem ter recebido informações sobre seu histórico médico, psicossocial, fotos, etc. A adaptação dependerá principalmente da idade da criança e da simpatia criada entre ela e seus futuros pais. Quando se tratar de criança a partir de 12 anos,

ela deverá exprimir seu consentimento à adoção (art. 45, § 2.º). O estágio de convivência não será dispensado quando se tratar de adotante estrangeiro e deverá ser cumprido no território nacional. Ele será de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando com mais de dois anos de idade (art. 46, § 2.º, do Estatuto).

Logo após o estágio, e havendo aceitação da parte do(s) futuro(s), o pedido de adoção será formalizado. Quando for deferida a adoção, a criança receberá então a autorização para deixar o País. Os adotantes deverão providenciar o passaporte do adotando, que somente poderá deixar o território nacional após o trânsito em julgado da sentença (art. 51, § 4.º, do Estatuto).

Normalmente outras formalidades são necessárias para que o adotando possa entrar no País dos adotantes. Essas outras diligências, que variam conforme a legislação de cada país, ficam a cargo dos adotantes.

Após a saída da criança do território nacional, poderá haver um certo acompanhamento da evolução do processo de adaptação. Os adotantes ou os serviços que intermediaram a adoção podem enviar normalmente a cada trimestre um relatório detalhado sobre a adaptação da criança em seu novo lar e eventuais problemas que possam se apresentar. Esse controle, embora não sendo previsto pelo Estatuto, consiste numa prática instituída ainda no sistema do Código de Menores.

3.4. O reconhecimento da adoção no País do adotante

A adoção plena cria um vínculo de filiação entre a criança ou o adolescente e os adotantes. A adoção no novo sistema brasileiro implica numa integração completa da criança na família adotiva (art. 41 e § 1.º do Estatuto).

A criança adotada terá os mesmos direitos que são atribuídos a um filho nascido do casamento dos pais, em virtude da aplicação do princípio de igualdade de filiações, estabelecido pelo art. 227, § 6.º, da Constituição.

Em se tratando de uma adoção internacional, em princípio, todo julgamento relativo à capacidade das pessoas, emitido num país estrangeiro, pode ter plena validade e efeitos em um outro país.

A adoção realizada segundo a lei brasileira poderá ser reconhecida pelas autoridades judiciárias de um país estrangeiro, através de

¹⁹ BORELLI THOMAZ JR. Dimas, e GALVÃO MINNICELLI, João Luiz. art. cit., p. 91.

²⁰ *Relatório Final*, ob. cit., pp. 71 e 82.

um *exequatur*²¹.

Poderá ser solicitado, desta forma, que a regularidade da adoção pronunciada no estrangeiro seja controlada pelas autoridades judiciárias do País do adotante. Este poderá, em princípio, escolher entre o reconhecimento da adoção pelas autoridades judiciárias ou a apresentação de um pedido de adoção perante o tribunal. Essa escolha é feita dependendo da natureza do julgamento estrangeiro e de seu conteúdo, principalmente quanto aos efeitos atribuídos à adoção.

A introdução de um novo pedido de adoção, que constitui uma possibilidade prevista no direito francês, se justifica por duas razões: não é necessário apreciar a regularidade da decisão estrangeira com relação ao direito internacional privado francês, e este procedimento não é oneroso, dispensando a constituição de um advogado.

No entanto, Elisabeth Poisson-Drocourt considera que esta possibilidade deveria ser reservada à hipótese em que a decisão estrangeira estabelece uma adoção que não pode ser assimilada à adoção plena do direito francês e, quando os adotantes desejam o benefício deste tipo de adoção em seu país²².

Na hipótese em que as legislações do país do adotado e do país do adotante se assemelham, principalmente em relação aos efeitos da adoção, não existirá nenhum conflito de leis importante. No entanto, sérios conflitos podem surgir quando, por exemplo, um dos países não prevê ou simplesmente proíbe a adoção, como é o caso da maioria dos países islâmicos, com exceção da Tunísia²³. Neste caso, deve-se em princípio respeitar a legislação que não prevê ou que proíbe a adoção²⁴.

²¹ No Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a homologação de sentença estrangeira e a concessão de *exequatur* (art. 102, I, h, da CRFB)

²² POISSON-DROCOURT, Elisabeth. "L'adoption Internationale", *Revue critique de droit international privé*, Paris, 1987(76), p. 699.

²³ LACOSTE-DUJARDIN, Camille. "Devo enfants adoptifs, Allah n'a point fait vos fils", *Revue Autrement*, Ed. Autrement, Paris, 1988(96), p. 116.

²⁴ A jurisprudência francesa não é pacífica sobre essa questão, pois o *Tribunal de Grande Instance de Paris* pronunciou decisão estabelecendo a adoção simples de uma criança marroquina por fran-

Existem três convenções internacionais que se destinam a conciliar os conflitos que podem surgir entre países de legislações diferentes: a Convenção de Haia, de 15 de novembro 1965, sobre a competência das autoridades, leis aplicáveis e reconhecimento de decisões em matéria de adoção, assinada pela Áustria, Inglaterra e Suíça; a Convenção Européia, realizada em Estrasburgo, em 24 de agosto de 1967; e, finalmente, a Convenção Interamericana, realizada em La Paz, em 24 de maio de 1984.

No XIII Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Montreal, em 1990, foi constatado que a tendência geral dos países de acolhida de crianças adotadas é de estabelecer a competência do tribunal do domicílio ou da residência habitual dos adotantes. Essa competência tem um caráter quase imperativo para os países que submetem as condições para adotar à *lex fori*, como é o exemplo da Argentina, Austrália, Finlândia, Reino Unido, Suécia, Suíça e Estados Unidos. Essa competência pode coexistir com outras competências alternativas fundadas no lugar do domicílio ou na nacionalidade do adotante, como é o exemplo da Alemanha, Bélgica, França, Grécia e Portugal. No que se refere a uma adoção pronunciada segundo a lei brasileira, que adota a competência do tribunal do domicílio do adotado, essa poderá ser novamente homologada no País de domicílio do adotante. Neste caso, a segunda adoção deve respeitar a regra de conflito do segundo juízo²⁵. Conclui-se que, mesmo havendo divergências entre leis de países diferentes, que possam vir a complicar as relações internacionais, elas não são insolúveis.

O legislador pátrio, quando estabeleceu a competência do tribunal brasileiro em matéria de adoção, pretendeu garantir a legalidade das adoções por estrangeiros evitando o tráfico de crianças.

Compete, neste momento, aos tratados e às convenções internacionais a tentativa de regular os eventuais conflitos e de dispensar esforços para aperfeiçoar o regime da adoção. Para que esse tipo de adoção possa ser realizado em conformidade com as leis nacionais e interna-

ceses, mas no mesmo ano a *Cour d'Appel de Versailles* rejeitou o pedido de adoção simples de uma criança argelina. *Revue critique de droit international privé*, Paris, 1993(82), p. 254.

²⁵ Académie de Droit International. *Recueil des Cours*, tomo IV, 1991, La Haye, p. 178.

cionais de proteção à criança, é recomendável um trabalho de coordenação entre governos dos países de origem do adotado e os países de acolhida dessas crianças e adolescentes.

Recentemente, em maio de 1993, foi apresentado na Conferência Internacional de Haia um projeto de convenção relativo à proteção e à cooperação em matéria de adoção internacional. Ele se destina a delimitar o papel das autoridades para a realização da adoção internacional, segundo as leis nacionais. Seus objetivos primordiais são: a) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam realizadas levando em consideração o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais, que lhes reconhece o direito internacional; b) instaurar um sistema de cooperação entre os Estados contratantes que assegure o respeito às ditas garantias e, em consequência, previna o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças; e c) assegurar o reconhecimento nos Estados contratantes das adoções realizadas segundo a Convenção²⁶.

Esperemos que este projeto de convenção venha a ser aprovado e posteriormente ratificada pelo Brasil, a fim de que a adoção internacional possa se aperfeiçoar, garantindo à criança desamparada condições dignas de existência.

A noção de interesse superior da criança deve emergir e se sobrepor a todo e qualquer interesse que possa estar presente na realização de uma adoção internacional, posto que o objetivo desse instituto é o de proporcionar à criança uma vida familiar e um futuro melhor.

Bibliografia

ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONALE. *Recueil des Cours*, Tomo IV, La Haye, 1991.

ALBERGARIA, Jason. *Adoção simples e adoção plena*. Rio de Janeiro. Aide Editora, 1990.

CHAVES, Antonio. *Adoção, adoção simples e adoção plena*. 2.^a ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1980.

CRESPO BRAUNER, Maria Claudia. *Les enfants nés hors mariage en droit français et brésilien*. Rennes, França, 1993, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito e de Ciência Jurídica, Universidade de Rennes I.

RELATORIO FINAL. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada à investigar o extermínio de crianças e adolescentes no Brasil. Brasília. Câmara dos Deputados, 1992.

ESTATUTO PASSADO A LIMPO. Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre, 1992.

FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. *Direitos de família e do menor*. 2.^a ed., Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 1992.

FOYER, Jacques e LABRUSSE-RIOU, Catherine. *L'adoption d'enfants étrangers*. Paris. Econômica, 1986.

GAMA BEN KAUSS, Omar. *A adoção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 1991.

GARCIA MARTINS, Aluísio. *O direito do menor*. São Paulo. Ed. Leud, 1988.

MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro. Aide Editora, 1993.

REVUE AUTREMENT. *Abandon et adoption*. Paris: Ed. Autrement, n.º 96, 1988.

RIBEIRO MACHADO, Antonio Luiz. *Código de menores comentado*. 2.^a ed., São Paulo. Ed. Saraiva, 1987.

SIQUEIRA, Liborni. *Adoção no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1992.

WALD, Arnaldo. *Direito de família*. 8.^a Ed., São Paulo. Revista dos Tribunais, 1991.

²⁶ Projeto de Convenção relativa à proteção e à cooperação em matéria de adoção internacional, Haia, Holanda, 29 de maio de 1993.

A educação de massa e o princípio do ensino compulsório: origens, expansão mundial e a realidade brasileira

MARCELO L. OTTONI DE CASIRO

SUMÁRIO

1. Preâmbulo. 2. Origens e expansão mundial da educação de massa e do ensino compulsório. 3. O contexto brasileiro.

1. Preâmbulo

É praticamente consensual a idéia de que o ensino fundamental deve ser tratado como prioridade pelas políticas públicas para a área da educação. Entretanto, há acentuadas discordâncias no que se relaciona a alguns aspectos da estrutura deste nível de ensino, como o demonstram determinadas divergências surgidas ao longo da tramitação no Congresso Nacional da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. A fim de levantar algumas questões sobre o assunto, julgamos ser válida a apresentação de um estudo a respeito das origens do ensino de massa, de sua expansão mundial e do papel do princípio da educação compulsória. Dessa forma, talvez seja possível compreender melhor a situação do problema do ensino fundamental no Brasil.

2. Origens e expansão da educação de massa e do ensino compulsório

Teorias funcionalistas que reduzem a explicação do fenômeno do desenvolvimento da educação de massa na Europa do século XIX às alterações promovidas pela industrialização, pelo crescimento urbano ou pelas pressões da estrutura de classes vêm sendo objeto de reservas em estudos recentes¹. De fato, países eco-

Marcelo L. Ottoni de Castro é Assessor Legislativo do Senado Federal

Trabalho apresentado, em agosto de 1993, à análise dos Srs. Senadores membros da Comissão de Educação do Senado Federal.

¹ Cf. por exemplo, BOLI, John *et alii*. "Explaining the origins and expansion of mass education" *Comparative Education Review*, 29/2: 145-170, maio 1985; RAMIREZ, Francisco e BOLI, John. "The political construction of mass schooling: Eu-

nomicamente mais atrasados, como a Prússia, a Áustria e a Dinamarca, desencadearam seus processos de educação de massa antes dos mais industrializados, como Inglaterra e França². Também nos Estados Unidos não foi possível constatar relação inequívoca entre o binômio industrialização/urbanização e a criação e expansão da educação de massa pelo país: pelo contrário, no século XIX, o nível de matrícula foi geralmente mais elevado nas áreas rurais do que nas urbanas, e acentuados índices de matrícula comumente antecederam a industrialização³. Na realidade, para explicar as origens e a expansão da educação de massa parecem mais fundamentadas as análises que relacionam tais fenômenos ao projeto moderno de construção de uma nova sociedade baseada na afirmação do individualismo. A expansão da educação, assim, deveria ser interpretada como um dos meios de se criar os novos membros da sociedade moderna, de acordo com os seus fundamentos universalista e racional⁴.

Embora em alguns casos outras forças sociais que não o Estado tenham tido um papel primordial no desencadeamento do processo de educação de massa, na maioria dos países tal processo esteve estreitamente ligado ao esforço de construção de uma política de unificação nacional e de estruturação do modelo político do Estado-Nação. Apesar de, no contexto europeu do século XIX, as nações não serem historicamente novas e de representarem sentimentos e lealdades baseados nos hábitos e formas de vida dos *folks*, à medida que se transformavam em Estados, não representavam algo espontâneo, mas sim um produto: precisavam ser construídas, originando-se daí o papel primordial das instituições que podiam impor uma uniformidade nacional, como as escolas primárias⁵. Neste sentido, já poderia ser compreendido o esforço precoce de Fre-

derico Guilhermê I ao estabelecer na Prússia, já no início do século XVIII (1703), o ensino compulsório, princípio reafirmado em 1763 por Frederico, o Grande.

A escolarização de massa apareceu, assim, onde também se desenvolvia o modelo do Estado-Nação. É certo que este veio explicativo baseado no processo de construção da nacionalidade não pode deixar de levar em conta os componentes econômicos (relacionados ao desenvolvimento da economia mercantil), ideológicos (a mitificação do indivíduo e da autoridade estatal como representante do conjunto de indivíduos) e sociais (a atomização de uma sociedade de classes dominada por interesses próprios), presentes na formação do Estado-Nação. No sentido ideológico, seria significativo nomear os cinco mitos legitimadores do modelo europeu do Estado-Nação, apontados por Ramirez e Boli⁶: (1) o do indivíduo como fonte fundamental do valor social, cujas raízes remontam à reforma protestante, ou antes, a uma lenta evolução desencadeada já na Baixa Idade Média; (2) o da nação como um agregado de indivíduos; (3) o do progresso; (4) o da socialização infantil como formadora do caráter do adulto, futuro cidadão; (5) o do Estado como guardião da nação e garantia do progresso.

Não obstante a validade das críticas às interpretações reducionistas, é preciso reconhecer a importância, principalmente no contexto europeu do século XIX, do papel de controle social exercido pelo Estado no processo de criação e expansão do ensino de massa. Numa sociedade tão conflituosa como esta, na qual cada segmento era dominado por interesses próprios bem definidos e divergentes, o nacionalismo constituiu-se em um "precioso aglutinante" de união entre o Estado centralizado e a sociedade atomizada⁷. Em nome da vontade popular, então, o Estado reconheceu a afirmação da cidadania, concedendo-a aos habitantes considerados "nacionais". E o direito à educação constituiu cada vez mais uma das prerrogativas desta igualdade cívica.

A questão do nacionalismo, ainda mais na forma como este se apresentou no século XIX, com muita frequência implicou a competição interestatal. Daí o fato de certos desafios externos à política nacional terem, ao gerar a crise

ropeans origins and worldwide institutionalization". *Sociology of Education*, 60: 2-17, janeiro 1987; e MEYER, John et alii. "World expansion of mass education, 1870-1980", *Sociology of Education*, 65: 128-149, abril 1992.

² BOLI et alii, *op. cit.*, p. 153.

³ MEYER, John W., TYACK, David et alii. "Public education as nation-building in America: enrollments and bureaucratization in the American States, 1870-1930". *American Journal of Sociology*, 85/3: 591-613, 1979.

⁴ *Ibid.* e RAMIREZ & BOLI, *op. cit.*

⁵ HOBBSBAWN, Eric. *A Era do Capital*. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 1979. p. 113.

⁶ RAMIREZ & BOLI, *op. cit.*

⁷ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo, Brasiliense, 1989. p. 262.

de antigas práticas e instituições, aberto espaço para mudanças na política educacional: exemplificam este fenômeno os estímulos à educação de massa nacional decorrentes das derrotas militares da Prússia em 1807 e da França em 1871, assim como a preocupação das autoridades dos Estados Unidos, expressas no famoso documento *A Nation at Risk* (1983), com o declínio econômico do país principalmente manifesto no avanço da economia japonesa.⁸

Soysal e Strang⁹ chamaram a atenção para o quanto a relação entre os Estados europeus do século XIX e certos setores da sociedade, notadamente as igrejas, afetou a construção dos primeiros sistemas nacionais de educação. Os países protestantes em que havia uma igreja nacional subordinada ao Estado puderam presenciar, devido à colaboração de ambos, a criação precoce de seus sistemas nacionais de educação. Foi este o caso da Prússia e dos países escandinavos. Em outros países, o conflito entre o Estado e determinados segmentos sociais, particularmente religiosos, retardou a criação de um sistema de educação nacional. Foi o que ocorreu na Inglaterra e na França. Nesta, apesar de o Estado ser tradicionalmente forte, uma legislação nacional sobre a universalização do ensino foi retardada principalmente em decorrência de sua competição com a Igreja Católica. Na Inglaterra, apesar da existência de uma igreja nacional, a interferência do Estado na educação ocorreu relativamente tarde, devido, entre outros fatores, à forte competição das seitas protestantes na expansão escolar. Um terceiro grupo foi constituído pelos países em que não ocorreu este conflito entre o Estado e setores religiosos; pelo contrário, manteve-se praticamente intacto o poder da igreja tradicional, mas esta foi incapaz de colaborar com o Estado para que uma legislação nacional sobre o ensino, às vezes precocemente estabelecida, pudesse representar a efetiva expansão da educação de massa. Estariam neste grupo a Grécia, a Itália, a Espanha e Portugal¹⁰. Outra distinção referente à expansão do ensino de massa no contexto europeu do sécu-

lo XIX, e, mais adiante pelo mundo, foi apontada por Boli *et alii*¹¹. Nas sociedades em que era grande o peso da autoridade estatal, a expansão escolar tendeu a dar-se a partir da adoção de normas institucionais sobre a obrigatoriedade do ensino elementar. No contexto europeu esta situação incluiria a Prússia, a Dinamarca, a Suécia e, em nossa avaliação, os países do Leste Europeu e, numa situação de menor eficiência, os países da Europa mediterrânica. Seria relevante destacar que a expansão mundial do ensino de massa parece ter seguido esta tendência. Entretanto, nos casos das sociedades em que o valor do indivíduo tornou-se preponderante, e a aversão a um Estado centralizado mostrou-se forte, a expansão da educação deu-se antes a partir da disseminação de escolas, independentemente da iniciativa estatal e do estabelecimento de normas nacionais sobre o ensino. Estariam incluídos nesta tendência os Estados Unidos¹², a Inglaterra, a Suíça e, de forma mais atenuada, a Holanda e a Bélgica. Já a França constituiu um caso misto, com um Estado forte, porém envolvido em acentuadas lutas políticas.

A notável expansão do ensino de massa pelo mundo ao longo do século XX, particularmente no pós-Segunda Guerra, revela a adoção do modelo de organização do Estado-Nação, baseado na concessão da cidadania aos "nacionais" e no crescimento da autoridade estatal. Expressa bem esta difusão do sistema político do Estado-Nação, com seu modelo de ensino de massa, a notável similaridade mundial dos

caso da católica e da ortodoxa grega, tendem a não estimular o individualismo necessário à moderna expansão da educação de massa: cf. BOLI *et alii*, *op. cit.*, pp. 165-66.

¹¹ BOLI *et alii*, *op. cit.*

¹² MEYER, TYACK *et alii* destacaram a importância da visão política milenarista protestante-republicana, muito presente na formação dos Estados Unidos, em sua expansão escolar: "Aquilo que, nesta concepção política do século XIX, uniu estes indivíduos não foi o poder coercitivo ou normativo do Estado, mas a consciência comum dos mesmos a respeito das leis de Deus e das exigências de uma ordem humana racional. Estes grupos agiam não simplesmente para proteger a condição de suas próprias crianças, mas para construir uma sociedade milenar para todas as crianças (...) não foi uma reduzida elite ou um poderoso Estado que levantou escolas pelo país, mas centenas de milhares de pessoas que compartilhavam uma ideologia de construção de uma nação." MEYER, TYACK *et alii*, *op. cit.*, p. 601.

⁸ BOLI *et alii*, *op. cit.*, p. 165.

⁹ SOYSAL, Yasemin Nuhoglu e STRANG, David. "Construction of the first mass education systems in nineteenth-century Europe", *Sociology of Education*, 62:277-288, outubro 1989.

¹⁰ Na realidade, formas de religiosidade que enfatizam o ritual litúrgico e a mediação da instituição eclesiástica entre o fiel e Deus, como é o

currículos das escolas primárias ao longo deste século, apesar da grande variação nacional de estruturas sociais e econômicas¹³. Desta forma, parece certo que, em períodos mais recentes, o grau de consenso mundial a respeito da necessidade da educação de massa diminuiu a pressão de fatores econômicos, políticos e culturais internos na adoção do ensino compulsório e na expansão das matrículas escolares¹⁴.

É interessante destacar que alguns dos princípios ligados à educação de massa começaram a ser incorporados à legislação dos países periféricos com uma maior facilidade do que a ocorrida nos países centrais, onde o fenômeno se originou. Mesmo entre os países periféricos, foi possível constatar, por exemplo, que o espaço entre a data de independência e aquela da adoção de leis compulsórias sobre o ensino diminuiu drasticamente com o passar do tempo¹⁵. Estudando um tema correlato, Boli-Bennett e Meyer¹⁶ descobriram que cada grupo de novos países que surgia no sistema mundial de Estados-Nação apresentava escores mais altos no aspecto proteção à infância do que aquele que o precedia. Dai a observação dos autores, válida também para a adoção dos princípios da educação de massa:

"Ideologias construídas na vida social dos países centrais tendem a tornar-se princípios constitucionais nas nações periféricas, freqüentemente bem antes de serem plenamente incorporadas nas constituições dos próprios países centrais"¹⁷.

O problema disto é que com muita freqüência a adoção destes princípios nos países periféricos acaba representando muito mais um esforço de obter legitimidade, seja no plano interno seja no contexto internacional, do que um meio de promover mudanças efetivas na sociedade. De fato, copiar ideologias é um procedimento muito mais fácil do que promover reformas institucionais e sociais efetivas, ain-

da que reclamadas pelas próprias ideologias copiadas. A perda de credibilidade que esta prática pode trazer às instituições destes países mereceria maior atenção de suas autoridades.

Na realidade, a existência de uma ideologia mundial sobre educação de massa pode ser apresentada como uma das causas fundamentais da expansão educacional ocorrida após 1950¹⁸. Dai ser possível constatar certa homogeneidade nos objetivos expressos pelos mais diversos países como justificadores da implantação nacional do ensino de massa. Assim, como apontaram Fiala e Lanford¹⁹, após o estudo das normas constitucionais vigentes em mais de uma centena de países entre 1955 e 1965, estes objetivos eram principalmente os de promover o desenvolvimento econômico — especialmente nacional —, o desenvolvimento individual e vocacional, e de estimular a lealdade e o patriotismo, a igualdade e a democracia.

A instituição do ensino elementar compulsório constituiu-se numa das medidas mais comuns do esforço de promover a expansão da escolaridade. Praticamente disseminado na Europa até a Primeira Guerra Mundial, o princípio do ensino compulsório foi incorporado à legislação de quase todos os países do mundo, inclusive dos mais pobres, ao longo deste século. Segundo o *Statistical Yearbook 1991* da Unesco, 86% dos países do mundo já haviam estabelecido o ensino compulsório em suas legislações. A média mundial era de 7,2 anos de ensino obrigatório, a europeia de 9,3 anos e a da América Latina e do Caribe de 5,7 anos²⁰.

Um dos critérios para se identificar a efetividade deste esforço de escolarização é o aumento nas taxas de matrícula no ensino de 1.º grau. Os quadros I e II (páginas 187 e 188, respectivamente) procuram dar uma idéia da evolução destas taxas entre 1870 e 1940 e entre 1960 e 1990.

Estas taxas, no entanto, não revelam a diversidade do sucesso de escolarização entre os países. Como já foi apontado anteriormente, por vezes o sucesso na expansão do ensino de

¹³ BENAVIDOT, Aaron; CHA, Yun-Kyung *et alii*. "Knowledge for the masses: world models and national curricula. 1920-1986". *American Sociological Review*, 56:85-100, fevereiro 1991.

¹⁴ *Ibid.*, p. 168.

¹⁵ *Ibid.*, p. 167.

¹⁶ BOLI-BENNETT, John e MEYER, John. "The ideology of childhood and the state: rules distinguishing children in national constitutions, 1870-1970". *American Sociological Review*, 43: 797-812, dezembro 1978.

¹⁷ *Ibid.*, p. 810.

¹⁸ FIALA, Robert e LANFORD, Audri Gordon. "Educational ideology and world educational revolution". *Comparative Education Review*, 31/3: 315-332, agosto 1987.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ UNESCO. *Statistical Yearbook, 1991*. Paris, UNESCO, 1991.

massa independeu de legislação tornando o ensino de 1.º grau obrigatório. Mais freqüentemente ainda o estabelecimento deste último não gerou aumento significativo nas taxas de matrícula. Como foi visto, este problema esteve presente no contexto europeu do século XIX. Grécia e Portugal, por exemplo, estabeleceram o ensino primário compulsório em 1834 e 1838, respectivamente. Entretanto, em 1870 suas taxas de matrícula no ensino primário eram, na mesma ordem, de 20% e 13%, em contraste com as existentes na França (75%), na Bélgica (62%) e na Holanda (59%), onde o ensino compulsório foi estabelecido, respectivamente, em 1882, 1914 e 1900²¹.

Essa situação de diversidade também pode ser constatada no processo de expansão do ensino de massa nos países periféricos. Apesar

QUADRO I

Ensino de primeiro grau: Principais taxas brutas não-ajustadas de matrículas, 1870-1940.* (em %).

| Região | circa de 1870 | 1880 | 1890 | 1900 | 1910 | 1920 | 1930 | 1935-1940 |
|--------------------------|---------------|------|------|------|-------|-------|-------|-----------|
| América do Norte/Oceania | 66,8 | 78,2 | 84,3 | 86,0 | 75,8 | 73,9 | 75,5 | 79,1 |
| | (4) | (3) | (4) | (5) | (6) | (6) | (6) | (6) |
| Europa do Norte | 56,0 | 56,1 | 60,1 | 67,3 | 69,1 | 67,2 | 69,9 | 72,0 |
| | (12) | (14) | (13) | (13) | (13) | (14) | (15) | (12) |
| Europa Oriental | 16,9 | 19,3 | 21,1 | 28,6 | 39,4 | 35,6 | 43,9 | 48,2 |
| | (3) | (3) | (5) | (5) | (6) | (11) | (10) | (10) |
| Ásia ¹ | 08,1 | 11,2 | 12,0 | 13,7 | 14,1 | 16,9 | 22,8 | 30,6 |
| | (4) | (5) | (7) | (9) | (12) | (13) | (13) | (13) |
| África Sub-Saariana | 16,6 | 17,2 | 10,2 | 14,9 | 12,2 | 14,6 | 15,0 | 19,6 |
| | (2) | (3) | (5) | (12) | (18) | (21) | (26) | (25) |
| América do Sul | 15,7 | 16,1 | 19,3 | 22,3 | 27,9 | 30,4 | 37,2 | 40,7 |
| | (6) | (6) | (12) | (13) | (13) | (13) | (12) | (13) |
| MUNDO ² | 33,5 | 33,3 | 31,5 | 33,9 | 33,3 | 33,3 | 37,1 | 40,8 |
| | (40) | (49) | (75) | (91) | (103) | (115) | (123) | (120) |

Fonte: BENAVIDOT, Aaron e RIDDI, E. Phyllis. "The expansion of primary education, 1870-1940: trends and issues". *Sociology of Education*, 61, julho, 1988, p. 202.

* A taxa bruta não-ajustada de matrícula é obtida pela divisão do número de matrículas no ensino de primeiro grau pela população de 5 a 14 anos de cada país. Os números entre parênteses indicam o total de países envolvidos no levantamento.

1 - Não inclui países do Oriente Médio.

2 - A média mundial e o total de países incluídos no levantamento não consideram apenas as regiões acima apresentadas, pois outras foram proporcionalmente suprimidas.

²¹ Os dados foram retirados de SOYSAL e STRANG, *op.cit.*, p. 278.

da generalizada adesão aos princípios da educação de massa, inclusive com a adoção de leis de ensino compulsório, diversos países continuam apresentando reduzidas taxas de matrícula no ensino elementar. O quadro III (página 190) procura ser representativo ao apresentar uma relação dos países com as mais baixas taxas bruta e líquida de matrículas no ensino de 1.º grau, conforme dados da Unesco. Como se pode ver, o fenômeno é mais difundido no continente africano. Vale a pena destacar o idealismo do estabelecimento de 7, 8 ou 9 anos de ensino obrigatório em países que mal conseguem matricular metade de sua população em idade escolar²². Dentre os obstáculos à universalização do ensino de primeiro grau alegados pelas autoridades educacionais desses países, a maioria relaciona-se a problemas de natureza econômica, sejam dos estudantes e de suas famílias, sejam do país como um todo. Dessa forma, faltam recursos para a área da educação, o que afeta a construção e o aparelhamento das escolas, assim como a formação adequada de professores. Ao mesmo tempo, muitos jovens deixam de freqüentar a escola devido ao ingresso precoce no mercado de trabalho. Merecem destaque também os inibidores culturais da escolarização, tais como a falta de motivação da família e os impedimentos existentes em certos países para o envio de meninas à escola²³.

O quadro IV (página 195) mostra uma relação de países periféricos que obtiveram resultados positivos na expansão do ensino de 1.º grau.

Embora o conceito de "país periférico" seja

²² Sobre os problemas enfrentados por diversos países africanos no desafio do ensino elementar cf. MILLER, Ralph M. "The fading future". *Comparative Education Review*, 31/2: 218-240, agosto 1987. Merecem menção casos como o do Gabão que estabeleceu 10 anos de escolaridade compulsória, mas não faz ou não envia para a UNESCO estatísticas sobre o total de matriculados e sobre a eficiência de seu sistema de ensino, a julgar pela ausência destes dados no *Rapport Mondial sur l'Éducation 1991* e nos *Statistical Yearbooks* da UNESCO. Gana encontra-se em situação semelhante: o ensino obrigatório é de 10 anos, mas a taxa bruta de escolarização apresentada para os seis anos do primeiro grau era, em 1988, de apenas 73%.

²³ INTERNATIONAL BUREAU OF EDUCATION. *Internacional Yearbook of Education*, 38 (Primary education on the threshold of the twenty-first century). Paris. UNESCO, 1986, pp. 212-220.

carregado de ambigüidade, é preferível esta expressão para designar os países classificados pela ONU como "em desenvolvimento", os quais, como consta no *Statistical Yearbook, 1991* da Unesco, era, na época, todos os países do mundo excetuando os da Europa (mas não a Iugoslávia), a União Soviética, os Estados Unidos, o Canadá, o Japão, Israel, a Austrália, a Nova Zelândia e a África do Sul. Foram incluídos na relação do quadro IV apenas os países com mais de 2,5 milhões de habitantes em 1988 e que apresentavam um mínimo de 90% de taxa líquida de matrícula no 1.º grau, também em 1988, com as exceções da Jordânia, de Hong Kong e de Singapura, cujas taxas de matrícula referem-se a 1980, 1984 e 1989, respectivamente²⁴. Merece ressalva a situação da Argentina, que foi excluída da relação por não apresentar dados relativos à taxa líquida de matrícula em anos recentes. Entretanto, o último dado relativo a esta taxa no país publicado pelo *Statistical Yearbook* da Unesco (1991) apresenta, para o ano de 1975, o valor de 96%, o que já poderia incluir a Argentina neste último quadro, já que não parece provável a ocorrência de um retrocesso em sua escolarização de 1.º grau. Países como a Argélia e a Venezuela atingiram o valor de 89% de taxa líquida de matrículas no ensino de 1.º grau, mas foram excluídos do quadro, assim como países com taxas imediatamente inferiores, a fim de não alongá-lo demasiadamente. As taxas brutas não ajustadas de 1910 e de 1950 foram incluídas para destacar a diversidade no ritmo de expansão dos países relacionados, ao longo da primeira metade do século²⁵. Assim, pode-se perceber que o México, Cuba, as Filipinas, o Sri Lanka e principalmente o Paraguai, o Uruguai e o Chile (assim como a Argentina) fazem parte de um grupo de países

que no início do século já apresentava taxas razoáveis de matrícula no ensino elementar. Seus índices, contudo, eram nitidamente inferiores aos dos países mais avançados na expansão escolar, como os Estados Unidos (97%), a França (85,7%) e a Austrália (89,2%), embora comparáveis - no caso daqueles quatro últimos países - aos da Europa Mediterrânica e Oriental (com exceção da Tchecoslováquia e da Hungria)²⁶. Por outro lado, a China Continental, Taiwan e a Coreia do Sul, países de destacado sucesso na área educacional na atualidade, entraram no século XX virtualmente como nações de analfabetos. Mas enquanto os dois últimos já em 1950 apresentavam taxas razoáveis de matriculados no ensino elementar, a expansão escolar na China Continental, apesar do nada negligenciável crescimento anterior a 1950, deu a sua arrancada depois da metade do século.

Ainda em relação ao quadro IV, cabe observar que nem todos os países periféricos que obtiveram altas taxas de escolarização no ensino de 1.º grau alcançaram um desenvolvimento econômico de destaque, como é, por

QUADRO II

Ensino de 1.º Grau - taxa bruta ajustada de matrícula * (em %)

| Anos | Mundo | Países desenvolvidos | Países em desenvolvimento | América Latina e Caribe |
|------|-------|----------------------|---------------------------|-------------------------|
| 1960 | 84,1 | 105,6 | 75,9 | 72,7 |
| 1970 | 88,5 | 103,9 | 83,5 | 90,7 |
| 1980 | 96,1 | 101,4 | 94,9 | 104,8 |
| 1990 | 98,7 | 101,6 | 98,1 | 109,3 |

Fonte: UNESCO. *Statistical Yearbook, 1991*.

²⁴ Os dados populacionais foram retirados do *Statistical Yearbook* da Unesco de 1991. Os países periféricos com menos de 2,5 milhões de habitantes e com taxas de escolarização maiores de 90% em 1988 são: Botswana, Cabo Verde, Maurício, Barbados, Jamaica, Panamá, Suriname, Bahrein, Chipre, Emirados Árabes Unidos, Mongólia, Catar e Fiji : Unesco, *Rapport Mondial sur l'Éducation 1991*. Paris, Unesco, 1991.

²⁵ Sobre a validade do estudo comparativo baseado nas taxas de matrículas (bruta ajustada, bruta não-ajustada e líquida) cf. BENAVIDOT, Aaron e RIDDLE, Phyllis. "The expansion of primary education, 1870-1940: trends and issues". *Sociology of Education*. 61/3, julho 1988, pp. 195 ss.

* A taxa bruta ajustada de escolarização para o ensino de 1.º grau é a relação entre a matrícula escolar, qualquer que seja a idade dos alunos e a população de um grupo de idade específico que corresponde à duração do ensino de 1.º grau, de acordo com as normas nacionais.

²⁶ Os dados de comparação são de 1910 e aparecem em BENAVIDOT & RIDDLE, *op. cit.* A taxa de matrícula no ensino de primeiro grau em 1910 na Argentina é de 37,0%, na Tchecoslováquia é de 70,9% e na Hungria é de 52,6%. Não se pode esquecer que estas taxas não levam em conta as especificidades dos sistemas nacionais de educação.

exemplo, o caso do Peru e o das Filipinas. Contudo, todos os países periféricos que alcançaram um considerável desenvolvimento na área econômica nos últimos anos praticamente universalizaram seu ensino de 1.º grau, além de terem apresentado índices consideravelmente positivos no aspecto eficiência do sistema escolar, como é caso dos chamados "Tigres Asiáticos", do Chile e, talvez, mais recentemente ainda, do México.

3. O Contexto brasileiro

No cenário brasileiro do século XIX, marcado pelo sistema latifundiário agro-exportador, pelo clientelismo político envolvido em um liberalismo profundamente conservador, e, até 1888, pela instituição da escravatura, não seria de se esperar qualquer avanço significativo na educação popular como a que estava em curso em certos países do mundo. É nesta formação histórica, nossa herança colonial, que deveriam ser procuradas as origens dos obstáculos culturais existentes na cultura brasileira à incorporação dos sentimentos de cidadania ao estilo europeu-ocidental, sem dúvida um pré-requisito para o sucesso da escolarização²⁷.

Recorrendo à tipificação de Soysal e Strang para o papel da relação entre as Igrejas e o Estado no desenvolvimento da educação de massa, percebe-se claramente a proximidade do caso brasileiro àquele que inclui a Espanha, a Grécia e Portugal. De fato, não obstante a atuação de alguns padres radicais em insurreições até 1848, e os atritos que caracterizaram a chamada Questão Religiosa no final do período monárquico, a Igreja Católica brasileira constituiu-se até 1889-90 em um simples segmento da burocracia imperial, enquadrado sem maiores problemas na defesa da preservação da tradicional estrutura de poder²⁸. Provavelmente, a aparente hegemonia religiosa católica, presente na vida brasileira até período recente, em muito contribuiu para o seu desinteresse em avançar no terreno da educação popular. O golpe sofrido pelos católicos com a vitória republicana não afetou essa situação: a

Igreja Católica simplesmente empreendeu um programa de reorganização que tinha como objetivo essencial e confesso a reconquista das elites²⁹. Apenas em decorrência das mudanças liberalizantes no seio católico do pós-Segunda Guerra, e também como reação aos avanços do socialismo, do protestantismo e do espiritismo, é que a Igreja Católica brasileira, ou, mais propriamente, alguns de seus setores, demonstraram efetivo interesse na educação popular. Isto se deu, entretanto, num momento em que já havia sido criado um sistema nacional de educação. Além disso, as iniciativas católicas no setor caracterizaram-se na maior parte das vezes pela dependência do suporte do Estado, e freqüentemente foram perturbadas por conflitos políticos fora e dentro da instituição³⁰.

De forma esquemática, nos tumultuados anos da crise monárquica e da consolidação da República, dois grandes (e persistentes) segmentos passaram a polarizar a disputa da hegemonia política da vida brasileira. O primeiro deles, de fundamentação liberal, rejeitando ou reduzindo ao máximo as responsabilidades sociais do Estado e o seu envolvimento com a educação popular. O outro segmento, nascido das fermentações romântica e positivista, e logo fragmentado em diversas correntes autoritárias, esperando a iniciativa iluminada de um Estado todo-poderoso na redenção da nação, incluída aí a extensão do ensino às camadas populares.

Na história constitucional brasileira, o segmento liberal obteve considerável vitória na Carta de 1891 ao evitar uma maior responsabilidade da União na promoção do ensino primário, ignorando até o dispositivo da Constituição Imperial que estabelecia ser a instrução primária gratuita a todos os cidadãos³¹. A crise dos anos 20 e 30 trouxe o colapso do modelo liberal. No-

²⁷ Uma valiosa análise destes obstáculos no Rio de Janeiro dos primeiros anos da República é feita em CARVALHO, José Murilo de. *Os Bestializados. Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo. Companhia das Letras, 1987.

²⁸ Sobre a Igreja Católica como parte da burocracia imperial cf. CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem: a elite política imperial*. Brasília. Universidade de Brasília, 1981.

²⁹ O estudo mais bem documentado sobre a Igreja Católica brasileira neste período é o de TODARO, Margareth Patrice. *Pastors, Prophets and Politicians: a study of the Brazilian Catholic Church, 1916/1945*. (Tese de doutoramento na Universidade de Colúmbia, 1971). Ed. Fac-similar. Ann Arbor. Univ. Microfilms Int. 1986.

³⁰ Sobre estas iniciativas católicas e seus problemas políticos, cf. MAINWARING, Scott. *Igreja Católica e Política no Brasil (1916-1985)*. São Paulo. Brasiliense, 1989.

³¹ O art. 64 do Regulamento de 17 de fevereiro de 1854 instituiu o ensino obrigatório no Império

QUADRO III

Ensino de primeiro grau: Países com baixas taxas de escolarização (1988)
Taxas em %

| Países | Matr. Líq. ¹ 1988 | Matr. Bruta ² 1988 | Duração em anos | | Alunos de 1987 que chegam ao ³ | | |
|--------------------------|---------------------------------|----------------------------------|-----------------|-------------|---|---------|------------|
| | | | 1.º grau | ens. obrig. | 2.º ano | 4.º ano | último ano |
| Afeganistão ⁴ | 19 | 25 | 8 | 8 | 99 | 89 | 63 |
| Burkina Faso | 28 | 34 | 6 | 6 | 96 | 82 | 63 |
| Chad | 38 | 51 | 6 | 8 | 65 | 41 | 30 |
| Etiópia | 26 | 36 | 6 | 6 | 61 | 50 | 44 |
| Guiné | 23 | 30 | 6 | 6 | 84 | 71 | 48 |
| Haiti | 44 | 83 | 6 | 6 | 45 | 40 | 32 |
| Libéria | - | 35 | 6 | 9 | - | - | - |
| Mali | 18 | 23 | 6 | 7 | 86 | 61 | 40 |
| Moçambique | 45 | 68 | 5 | 7 | 69 | 34 | 34 |
| Niger | 26 | 30 | 6 | 8 | 97 | 90 | 75 |
| Paquistão | - | 39 | 5 | - | 65* | 57* | 57* |
| Somália | 20 (1980) | 15 | 8 | 8 | 78* | 54* | 37* |
| Sudão | - | 49 | 6 | - | 92 | 82 | 76 |
| Tanzânia | 48 | 64 | 7 | 7 | 94 | 90 | 68 |

Fonte: UNESCO. *Rapport mondial sur l'Éducation 1991*.

1. O cálculo da taxa líquida de escolarização baseia-se somente no número de matrículas que corresponde ao grupo de idade do ensino de primeiro grau. Esta taxa foi calculada levando em consideração os diferentes sistemas de educação nacional e as respectivas durações do ensino de primeiro grau.

2. A taxa bruta de escolarização é a relação entre a matrícula escolar, qualquer que seja a idade dos alunos, e a população de um grupo de idade específico que corresponde à duração do ensino de primeiro grau.

3. Porcentagem de alunos que ingressam no primeiro grau e que chegam ao segundo, ao quarto e

ao último ano do ciclo. A estimativa baseia-se no método da coorte reconstituída, que utiliza dados sobre o número de alunos matriculados e repetentes de dois anos consecutivos. O símbolo * indica que não há dados sobre os repetentes e que se utilizou o método da coorte aparente para calcular o número de alunos que devem continuar os estudos. O método subestima a porcentagem de alunos que continuam os estudos, uma vez que a redução da matrícula entre duas séries sucessivas em anos seguidos é considerada abandono escolar.

4. Indica que as taxas de escolarização bruta e líquida de 1988 não correspondem ao mesmo ano.

vas idéias surgiram no campo da educação, sendo muitas incorporadas pelos governos posteriores, mesmo que numa ótica quase sempre de esperança redentora da ação do Estado.

A Constituição de 1934 foi a primeira a fazer referência ao ensino compulsório, estabelecendo em seu artigo 150 que o plano nacional de educação deveria seguir o princípio do ensino primário compulsório, de frequência obrigatória, extensiva aos adultos. A nova Constituição imposta pelo golpe de 1937 instituiu expressamente o ensino primário obrigatório, princípio reafirmado pela Carta de 1946. O Texto Constitucional de 1967 apresentou a alteração da obrigatoriedade do ensino à população da faixa etária entre os 7 e os 14 anos, cabendo à Lei n.º 5.692/71 a identificação entre esse período e o ensino de 1.º grau, com oito anos de duração. Finalmente, a Constituição de 1988 estabeleceu a obrigatoriedade do ensino fundamental — correspondente ao 1.º grau — e adotou ainda o princípio da obrigatoriedade progressiva do ensino médio.

Como mostra o quadro IV (página 9), o crescimento na taxa de matrícula do ensino de 1.º grau no Brasil foi lento mas constante ao longo dos anos. A taxa bruta de escolarização subiu de 68% em 1950 (7 a 10 anos) para 104% em 1988 (7 a 14 anos). Ainda segundo dados da Unesco, pouco antes da extensão do ensino de 1.º grau para oito anos, com a edição da Lei n.º 5.692/71, a taxa de matrícula bruta no País era de 125% e a líquida de 73% (1970)³², o que significa que, apesar dos esforços feitos, o acesso ao ensino obrigatório de quatro anos ainda não havia sido universalizado. Em 1973, a taxa bruta de matrículas no ensino de 1.º grau havia caído para 88%, mas a taxa líquida correspondente apresentava uma pequena redução, com o valor de 72%³³. Este último índice, a se confiar nos dados enviados à Unesco, poderia ser explicado pelo crescimento das matrículas no “ginásio” ocorrido nos anos anteri-

ao estabelecer que os pais ou devidos responsáveis por crianças de mais de sete anos deveriam dar a elas o ensino de primeiro grau sob a pena de pagamento de multa de 20 mil réis: cf. ALMEIDA, José Ricardo Pires de. *História da Instrução Pública no Brasil (1500-1889)*. São Paulo. EDUC: Brasília. INEP/MEC, 1989, p. 139.

³² UNESCO, *Statistical Yearbook*, 1980. Paris UNESCO, 1980.

³³ UNESCO, *Statistical Yearbook*, 1978-9. Paris. UNESCO, 1979.

ores. De acordo com as estatísticas do MEC, no final da década, a taxa líquida de matrícula no 1.º grau havia subido para 84,2% (1980)³⁴. Entretanto, este índice não seria alterado nos anos 80, apresentados os valores estimados de 82,2% para 1988 e 1989³⁵, podendo-se concluir daí que foi atingido um limite de difícil transposição no acesso ao ensino fundamental. Provavelmente, problemas sócio-econômicos, e não necessariamente a falta de escolas, seriam responsáveis por essa situação.

Entretanto, baseando-se em uma forma diferente de calcular as taxas de matrícula (modelo Profluxo), algumas pesquisas apresentam a interpretação de que o acesso ao ensino fundamental estaria praticamente universalizado, atingindo 95% dos jovens do País³⁶. Neste caso, o contingente dos que não têm acesso à escola de primeiro grau seria formado basicamente pelas populações das regiões rurais mais pobres, e, certamente, também pelos miseráveis das periferias dos grandes centros urbanos. Seria até possível argumentar que, mais do que uma simples vaga numa escola, o que estes contingentes precisariam é de um amplo programa de assistência social, no qual o acesso à educação constituísse apenas um de seus aspectos. De qualquer forma, mesmo que se tome cautela diante desta interpretação, é no mínimo razoável a conclusão de que a falta de escolas de ensino fundamental não é mais um grande desafio para a educação brasileira. De fato, o grande problema a se enfrentar no setor é aquele representado pela baixa qualidade do ensino oferecido. Em outras palavras, estamos tratando da eficiência do sistema escolar no ensino fundamental.

Neste aspecto, não são nada satisfatórias, por exemplo, as taxas de evasão e de repetên-

³⁴ BRASIL, MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO GERAL. *A Educação na Década de 80*. Brasília, 1980., p. 34.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ OLIVEIRA, João Batista Araújo e & CASTRO, Cláudio de Moura (coord.). *E ensino Fundamental & Competitividade Empresarial. Uma proposta para a ação do Governo*. Instituto Herbert Levy. s.d., pp. 9 ss.; SENADO FEDERAL, COMISSÃO DE EDUCAÇÃO. *Educação: o desafio do ano 2000*. Brasília, 1992, pp. 29 ss.; e RIBEIRO, Sérgio Costa. “Educação e a crise moderna”, *Conjuntura Econômica*, 47/5, maio 1993. O modelo PROFLUXO utiliza dados das Pesquisas Nacionais por Amostras de Domicílios (PNDADs) do IBGE.

³⁷ Sobre a fonte dos dados a seguir cf. nota 34.

cia. De acordo com dados do MEC³⁷, esta última taxa apresentou um total de 20% em 1987, praticamente o mesmo índice do início da década de 80. O índice total de evasão imediata apresentou um aumento sutil em 1986 (13%) em relação ao do início da mesma década (10,37% em 1981). São alarmantes também os índices de 25,6% de evasão média e de 26,5% de repetência na 1.ª série do 1.º grau na década de 80³⁸. Do mesmo modo grave (embora demandem mudanças na política educacional) são os dados do Profluxo que indicam reduzidas taxas de evasão e altíssimas taxas de repetência³⁹.

Tanto na comparação com os países periféricos que obtiveram sucesso na universalização do ensino de 1.º grau, quanto na feita com aqueles países caracterizados pelo fracasso neste aspecto, o Brasil apresenta um desempenho insatisfatório em relação à eficiência do sistema escolar. Tomando-se a porcentagem de alunos de 1987 que chegaria ao segundo e quarto anos do ensino de 1.º grau, a situação do Brasil, mesmo com uma taxa que subestima os índices reais, é nitidamente comparável aos países do quadro III, às vezes com resultados claramente inferiores. A mesma projeção de sucesso para o último ano do ensino fundamental apresenta a taxa brasileira, de 20%, como a penúltima mais baixa do mundo. Segundo estimativa recente do Ministério da Educação brasileiro, o índice de alunos que concluem o ensino de 1.º grau, considerando aqueles que repetem pelo menos uma série, é de 27,3%⁴⁰ da mesma forma apenas superior ao da Guiné-Bissau (8%), e inferior aos dos outros

124 países relacionados neste item pelo *Rapport Mondial sur l'Éducation 1991* da Unesco.

Para piorar a situação: as estatísticas oficiais brasileiras revelam que na década de 80 apenas 5,8% dos alunos que entraram na 1.ª série do ensino de 1.º grau conseguiram concluir este nível de ensino sem repetência, e 26,2% obtiveram a conclusão repetindo ao menos uma série, com um número médio de 9,8 anos por formando na escola⁴¹. Os cálculos do Profluxo indicam números distintos mas igualmente reveladores da ineficiência do ensino fundamental brasileiro: 43% dos alunos que entram na 1.ª série conseguem concluir o 1.º grau, mas apenas 3% o fazem sem repetência. O contingente dos concluintes passa uma média de 11,4 anos na escola, com um acúmulo de mais de três repetências por graduado, e mesmo os evadidos cursam o primeiro grau 6,4 anos em média antes da desistência, e aqueles que têm acesso à escola — cerca de 95% da população na faixa etária esperada — passam em média 8,6 anos cursando o ensino fundamental⁴². Todos estes dados revelam bem a incoerência da estrutura educacional brasileira em relação à realidade do País. Comparar estes dados com os dos países desenvolvidos só acentuaria o grau de ineficiência do sistema escolar brasileiro e a desconexão entre a lei e a realidade de nosso ensino fundamental. Caberia registrar ainda que as pesquisas que vêm sendo realizadas para testar os conhecimentos básicos dos estudantes das escolas brasileiras têm apresentado resultados desanimadores⁴³.

Estas constatações indicam a necessidade de se concentrar esforços para assegurar a melhoria da qualidade do ensino oferecido.

³⁸ FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Crianças e Adolescentes. Indicadores sociais*, 3, 1989, pp. 41-43 (a partir dos dados do MEC).

³⁹ Cf. nota 36. As estatísticas do MEC encobrem dois tipos de repetência: a primeira é originada pela desistência do aluno, às vezes no final do ano, em decorrência de virtual reprovação; a segunda advém da subseriação, cuja ocorrência é mais comum na 1.ª série e que consiste em subdividir a série em letras (1.ª a, b, ou c), dando-se a aprovação por letra. Não sendo alunos reprovados, são considerados novos na primeira série no ano seguinte: OLIVEIRA & CASTRO (coord.) *op.cit.*, pp. 15-17; e RIBEIRO, *op.cit.*, p. 42.

⁴⁰ OLIVEIRA, Liliane Lúcia N. de Aranha. *Ensino Fundamental - Taxa de Sucesso: Vitória ou Derrota?* Brasília, Ministério da Educação, 1992 (mimeo.), p.2.

⁴¹ FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE, *op. cit.*, p. 44 (a partir de dados do MEC).

⁴² OLIVEIRA & CASTRO (coord.). *Op. cit.*, pp. 9 ss. Mesmo a taxa de 43% de sucesso no ensino de 1.º grau é consideravelmente baixa quando comparada com as de outros países do mundo. Além disso, os índices brasileiros de repetência, que nos cálculos do MEC já são elevados, disparariam como um dos mais altos do mundo.

⁴³ A validade do resultado de uma destas pesquisas, realizada pelo International Assessment of Educational Progress e pelo Educational Testing Service, que deixou o Brasil em penúltimo lugar entre vinte países, à frente apenas de Moçambique, é comentada em OLIVEIRA & CASTRO (Coord.), *op. cit.*, pp. 25-28.

Entretanto, para que isto seja possível, é necessário procurar maior coerência entre a estrutura educacional e a realidade do País. De fato, constitui um contra-senso estipular na lei oito anos de escolaridade obrigatória enquanto na realidade é oferecido para a maior parte da população, um ensino de baixa qualidade, com professores mal pagos e mal preparados. A menos que os oito anos constituíssem mais propriamente um enunciado para encorajar esforços, princípio, entretanto, que não se coaduna com o Texto Constitucional. Nem se deve pensar na abolição do ensino obrigatório, princípio que, como foi visto, é quase uma unanimidade mundial. O que mereceria maior atenção é a idéia de mudança no número de anos do ensino fundamental compulsório, por exemplo, para seis anos. Tal medida, além de aproximar o princípio do ensino obrigatório à realidade do país como um todo, abriria maiores possibilidades de extensão da escola de tempo integral, medida de inegável valor, que, entretanto, não deveria ser imposta por dispositivo legal. De qualquer forma, já se poderia assegurar uma maior permanência das crianças na escola, evitando que estabelecimentos de ensino funcionem com vários turnos de pouco tempo de duração. Além disso, seis anos de ensino fundamental formariam um período mais compacto, mais próximo, portanto, do que deve ser uma fase fundamental de escolarização. O investimento na qualidade do ensino também poderia se tornar mais promissor se feito num período comprimido, como o proposto. Não custa lembrar que 76% dos 165 países do mundo relacionados no *Rapport Mondial sur l'Éducation* 1991 da Unesco, entre ricos e pobres, adotam em seus sistemas educacionais um período de até 6 anos de ensino de 1.º grau.

Na realidade, os maiores obstáculos a uma redução na duração do ensino fundamental são de natureza ideológica. Parte-se da idéia, correta, de que o acesso à escola é um direito social. Mas, a partir daí, segue-se a *lógica da idéia* de forma irrefletida e se obtém o seguinte sofisma: se o direito à escola é garantido por oito anos, modificá-lo para seis seria necessariamente um retrocesso em termos de direitos sociais. O presente estudo procura exatamente mostrar o equívoco deste tipo de pensamento.

Seria até possível argumentar que a redução do período de escolaridade obrigatória em nada garantiria a melhoria das condições de

permanência do estudante na escola assim como a elevação da qualidade do ensino. Entretanto, uma eventual acomodação em torno do período menor de escolaridade obrigatória seria desestimulada por dispositivos legais — existentes e a serem criados — que regulam a aplicação de recursos na área educacional, como a vinculação da receita de impostos (art. 212 da Constituição Federal), a publicidade dos gastos no setor e a definição, mais clara do que é e do que não é despesa com a manutenção e o desenvolvimento do ensino. Além disso, as mesmas forças sociais que hoje pressionam as autoridades pela melhoria das condições do ensino da escola pública, continuarão a atuar, e deverão estar certamente conscientes de que a redução do número de anos de permanência obrigatória das crianças na escola deve vir acompanhada da melhoria da qualidade do ensino e da redução da evasão e da repetência escolares.

Pode-se levar em consideração também a possibilidade de se estipular em lei, imediatamente, um prazo para a universalização dos primeiros anos do ensino médio, idéia que encontra base no art. 208, II, da Constituição. Assim, num momento inicial, a escolarização obrigatória — correspondente apenas ao ensino fundamental — seria estabelecida em 06 anos. Após a universalização desta etapa e a obtenção de níveis razoáveis de eficiência do sistema, os primeiros dois anos do ensino médio — uma fase intermediária — tornar-se-iam compulsórios, voltando o período obrigatório de escolarização para os 8 anos. O sucesso neste “nível intermediário” acarretaria mais adiante ainda a continuidade da extensão progressiva da escola obrigatória ao ensino médio. É bom lembrar que as unidades da Federação e os municípios que tiverem condições de avançar na universalização do ensino médio poderão fazê-lo independentemente de imposição legal.

Finalmente, é preciso esclarecer que o estabelecimento do ensino compulsório em seis anos não representa de forma alguma a solução para a crise da educação básica brasileira. É tão-somente, em nossa visão, um melhor meio para que medidas essenciais à revalorização da escola pública — como a racionalização da aplicação dos recursos financeiros no setor, a valorização da carreira do magistério e o maior envolvimento da comunidade nos desafios da educação — tenham maior eficácia.

Bibliografia

- ALMEIDA, José Ricardo Pires de. *História da Instrução Pública no Brasil (1500-1889)*. São Paulo, EDUC, Brasília, INEP/MEC, 1989.
- ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo, Companhia das Letras, 1989.
- BENAVOT, Aaron; CHA, Yun-Kyung et alii. "Knowledge for the masses: world models and national curricula, 1920-1986". *American Sociological Review*, 56: 85-100, fevereiro 1991.
- BENAVOT, Aaron e RIDDLE, Phyllis. "The expansion of primary education, 1870-1940: trends and issues". *Sociology of Education*, 61/3: 191-210, julho 1988.
- BOLI, John et alii. "Explaining the origins and expansion of mass education". *Comparative Education Review*, 29/2: 145-170, maio 1985.
- BOLI-BENNETT, John e MEYER, John W. "The ideology of childhood and the state: rules distinguishing children in national constitutions, 1870-1970". *American Sociological Review*, 43: 797-812, dezembro 1978.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO GERAL. *A Educação no Brasil na Década de 80*. Brasília, 1990.
- BUREAU INTERNATIONAL D'ÉDUCATION. *Annuaire International de l'Éducation*, 36 (l'Éducation pour tous). Paris, Unesco, 1984.
- CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem: a elite política imperial*. Brasília, Universidade de Brasília, 1981.
- Os Bestializados, o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo, Companhia das Letras, 1987.
- FIALA, ROBERTO E LANFORD, Audri Gordon. "Educational ideology and world educational revolution, 1950-1970". *Comparative Education Review*, 31/3: 315-332, agosto 1987.
- FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Crianças e Adolescentes — Indicadores sociais*, 3: 1-76, 1989.
- HOBBSBAWM, Eric. *A Era do Capital*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979. 2.^a ed.
- INTERNATIONAL BUREAU OF EDUCATION. *International Yearbook of Education*, 38 (Primary education on the threshold of the twenty-first century). Paris, Unesco, 1986.
- MAINWARING, Scott. *Igreja Católica e Política no Brasil (1916-1985)*. São Paulo, Brasiliense, 1989.
- MEYER, John. et alii. "The world educational revolution, 1950-1970". *Sociology of Education*, 50: 242-258, outubro 1977.
- _____ "World expansion of mass education, 1870-1980". *Sociology of Education*, 65: 128-149, abril 1992.
- MEYER, John W., TYACK, David et alii. "Public education as nation-building in America: enrollments and bureaucratization in the American States, 1870-1930". *American Journal of Sociology*, 85/3: 591-613, 1979.
- MILLER, Ralph M. "The fading future". *Comparative Education Review*, 31/2: 218-240, agosto 1987.
- OLIVEIRA, João Batista e & CASTRO, Cláudio de Moura (coord.) *Ensino Fundamental & Competitividade Empresarial*. Uma proposta para a ação do Governo. Instituto Herbert Levy, s.d.
- OLIVEIRA, Liliene Lúcia N. de Aranha. *Ensino Fundamental — Taxa de Sucesso: vitória ou derrota?*. Brasília, Ministério da Educação, 1992.
- RAMIREZ, Francisco O. e BOLI, John. "The political construction of mass schooling: European origins and worldwide institutionalization". *Sociology of Education*, 60: 2-17, janeiro 1987.
- REPUBLIC OF CHINA. MINISTRY OF EDUCATION. *Educational Statistical Indicators*. 1992.
- RIBEIRO, Sérgio Costa. "Educação e crise moderna", *Conjuntura Econômica*, 47/5: 41-43, maio 1993.
- SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE EDUCAÇÃO. *Educação: o Desafio do Ano 2000*. Brasília, 1992.
- SOYSAL, Yasemin Nuhoglu e STRANG, David. "Construction of the first mass education systems in nineteenth-century Europe". *Sociology of Education*, 62: 277-288, outubro 1989.
- TODARO, Margareth Patrice. *Pastors*,

Prophets and Politicians: a study of the Brazilian Catholic Church, 1916-1945. (Tese de doutoramento na Universidade de Colúmbia, 1971) Ed. fac-similar, Ann Arbor, Univ. Microfilms Int., 1986.

UNESCO. *Rapport Mondial sur l'Éducation*, 1991. Paris, Unesco, 1991.

UNESCO. *Statistical Yearbook*, 1967, 1970, 1978-9, 1980, 1991. Paris, Unesco.

QUADRO IV

Ensino de primeiro grau: países periféricos com 90% ou mais de escolarização líquida (1988)
Evolução das taxas de matrícula e de eficiência interna.

Taxas em %

| Países | Matr. Bruta não ajustada ¹ | | Matr. Bruta Ajustada ² | | Matr. Liq. ³ 1988 | Duração em anos | | Alunos de 1987 que chegam aos | | |
|-------------------------|---------------------------------------|--------------|-----------------------------------|---------------|---------------------------------|-----------------|-------------|-------------------------------|---------|------------|
| | 1910 | 1950 | 1950 | 1988 | | 1.º grau | ens. obrig. | 2.º ano | 4.º ano | último ano |
| Chile | 38,8 | 66 | 93 (7-12,13,14) | 102 | 90 | 8 | 8 | 95* | 93* | 73* |
| China | 4,5 (1920) | 21 | - | 134 | 100 | 5 | 9 | 95 | 86 | 80 |
| Coreia (do Sul) | 1,1 | 53 | 83 (6-11) | 104 | 100 | 6 | 6 | 100 | 99 | 99 |
| Cuba | 29,0 | 52 (1952) | 74 (6-11) | 104 | 98 | 6 | 6 | 100 | 93 | 89 |
| Filipinas | 28,4 | 74 | - | 110 | 98 | 6 | 6 | 87 | 79 | 70 |
| Honduras | 22,9 | 22 | 35 (7-12) | 106 | 91 | 6 | 6 | 75 | 55 | 43 |
| Hong Kong | 10,6 | - | 61 (1955) (6-11) | 106 | 94 (1984) | 6 | 9 | 100* | 100* | 97* |
| Indonésia | 3,7 | 29 | 45 (7-12) | 119 | 100 | 6 | 6 | 97 | 89 | 79 |
| Irã | 1,1 (1920) | 16 | 28 (6-11) | 116 | 96 | 5 | 5 | 94 | 92 | 89 |
| Jordânia | 5,5 (1920) | 26 | 48 (6-11) | 102 (1980) | 93 (1980) | 6 | 9 | 96 | 91 | 84 |
| México | 24,8 | 39 | 62 (6-11) | 117 | 99 | 6 | 6 | 91 | 82 | 72 |
| Paraguai | 35,1 | 51 | 95 (7-12) | 104 | 90 | 6 | 6 | 90 | 74 | 56 |
| Peru ⁵ | 15,3 | 43 | 78 (6-11) | 112 | 97 | 6 | 6 | - | - | - |
| Singapura | - | 51 | 80 (1951) (6-11) | 111 | 100 (1989) | 6 | - | 100 | 100 | 98 |
| Síria | 9,4 | 35 | 52 (6-11) | 110 | 99 | 6 | 6 | 100 | 95 | 88 |
| Sri Lanka ⁶ | 30,2 | - | - | 107 | 100 | 5 | 10 | 100 | 97 | 94 |
| Taiwan ⁷ | 3,1 | 48 | 79 (6-11) | 100,5 | 97,9 | 6 | 9 | - | - | - |
| Tunísia ⁷ | 7,2 | 18 | 35 (6-11) | 113 | 95 | 6 | - | 97 | 92 | 79 |
| Uruguai ⁶ | 36,5 | 61 | 105 (6-11) | 109 | 91 | 6 | 6 | 100 | 98 | 93 |
| Zimbábue ^{6/8} | 6,4 | 44 | 63 (7-11) | 128 | 100 | 7 | 8 | 90* | 84* | 75* |
| Brasil | 10,8 | 28 | 68 (7-10) | 104 | 84 | 8 | 8 | 68* | 52* | 20* |

1. A taxa bruta não-ajustada de escolarização é obtida pela divisão do número de matrículas no ensino de primeiro grau pela população de 5 a 14 anos de cada país.

2. A taxa bruta (ajustada) de escolarização é a relação entre a matrícula escolar, qualquer que seja a idade escolar dos alunos e a população de um grupo de idade específico que corresponde à duração do ensino de primeiro grau. Os números que aparecem entre parênteses abaixo das taxas de 1950 indicam a idade

correspondente à escola de 1.º grau em cada sistema nacional de ensino.

3. O cálculo da taxa líquida de escolarização baseia-se somente no número de matrículas que corresponde ao grupo de idade do ensino de primeiro grau. Essa taxa foi calculada levando em consideração os diferentes sistemas de educação nacional e as respectivas durações do ensino de primeiro grau.

4. Porcentagem de alunos que ingressam no primeiro grau e que chegam ao segundo, ao quarto e ao último ano do ciclo. A estimativa baseia-se no método da coorte reconstituída, que utiliza dados sobre o número de matriculados e de repetentes de dois anos consecutivos. O símbolo * indica que não há dados sobre os repetentes e que se utilizou o método da coorte aparente para calcular o número de alunos que devem continuar os estudos. Este método subestima a porcentagem de alunos que continuam os estudos, uma vez que a redução da matrícula entre duas séries sucessivas em anos seguidos é considerada abandono escolar.

5. A taxa de 1910 inclui principalmente as escolas do Estado.

6. Indica que as taxas de escolarização bruta e líquida de 1988 não correspondem exatamente ao mesmo ano.

7. A taxa de 1910 refere-se às matrículas nas escolas primárias e secundárias

8. A taxa de 1910 inclui a matrícula de europeus e de africanos nas escolas primárias e secundárias e exclui as matrículas em escolas privadas. As taxas de 1950 incluem apenas as escolas para africanos.

Fontes: Unesco. *Rapport Mondial sur l'Éducation* 1991. Paris, Unesco, 1991

Unesco. *Statistical Yearbook*, 1967 e 1970, Paris, Unesco.

Benavot, Aaron e Riddle, Phyllis. "The expansion of primary education, 1870-1940: issues and trends", *Sociology of Education*, 61/3: 191-210, julho 1988.

Republic of China. Ministry of Education. *Educational Statistical Indicators*, 1992, (para as taxas mais recentes de Taiwan).

Revisão constitucional

JOSÉ MENDONÇA DE ARAÚJO FILHO

O ato de revisar traz em si uma elevada carga de responsabilidade porque colima uma nova análise de algo preexistente e impregnado do toque de seu criador, que, muitas vezes, não é aquele que revisa. Outras vezes, a mesma pessoa ou ente que molda sua criação sente a necessidade de dar-lhe novos contornos, seja para seu aperfeiçoamento, simplificação ou adaptação a um novo contexto. Ambas as situações exigem, no mínimo, um senso crítico abalizado para que o resultado daí decorrente seja o melhor, essencialmente para quem o recebe. Eis um projeto ingente, que faz parte da vida humana e está alheio apenas às atitudes divinas.

Mas temos que ter em mente que o homem é um ser social, agregado a outro desde sua concepção, e que carece de regras para o seu bom convívio. Obviamente falamos aqui do estado de direito constituído, ambiente a que nos prendemos neste estudo.

Essas condutas impostas à comunidade para sua própria sobrevivência têm o perfil daqueles que as consagram, e, como fruto da razão humana, sujeitam-se às suas mudanças. Outro fator a considerar é que quanto maior a importância da norma, maior sua credibilidade perante o grupo a que se destina.

A constituição de um país, ou seu estatuto do poder, como a qualifica Georges Burdeau, tem a grandeza estelar de lançar o retrato de um povo, seus costumes, forma de associação, *modus vivendi*, e todos os princípios que norteiam seu dia a dia. Enquanto representa esse quadro, a Carta Maior goza do respeito moral dos cidadãos, ao passo que, na medida em que se distancia da realidade destes, experimenta o respeito apenas coercitivo, o que, sem dúvida, reflete o exato momento para sua alteração. Credibilidade, eis o elo que não pode fal-

tar no saudável convívio do homem e suas normas.

Revisar, portanto, além de ser ato de humildade, é a confirmação da efemeridade do ser humano, que passa por diversas transformações. As normas, por mais complexas que sejam, espelham seu criador, com o que não há como engessá-las, pois é o mesmo que trair a natureza, e todos sabemos o que decorre disso.

Dentro dessa ótica passamos a enfrentar o conturbado tema da Revisão Constitucional brasileira, que, diga-se de passagem, não é apenas nessas últimas horas que tem consumido o fôlego dos estudiosos.

Mais estreito fica o assunto quando apontamos como foco dessa análise o artigo 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Pedimos vênia para reproduzir artigo já tão conhecido, onde está consignado que:

“Art. 3.º — A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

Promulgada em 5 de outubro de 1988, a Constituição Cidadã, carinhosamente adjetivada pelo Doutor Ulysses, trouxe a atenção para si, especialmente nessa parte, por abrir a possibilidade do reexame de seu texto. Como decorrência natural, várias correntes levantaram-se na interpretação deste dispositivo.

O conceituado Magistrado carioca, Doutor Nagib Slaibi Filho (in *Revista Forense*, Vol. 89, n.º 321, jan/mar. 93) captou, nitidamente, cada uma dessas vertentes, as quais convém sejam trazidas nesse momento para o abrangente alcance dos debates que pululam por todo o nosso Brasil. Vejamos uma a uma.

São três ao todo, *verbis*:

“a primeira, que se pode denominar de teoria da vinculação da revisão à emenda, é integrada por aqueles que entendem que as cláusulas pétreas (ou “cerne da Constituição”, previstas no art. 60, § 4.º, também se aplicam ao poder de revisão)”.

Entre seus defensores está Fernando Whitaker da Cunha.

“a segunda teoria da vinculação da

revisão ao plebiscito, seguida pelos que entendem que o art. 3.º, do ADCT está mal posicionado, pois deveria ser mero parágrafo do art. 2.º e, assim, a revisão constitucional somente poderia incidir sobre as questões decididas no plebiscito, vinculando absolutamente o revisor constitucional à forma (república ou monarquia) e ao sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo). Para tal corrente, também ficará o legislador revisional absolutamente vinculado ao resultado do plebiscito, sequer podendo apreciar as outras matérias. O grande líder dessa corrente é o professor Paulo Bonavides. Por tal teoria, sequer haverá o processo de revisão constitucional se o plebiscito indicar a manutenção do presidencialismo e da forma republicana.”

“a terceira teoria, que se poderia denominar de soberania material do poder revisional, entendendo que não se aplicam ao legislador revisional as limitações do poder de emendas previstas no art. 60, § 4.º, mesmo porque a abrangência da revisão constitucional é questão política, antes de ser jurídica: o poder constituinte não quis limitar o poder derivado revisional quanto ao conteúdo pois, se o quisesse, teria feito as restrições similares às que fez quanto à forma de tal manifestação de vontade. Tal corrente é liderada por José Afonso da Silva”, no que é acompanhado pelo subscritor do artigo, Doutor Nagib.

Podemos extrair das três linhas de pensamento acima que, de fato, o legislador constituinte originário delegou ao derivado a inevitável revisão de nossa Carta Política, isso é ponto certo. O principal dissenso — e ficaremos neste trabalho apenas com ele — surge com a teoria da vinculação da revisão ao plebiscito, que sustenta que aquela já não tem sentido de existir, posto que o resultado deste ratificou os atuais sistema e forma de governo. A revisão seria cabível, tão-somente se o País optasse por outro caminho. Como tal não ocorreu...

Seus defensores, entre eles Celso Antonio Bandeira de Mello e Paulo Bonavides, chegam a alicerçar suas teses sob o argumento de que o artigo 3.º, da ADCT deveria ser um parágrafo de seu imediato antecessor. A bem da verdade,

esses passos tomados por tão valiosos juristas e hermenêutas do direito não têm como encontrar solo firme para o apoio derradeiro, e por uma questão bem simples, por trilharem o caminho da exegese sem dar ouvidos à intenção do legislador, fonte inesgotável de qualquer intérprete. Em qualquer cultura que se preza o povo abebera-se de sua herança histórica, repositório de sua origem e de suas leis e manancial de suas certezas. Volver a visão a tudo isso é o mesmo que admitir a lei, mormente a máxima, nascida do nada e sem o toque do homem.

O legislador constituinte não poderia ser mais claro do que foi ao estabelecer, distintamente, os conteúdos dos artigos 2.º e 3.º, do ADCT. O confronto histórico destes artigos bane de vez com qualquer aventura de interpretação. É só cotejá-los para vislumbrar, de imediato, que temos duas idéias diferentes, e por isso mesmo lançadas em artigos distintos.

O artigo 2.º, do ADCT, surgiu da fusão de diversas propostas dos constituintes José Santana de Vasconcellos (emenda n.º 0020-7), Cunha Bueno (emenda n.º 0074-6), Jorge Viana (emenda n.º 0372-9), Michel Temer (emenda n.º 0192-1), Mário Assad (emenda n.º 0187-4), Lúcio Alcântara (emenda n.º 0236-6), José Richa (emenda n.º 0928-0), Álvaro Antonio (emenda n.º 1595-6), Edivaldo Motta e do próprio presidente do Congresso Nacional e da Mesa Revisora, Senador Humberto Lucena (emenda n.º 1102-1), adicionando-se, ainda, uma emenda popular.

O artigo 3.º, do ADCT, à sua vez, também foi concebido pelo consenso geral da Assembléia Nacional Constituinte e materializado pela fusão das emendas dos constituintes Ronan Tito e Joaquim Bevilacqua.

As justificativas apresentadas na origem de um e outro artigo em nada guardam de semelhantes, nem poderia ser diferente, em razão de abordarem sobre matérias diferentes.

O constituinte Joaquim Bevilacqua comentando sobre a fusão de sua proposta com a de seu colega Ronan Tito, reforçou a idéia de que é necessário "que fique prevista uma revisão da Constituição para cinco anos, contados da vigência da nova Carta, ou seja, uma revisão constitucional em 1993."

Colocando pá de cal sobre a questão, o constituinte Ronan Tito convocou a todos os seus pares para aprovar a pré-falada revisão "para

que, em 1993, além do plebiscito para a escolha da forma de governo, tenhamos também o Congresso eleito em 1990, a condição fortalecida pelo mandamento constitucional de se fazer uma revisão axiológica daqueles princípios consagrados na votação de 1987/1988."

O sentido claro das palavras que compõem os artigos suso mencionados e a interpretação dos mesmos com o restante do Texto Constitucional, não apontam para outra direção senão para aquela de ausência de liame entre o artigo 3.º e o 2.º, ambos da ADCT.

Deixando vibrar o eco do passado, Sua Excelência o Deputado Inocêncio Oliveira, Presidente da Câmara dos Deputados, em sessão solene de instalação dos trabalhos da revisão da Constituição Federal, frisou com oportunidade, *litteris*:

"Passados cinco anos, obedecendo a uma determinação daqueles constituintes, reunimo-nos aqui, em outro instante excepcional da vida brasileira, para amoldar nossa Constituição às exigências do momento nacional e às peculiaridades deste mundo em transformação.

Um rico e por vezes tormentoso debate precedeu este nosso encontro. Discutiu-se a natureza, o papel e a extensão desta revisão. Ouviram-se vozes contrárias a esta reunião, recriações que, afinal, se dirigiam à letra clara, peremptória, do Texto Constitucional que fazia imperiosa esta reforma.

Triunfou, afinal, o entendimento de que, obrigados a essa tarefa pelo comando expresso, limpo, do art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os congressistas brasileiros poderiam entregar-se ao esforço revisor com a confiança neles depositada pela maioria do nosso corpo social." (DCN/Revisão da Constituição Federal de 8 de outubro de 1993, p. 4)

Na mesma ocasião, o Senador Humberto Lucena — acumulando as funções de Presidente do Congresso Nacional e Mesa Revisora — decidiu por cuidar daquilo que entendeu ser equívocos cometidos em relação à revisão constitucional. Foi contundente Sua Excelência ao registrar para os anais da Casa Legislativa em certo trecho de seu discurso, *verbis*:

"O primeiro deles questionava a pró-

pria tarefa que se nos impõe executar. Por sofisma ou descuido, leigos e estudiosos têm atrelado a revisão, prevista no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao plebiscito ocorrido em abril deste ano, sobre forma e sistema de governo, e estabelecido no art. 2.º do mesmo Ato.

A mera vizinhança desses artigos que dispõem sobre plebiscito e revisão não condicionam esta àquela. Não custa observar que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias trata de questões as mais diversas sem uma exposição metódica rigorosa, como ocorre no texto básico da Constituição. Uma consulta aos registros taquigráficos demonstraria igualmente que a *intentio legislatoris* — no caso, a intenção do legislador constituinte — voltava-se para uma revisão de eventuais imperfeições do texto legal, e mesmo para, *mutatis mutandis*, a alteração da letra naquilo em que a lei, decorrido um lustro, não se comprovasse eficaz.

Não se registra aí, portanto, qualquer especificidade relacionada com a consulta popular sobre forma e sistema de governo.”

Talvez, por isso, diante de todos esses elementos aqui destacados, poucos são os que advogam a corrente da Teoria da Vinculação da Revisão ao Plebiscito.

Dissertando sobre o assunto, o Doutor Derly Barreto E. Silva Filho, digno Procurador do Estado de São Paulo, não titubeia em afirmar que levantar interpretação dessa espécie, sobre os dispositivos cogitados “é fazer letra morta” do artigo 3.º, da ADCT, o que é inadmissível. Complementa o membro do *parquet* paulista: “Isto porque, se o eleitorado optar pela monarquia, o que se exigirá será outra Constituição, e, não, revisão da atual. Seria uma afronta à lógica se, depois de definida a forma monárquica constitucional, revisasse-se a Constituição da República Federativa do Brasil.” (Boletim/Procuradoria Geral do Estado/Centro de Estudos, volume 17, outubro de 1993, n.º 10, p. D.59/60)

A apreciação teleológica da revisão faz descortinar que sua origem é o desejo popular, não importando em que momento esse elemento

volitivo se manifeste. Feliz em sua colocação, contribui o Professor Sérgio Sérulo da Cunha (vide “Notas sobre a Revisão Constitucional”, *Revista da OAB*, Ano XXIII, vol. XXI, n.º 56, jan/abr. de 1992) ao lecionar que “...a revisão é manifestação do poder constituinte originário. Não importa, para esse fim, que a regra prévia de revisão se tenha encartado na Constituição revidenda. A regra aí, é de eficácia diferida: ela incide se e no momento em que o soberano — o povo — decidir realizar a revisão.”

Em suma, é o povo assumindo sua própria evolução, e no instante por ele julgado oportuno.

Em artigo editado no *Jornal do Brasil*, de 18.7.93, o Deputado Nelson Jobim, de forma bem sucinta, expõe a idéia acima, convidando aos que comungam de maneira diversa a que “deixem que o processo constituinte brasileiro, que espanta e espantou a doutrina constitucional ortodoxa, tenha seu fluxo normal: iniciou com a convocação pela Emenda 26/85; prosseguiu com a elaboração e a promulgação de 1988; e encerrar-se-á com a revisão.”

O Instituto Liberal, por seu periódico, *Notas, Avaliação de Projetos de Lei*, n.º 25, abril de 1993, p. 2, exara que “hoje, é quase unânime o reconhecimento do quanto foi oportuna e saudável a inusitada previsão revisional do artigo 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A revisão pode ser vista como verdadeiro ato de contrição, até mesmo de humildade, dos constituintes de 1988 que, tacitamente, reconheceram a precária legitimação de seu trabalho.” Pensamos que a colocação correta não seja a “precária legitimação” do trabalho levado à efeito, mas, ao invés, a sua vulnerabilidade às mudanças sociais, principalmente em relação àquelas que vivenciamos nos últimos tempos, seja no contexto interno ou externo.

No dizer do Doutor Leonardo Greco (vide *Boletim Legislativo ADCOAS*, n.º 23, 20 de agosto de 1993, Ano XXVII, p.727) “a revisão constitucional prevista no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias será um momento de grande importância para o ajuste institucional indispensável à consolidação da democracia brasileira, corrigindo rumos necessários ao desenvolvimento econômico e social do País.”

Esse não é, entretanto, o motivo essencial

para se rever o texto da Carta Magna, na concepção de outros.

Para o renomado constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "o texto em vigor, como o demonstram cabalmente as dúvidas quanto à sua interpretação, é mau, obscuro, ambíguo...E este fato por si só justifica a necessidade de sua revisão..."

Obviamente é o ponto de vista de quem aprecia, mas é de se ter em conta que o mesmo já foi dito a respeito das Constituições pretéritas.

Sempre sintonizado com a realidade do momento, disse o saudoso Doutor Ulysses que "não é a Constituição perfeita. Se fosse perfeita, seria irreformável. Ela própria, com humildade e realismo, admite ser emendada, até por maioria mais acessível, dentro de cinco anos." (citado pelo Deputado Amaral Neto/Diário do Congresso Nacional/Revisão da Constituição Federal, de 14.10.93)

Importa relevar, que de uma forma ou de outra, o ato de rever já traz embutido o reconhecimento de que nada é permanente. *v.g.* o próprio homem. Dai o porquê da revisão constitucional, que é fruto das críticas, sugestões e estudos, provenientes, todos, da comunidade.

E, "se a sociedade é cambiante, se nada há de estático na vida social, quanto maior a flexibilidade do Estado e do Governo, para adequar-se ao espírito do tempo, mais durável seu sistema político e, por certo, a Constituição que o espelha." (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Constituição e Revisão, Forense, 1991, p. 445).

Ainda se valendo do que ficou consignado na louvável renessa do procurador paulista retrocitado, extrai-se dali que "o constituinte, através de sua obra, a Constituição, não se faz um déspota, ao perpetuar o que foi posto, ao eternizar o imperdurável: as relações sociais. A revisão da Constituição consiste num processo de adequação da ordem jurídica, que, indeclinavelmente, deve acompanhar a evolução social. Em lição de 1857, Marquês de São Vicente já indagava: "como conservar intacta alguma disposição, que por essa força irresistível das circunstâncias, se tiver tornado evidente e formalmente contrária aos interesses públicos?" E respondia, com propriedade: "Seria sacrificar a sociedade e olvidar que as leis humanas foram feitas para os homens e não os homens para as leis." Sabiamente disse o Professor Pablo Lucas Verdu que "não existem

países sem Constituição, mas o importante é estar em constituição." (Plebiscito e Revisão Constitucional/Senado Federal, 1992, p. 75)

Quanto a quem e como compete realizar a multicitada revisão, parece estar bastante claro que é ao Congresso Nacional, pois assim o disse o constituinte originário no artigo 3.º, do ADCT, o que deverá ser feito por resolução previamente aprovada. Passemos, com a brevidade possível, a esse último quesito.

Ditando o artigo 3.º, suso referido, que ao Congresso Nacional cabe a revisão constitucional, e não estipulando quais os meios para levá-la à cabo — o que seria uma extravagância ao nosso modo de ver — sacramentou a sua função básica de legislar, *in specie*, para matérias relativas a procedimentos internos. Se não bastasse isso, as normas *interna corporis* existentes não prevêm nada a respeito, demandando, dessarte, esforços nesse sentido. De fato foi o que veio a se consolidar, de forma legítima, com a Resolução n.º 01, de 1993-RCF, que trata sobre os procedimentos para a revisão constitucional.

A doutrina ratifica essa posição e há justificativa coerente do legislador constituinte derivado para esse empreendimento, a qual é mais digna de louvores do que de críticas; ademais, o costume legislativo aprova essa tomada de posição. Vejamos alguns exemplos do que está aqui registrado.

Pinçando outro excerto do trabalho do Doutor Nagib Slaib Filho — acima referido — percebe-se, para nossa satisfação, que este douto magistrado cursionou por onde outros autores não foram, sendo de valor transcrever esse pequeno parágrafo. Assevera ele, *verbis*:

"Caberá ao Presidente do Senado Federal presidir a reunião do Congresso Nacional para resolver sobre as regras regimentais que regularão o processo da revisão constitucional. Como a função revisional é eventual, decorrente dos termos constitucionais, não cabe a previsão no Regimento Interno do Congresso Nacional sobre seu funcionamento para tal fim, matéria que deverá ser levada à discussão e votação, nos termos do art. 57, § 3.º, II." (p. 97)

Concordamos em parte com o competente jurista, mas não se pode olvidar que a situação que se enfrenta é excepcional, tanto que pre-

vista em parte especial da Carta Política. Como ele mesmo disse "eventual".

O Congresso Nacional, reunido com o fito de revisar o texto constitucional existente, não é composto por deputados e senadores, mas por constituintes — derivados, como queiram os mais técnicos — daí, com a devida vênia, não ter espaço a citação do artigo 57 suso.

Também o respeitável advogado, Doutor Sérgio Sérulo da Cunha — obra trazida — aduz que "a realização desse processo exige a aprovação de instrumento normativo prévio", o que, indubitavelmente não pode faltar, mesmo porque há que existir um mínimo de regras para se desenvolver tão importante empresa.

Afirma o Juiz da 1.^a Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2.^a Região e Mestre em Direito Público pela USP, o Doutor Floriano Corrêa Vaz da Silva, in *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n.º 5, 1.º semestre, março de 1993, p. 78, que "a Constituição de 1988 será — ou ao menos, poderá e deverá ser — inteiramente ou quase inteiramente reformulada na revisão constitucional que será feita pelo Congresso, investido do poder constituinte derivado, a partir de outubro de 1993." Aproveita-se essa citação para repisar a competência do Congresso nesse processo revisional, em que condição ele atuará, o termo inicial e outros, mas como pano de fundo está o questionamento implícito do termo final e limites dessa revisão, sobre o que deixamos para nos manifestar em outra ocasião. Verdade é, que fica patente o acerto na estipulação de normas prévias que permitam o início de um mister sério e de efeitos imensuráveis.

A palavra final veio do próprio constituinte, Senador Humberto Lucena — também participante da Assembléia Nacional Constituinte, frise-se — que justificou sua atitude como presidente dos trabalhos da revisão constitucional ao participar da elaboração das normas basilares. Clarificou Sua Excelência, *litteris*:

"A Presidência nada mais faz do que reconhecer a óbvia necessidade de se estabelecer procedimentos preliminares destinados a orientar a forma de discussão e votação das normas complementares e específicas que o Congresso Nacional deve adotar para normatizar seus próprios trabalhos, enquanto instância

da revisão da Constituição Federal. Exerce assim a Presidência a competência que lhe confere o art. 48, item XX-XIII do Regimento Interno do Senado, primeiro subsidiário.

"Art.48....."

XXXIII - Resolver, ouvido o Plenário, qualquer caso não previsto neste Regimento."

Essa necessidade decorre do fato de os regimentos disponíveis, por sua própria natureza, não terem podido prever regras específicas para atribuições esculpidas no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Cabe, por conseguinte, fixar um ordenamento mínimo preliminar dos procedimentos a serem seguidos para elaboração das normas.

É dos mais elevados deveres da Mesa e da Presidência do Congresso Nacional reunir as melhores condições possíveis para que os Srs. congressistas se hajam otimamente no desempenho de seus mandatos.

Na consciência desse seu dever, a Presidência anunciou, por conseguinte, os procedimentos preliminares.

Semelhante circunstância foi a do início dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, em 6 e 7 de fevereiro de 1987. Dirigiu-se o Presidente Ulysses Guimarães ao Plenário dando a conhecer propostas de normas preliminares, com as quais a Mesa poderia dirigir os trabalhos de confecção das normas regimentais.

"A análoga foi a situação de vacância e de norma específica, quando o instituto da medida provisória (Constituição, art. 62) foi utilizado pela primeira vez, visando dar corretas condições de trabalho ao Congresso."

A Presidência, em 10 de outubro de 1988, adotou normas provisórias, até que fosse resolvido procedimento definitivo, o que só veio a ocorrer com as Resoluções n.ºs 1 e 2, de 1989. Semelhantemente, procedeu-se à tramitação da matéria orçamentária, enunciando-se normas provisórias, em 27 de abril e ajuntando-se em 28 de setembro de 1989, sob

projeto de lei de Diretrizes e Bases do Orçamento. Igualmente foi preciso que a Presidência discernisse procedimentos próprios, em 12 de dezembro de 1991, para a criação de Comissões Especiais Mistas de estudos de matérias diversas, então freqüentemente requeridas. Releva indicar dessa forma que a Presidência está hoje dentro da melhor tradição dos trabalhos do Congresso Nacional, consoante a experiência da Assembléia Nacional Constituinte, do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Anima-a exclusivamente a intenção de oferecer aos trabalhos da Casa as melhores condições ao seu alcance." (DCN/Revisão da Constituição Federal, de 21.10.1993).

Conclui-se, dessarte, que o ato de revisão é da própria natureza humana, o que é refletido nas normas criadas para os homens, as quais a ele devem se sujeitar e nunca o contrário.

A Constituição Federal Brasileira, como expressão máxima de nosso povo, traz em seu bojo a possibilidade de sua revisão após cinco anos, o que não se confunde com a transformação que ocorreria, caso o resultado do plebiscito previsto no artigo 2.º, do ADCT, fosse outro. É mais fácil admitir que teríamos uma nova Constituição.

Essa revisão opera-se dentro de um contexto de normas mínimas, hoje lavradas no texto da Resolução n.º 01, de 1993/RCF, que, respeitadas as estâncias opiniões em contrário, é o meio legal hábil a revesti-las, quer porque nenhuma outra norma *interna corporis* cuida a respeito, quer porque o que existe de próximo permite essa ilação, quer porque os legisladores constituintes originário e derivado assim se pautaram, some-se que tudo em acato a legítima tradição da Casa das Leis.

A efetividade do processo e a reforma processual

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

1. Desejo expressar, inicialmente, a satisfação pessoal em retornar às terras gaúchas, de tantas tradições, e ao convívio hospitaleiro, fidalgo e afetuoso da sua gente, em cuja linhagem se sobrelevam a bravura heróica e o culto aos valores e aos sentimentos mais caros da nossa nacionalidade.

Em igual intensidade e relevo sou grato pela honra do convite para proferir a conferência de abertura deste importante Congresso, ao qual comparecem estudiosos de todo o País e renomados processualistas, nos quais busco as luzes do saber e inspiração para solucionar os conflitos que me são postos a decidir como julgador.

A circunstância de estar presidindo, na condição de dirigente da Escola Nacional da Magistratura, e tão-só por essa qualidade, as comissões que se ocupam da reforma dos nossos códigos processuais civil e penal — dúvidas não tenho — motivou tal convocação da qual me utilizo para dizer do que se tem realizado, das propostas elaboradas, da razão das mesmas, dos objetivos e limites da reforma, da estratégia adotada, do andamento dos trabalhos, das expectativas e esperanças.

2. Registrando que a reforma do Código de Processo Penal se encontra aguardando as críticas e sugestões aos anteprojetos divulgados, passo a deter-me, em razão dos objetivos deste conclave, no exame da projetada reforma do Código de Processo Civil.

3. A lucidez dos eminentes promotores deste evento houve por bem escolher como tema central o que se convencionou denominar em boa doutrina de "efetividade", expressão multiforme e polivalente, de rico conteúdo semântico nos contrafortes da ciência jurídica con-

Sálvio de Figueiredo Teixeira é Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor de Direito Processual.

Conferência proferida no "II Congresso Nacional de Direito Processual Civil", em Porto Alegre, RS, aos 17-8-93, em comemoração aos 20 anos do Código de Processo Civil.

temporânea e nas inquietações culturais de quantos convivem com o Direito Processual e buscam o seu aprimoramento, hoje também com marcante presença no Direito Constitucional, especialmente ante a colocação de que as normas constitucionais não são meramente programáticas.

Aptidão, método, orientação, postura científica ou mesmo princípio, tendo um pouco de cada um e em nenhum deles se confinando, o certo é que cada vez mais sua presença se faz notar entre os pensadores e mais e mais se reclama sua incidência como fator imprescindível de um bom processo e de uma boa justiça.

O relevo excepcional do Direito Processual Civil em nossos dias, visualizado no predomínio das questões processuais em nossos julgados e, sobretudo, no acentuado acervo de obras editadas nessa área científica, não tem passado despercebido aos cultores do direito, que explicam o fenômeno pela sua imprescindibilidade no ordenamento das sociedades, viabilizando a aplicação do direito material e o próprio funcionamento do regime democrático, sabido ser a jurisdição uma das expressões da soberania e o processo instrumento dessa jurisdição, instrumento político de efetivação das garantias asseguradas constitucionalmente e até mesmo manifestação político-cultural, ao refletir o estágio vivido pela comunidade, "espelho cultural da época" na dicção de Franz Klein, o grande reformador austriaco que há um século revolucionava a concepção do processo, até então sob o figurino liberal-individualista¹.

Calcado na trilogia jurisdição, ação e processo, o Direito Processual, mais do que em normas, se alicerça em princípios, que lhe dão os contornos e a solidez, e lhe desenham o modelo em cada sistema e em cada povo. Dentre eles, três se sobressaem:

- a) o do devido processo legal;
- b) o do acesso à justiça;
- c) o da instrumentalidade.

O primeiro, do *due process of law*, pressupõe procedimento regular, previamente estabelecido, atos sem vícios insanáveis ou insuperáveis, contraditório com igualdade de armas e tratamento, juiz natural, investido na forma da lei, competente e imparcial, sendo de ad-

vertir-se que nele não se pode falar quando meramente formal ou em relação àquele que, pela sua demora, permite o sacrifício do direito do autor, considerando que o processo deve ser visto como uma espécie de contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela².

O segundo, do *acesso à justiça*, serve, enfatizam Capelletti e Garth³, para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado: "primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos". Pressupõe ele a existência de meios, vias e mecanismos postos à disposição das partes para demandarem o provimento judicial ou resistirem à pretensão ajuizada, afastando os obstáculos econômicos, culturais e sociais, como os custos do processo, a desinformação e as restrições à legitimidade ativa.

Tema diretamente ligado à democracia e à justiça social, hoje identificado em uma "onda"⁴ reformista de terceira geração, de âmbito mundial, por um direito e uma justiça mais acessíveis, ganha maior expressão em nossa processualística de ponta, que o vincula ao devido processo legal e ao processo justo, em suma, à "ordem jurídica justa", na expressiva e incisiva síntese de Kazuo Watanabe.

O terceiro, da *instrumentalidade*, de igual forma largamente invocado nos dias atuais, coloca o processo na sua verdadeira trilha, não como fim em si mesmo mas como meio, repudiando o apego ao fetichismo das formas sacramentais, prestigiando o aproveitamento dos atos processuais, quando ausente o prejuízo (*pas de nullité sans grief*), ou praticados por quem deu causa ao vício, quando sanável este, quando possível decidir do mérito a favor da parte a quem a declaração de nulidade aproveita ou, quando realizado de outro modo, alcançar-lhe a finalidade. Como, aliás, autoriza o art. 244 do nosso Código, apontado no último "Congresso Mundial de Direito Processu-

² Citando PISANI, cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. "Novas linhas do processo civil", RT, 1993, n.º 2.5.11 e 2.5.12, pp. 83/84.

³ *Acesso à justiça*, S.A. Fabris Editor, 1988, tradução de Ellen Gracie Northfleet.

⁴ CAPPELLETTI, op. cit., p. 132; WATANABE, op. cit., n.º 4, p. 23, nota 24.

¹ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. "Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas", *Revista de Processo* 65/127.

al”, sob a influência de notável trabalho, do mestre Galeno Lacerda, sobre normas de sobredireito, como a mais bela regra, no plano internacional, do atual Direito Processual legislado⁵.

Dinamarco, em obra superlativamente esplêndida no tema, com aguda acuidade anotou que o princípio da instrumentalidade se põe sob duplo sentido, um negativo e um positivo.

Sob o primeiro, importa evitar-se os males do “exagerado processualismo”. Sob o prisma positivo, por sua vez, o processo deve ser visto como instrumento eficaz de acesso à ordem jurídica justa, apto a realizar os seus verdadeiros escopos, jurídicos, políticos e sociais⁶.

Para isso, diz a melhor doutrina, necessário estabelecer-se um novo “método de pensamento”, do cientista e do profissional do foro, deixando posturas tradicionais puramente técnicas e dogmáticas, típicas da fase sincretista, que já cumpriu o seu importante ciclo de vida, abandonando-se a visão exclusivamente interna para situar o processo em seu verdadeiro patamar, a exemplo dos processual-constitucionalistas, que vêem a Constituição como matriz das normas e princípios que informam o processo e este como instrumento de realização da ordem constitucional, seja sob o ângulo da jurisdição constitucional, seja quanto à jurisdição ordinária, que se sustenta em valores constitucionalmente amparados.

Barbosa Moreira, um dos que mais têm se

⁵ IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, relatórios gerais, I, pp. 437 e 491.

⁶ Da referida obra, *A instrumentalidade do processo*, RT, 1987, extrai-se como síntese (pp. 450/451): “A instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir (v. n.º 34 e 35; v. ainda n.º 1); o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a ideia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); confunde-se com a problemática da “efetividade do processo” e conduz à assertiva de que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”.

ocupado do tema, após registrar a crescente e generalizada preocupação com a efetividade do processo, ressaltando as divergências existentes, sintetiza proposições consensuais em alguns pontos, dentre os quais o que proclama que “o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento”, na mesma linha, aliás, da conhecida e quase centenária lição de Chiovenda:

“Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto conseguire”⁷.

Ao desenvolver suas colocações, assinala o eminente jurista que a “problemática” da efetividade estaria vinculada a aspectos relacionados com o âmbito e o modo de atuação do processo, com o acesso à justiça, com a instrução, com as técnicas empregáveis e os expedientes de que se possa lançar mão, com o conteúdo e a eficácia dos provimentos judiciais, com os meios de prevenção e de execução forçada, com a eficácia destes, com os métodos alternativos de solução dos conflitos, com a complexidade e duração dos processos e respectivas causas⁸.

Como se vê desta síntese das lições de alguns dos nossos mais autorizados especialistas, cujas reflexões convergem na essência, e em cujas linhas igualmente perfilam os mais atualizados processualistas contemporâneos, nacionais e estrangeiros, se a efetividade não constitui propriamente um princípio informador da ciência processual, mesmo tomado esse como ideia diretora, a encerrar conteúdo de política processual, sem embargo de não constituir princípio autônomo, repita-se, orienta intérprete e o aplicador da lei quanto à sua melhor inteligência e o seu verdadeiro alcance, inspira o legislador na adoção de novos institutos ou mesmo no aprimoramento e na atualização do sistema legal. Em outras palavras, a efetividade é ideia insita ao instituto do processo e à própria ciência processual

4. Decorridas duas décadas de sua vigência, o nosso Código de Processo Civil conti-

⁷ CHIOVENDA, “Dell'azione nascente dal contratto preliminare”, *Rivista di diritto commerciale*, 1911, e *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, v. I, p. 110.

⁸ “Notas sobre o problema da efetividade do processo”, in *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*, Saraiva, 1982, pp. 203 e ss.

nua com as mesmas falhas pronunciadas pela doutrina quando da sua edição.

O paradoxal, a propósito, é que, ao contrário do que vem ocorrendo com a legislação processual "extravagante", omissos tem sido o legislador em relação à codificada, que não atende aos propósitos de um processo ágil e de uma justiça eficiente.

Com efeito, além da substancial proteção à cidadania, especialmente na Constituição de 1988, nossa legislação não-codificada se apresenta significativamente fecunda, talvez sem similar em outro ordenamento, de que são exemplos o mandado de segurança, em suas feições individual e coletiva, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação popular, o juizado de pequenas causas, as ações coletivas previstas no Código de Proteção ao Consumidor e ação civil pública, com interação entre esta e aquelas.

Além desse aspecto, a outra singularidade merecedora de registro é que o nosso Código, com algumas ressalvas, é indubitavelmente bem estruturado em suas linhas arquitetônicas, elaborado que foi com técnica e cientificidade. O que nele se apresenta deficiente é exatamente a sua disciplina divorciada da realidade, a refletir o hermetismo com que foi elaborado, sem a participação dos diversos segmentos da comunidade jurídica nacional. Daí as notórias deficiências de sua aplicação na prática forense do dia-a-dia, de que é exemplo o seu modelo de procedimento sumaríssimo.

Várias foram as tentativas de seu aprimoramento nestes vinte anos. Sem resultados, porém.

Em seqüência às iniciativas da Associação dos Magistrados Brasileiros e da Seccional do Distrito Federal do Instituto Brasileiro de Direito Processual, em fins de março de 1992 a Escola Nacional da Magistratura recebeu do Ministério da Justiça a incumbência de promover estudos e propor soluções objetivando a simplificação dos nossos dois códigos processuais.

Adotou-se, então, como metodologia:

a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional;

b) deixando de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, assim como outros pontos merecedores de modificação, apresentar sugestões somente de simplifi-

cação, agilização e efetividade;

c) encaminhar as sugestões não em um único anteprojeto, mas através de vários, setoriais, inclusive para viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, considerando que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho;

d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos se necessário (v. g. arts. 272/273, 478/479), mas sem alterar a fisionomia do Código;

e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate, fazendo da reforma não uma manifestação isolada da magistratura, mas uma reivindicação uníssona de todos os segmentos interessados, nela integrando foro e universidade, professores e profissionais, juizes, advogados, defensores e representantes do Ministério Público.

Inicialmente, quatro textos, versando sobre prova pericial, citação e intimação pelo correio, agravo e liquidação, foram encaminhados ao Congresso Nacional, através de projetos apresentados pelo Deputado Nelson Jobim.

Em seguida, outros textos foram formulados e divulgados.

Recolhidas as críticas e sugestões, uma comissão revisora foi constituída⁹, do que resultou a elaboração de mais sete anteprojetos, encaminhados ao Ministério da Justiça em dezembro de 1992, relativos:

a) aos processos de conhecimento e cautelar; b) ao processo executivo; c) aos recursos; d) ao procedimento sumário; e) aos procedimentos do usucapião e da consignação em pagamento; f) à uniformização jurisprudencial em torno das chamadas demandas múltiplas; e. g) à ação monitória¹⁰.

Na fase atual, já se converteu em lei (n.º 8.455/92) o projeto sobre a prova pericial. Os relativos à liquidação e à citação e intimação

⁹ Composta, além do seu presidente e da secretária, Desembargadora Fátima Nancy Andrichi, também pelos Professores Ada Pellegrini Grinover, Athos Gusmão Carneiro, Celso Agrícola Barbi, Humberto Theodoro Júnior, José Carlos Barbosa Moreira, José Eduardo Carneira Alvim, Kazuo Watanabe e Sérgio Sahione Fadel.

¹⁰ Tais estudos, após receberem pareceres da Consultoria Geral da República e da Assessoria Jurídica do Governo, foram finalmente encaminhados pelo Executivo ao Congresso Nacional em maio de 1993.

por via postal, aprovados na Câmara, encontram-se no Senado em estágio avançado. O agravo, após integralmente aprovado na Câmara por um lamentável acidente de percurso, veio a ser rejeitado no Senado, mas ali já foi renovado através de substitutivo a outro que lá tramitava. E os sete restantes estão com o mesmo deputado-relator, já vencida a fase de emendas, sendo de justiça acentuar a relevante atuação entre todos eles, desse admirável jurista que é o Ministro Athos Gusmão Carneiro.

5. Feitos tais registros para melhor compreensão dos fatos, importa assinalar quais as principais inovações propostas, nas quais se verificará que, sob o invólucro da simplificação, da eficácia e da celeridade, a busca da efetividade foi a preocupação maior.

5.1. No projeto de alteração da sistemática da *prova pericial*, que resultou na Lei n.º 8.455/92, buscou-se: a) dispensa de compromisso do perito e dos assistentes-técnicos (art. 422); b) qualificação dos assistentes-técnicos como assessores das partes, sem suspeição ou impedimento; c) dispensa de intimação dos assistentes-técnicos; d) dispensa da perícia quando os laudos vierem com a inicial e com a contestação (art. 427); e) possibilidade de o perito e de os assistentes apenas narrarem na audiência o que periciaram (art. 421, § 2.º); e, f) redução dos atos processuais.

Segundo consta, as inovações estão a receber o aval do foro e da doutrina.

5.2. No projeto concernente à *liquidação*, dois foram os objetivos principais, ao lado de outras modificações de menor porte:

a) eliminar a discussão, geradora de incidentes e recursos, sobre a necessidade ou não de citação, optando-se pela citação na pessoa do advogado, como o próprio código admite nos casos de embargos de terceiro, reconvenção e oposição; e

b) eliminar a modalidade de liquidação de sentença por cálculo do contador, possibilitando que o simples cálculo aritmético (como nas hipóteses de aluguéis, rendimentos, pensões, juros, correção monetária) seja feito na própria petição da ação executiva, a exemplo do CPC de Portugal (art. 805), ensejando ao executado impugnar o cálculo, se o reputar incorreto, na via dos embargos do devedor (CPC, art. 741, V).

5.3. O projeto concernente à *citação* e à *intimação*^{10-a}, prioritariamente, como regra,

pela via postal, procura atender àquilo que a praxe cada vez mais vem adotando, tamanhos e tão graves os inconvenientes do sistema atual da comunicação desses atos processuais, que encarece a prestação jurisdicional, concorre para a sua lentidão, para a prática de chicanas de toda sorte, e, não raras vezes, enseja condutas lesivas e anti-éticas.

Além das cautelas que o projetado sistema exige, ressalva-se a citação por oficial de justiça nas seguintes hipóteses: nas ações de estado, quando for ré pessoa incapaz ou de direito público; nos processos de execução; nas hipóteses de frustração pela via postal; nos casos de mera opção pelo autor.

Tal forma de citação não só é utilizada no menor direito estrangeiro como também já é prevista em diversos diplomas do ordenamento jurídico brasileiro, como na lei de alimentos, na execução fiscal, no juizado de pequenas causas e até mesmo em resoluções judiciais.

Além de ensinar também as intimações pelos correios, o que por si só já justificaria o projeto, amplia-se a possibilidade de o oficial de justiça efetuar citações e intimações em qualquer das comarcas de região metropolitana, nos casos de citação por mandado.

5.4. O projeto do *agravo* tem uma crônica peculiar, que bem retrata a dificuldade na aprovação de um projeto, mesmo quando acordes os segmentos que o prepararam¹¹.

Em termos de resultados práticos e de engenho e arte em sua elaboração, talvez seja o melhor dos onze projetos.

^{10-a} Retido há mais de ano e meio por um pedido de vista na Câmara, esse projeto veio a converter-se na Lei n.º 8.710, de 24-9-93, através de substitutivo apresentado pela Comissão a um outro projeto que ali tramitava, a comprovar a eficiência da metodologia adotada, de projetos setoriais.

¹¹ Elaborado, em sua feição original, para servir de bandeira na instalação do Instituto de Direito Processual de Minas Gerais, chegou a ser apresentado ao Congresso Nacional pelo então Senador Itamar Franco (Projeto 187/85). Aprimorado desta feita, chegou a ser aprovado sem ressalvas na Câmara dos Deputados. Submetido ao Senado, onde, após marchas e contra-marchas na designação de relatores, chegou a obter regime de urgência, acabou por ser arquivado por um equívoco, o que motivou o seu retorno à mesma Casa do Congresso, no bojo de um outro projeto, na condição de substitutivo, tendo, portanto, de observar novamente trâmites que já ultrapassara.

Consiste ele na classificação de duas modalidades de agravo:

a) o retido, nos moldes atuais, com incorporação dos acréscimos sugeridos pela doutrina e jurisprudência, apresentando-se como única via possível em determinadas hipóteses;

b) o de instrumento, no qual a interposição é feita diretamente no protocolo do tribunal ou através da via postal, cabendo ao agravante instruí-lo. O relator poderá dar-lhe efeito suspensivo, ouvirá o juiz se entender necessário ou conveniente, intimará o recorrido na pessoa do seu advogado, pelos correios (ou pelo órgão oficial, nas comarcas sede de tribunal), ouvirá o Ministério Público nas hipóteses legais e em trinta dias colocará o feito em julgamento.

Em ambas as modalidades poderá o juiz exercer a retratação, que é da índole do recurso.

Adota-se, *mutatis mutandis*, com singeleza, procedimento semelhante ao da ação do mandado de segurança, tendo como principais vantagens em relação à legislação atual:

a) eliminar o uso anômalo do mandado de segurança para a obtenção de feito suspensivo;

b) praticamente afastar o uso procrastinatório desse recurso, que tantos males causa ao princípio da rapidez na prestação jurisdicional; e

c) desestimular o uso do próprio recurso, na sua modalidade de instrumento.

Não sendo recomendável extinguir-se esse recurso e nem a sua utilização apenas na modalidade retida, uma vez que maior seria o uso do mandado de segurança em tais hipóteses, fica a certeza de que o modelo proposto seria de inegável vantagem em relação ao atual.

5.5. Um quinto projeto trata das modificações não destacadas atinentes ao *processo cautelar* e ao *processo de conhecimento*.

Em relação ao primeiro, tímidas são as sugestões propostas e por mais de uma razão. Uma delas, porque a proposta da comissão de reconhecer-se em texto legal a desnecessidade do ajuizamento da ação principal, quando exauriente a cautelar, esbarrou nos órgãos de consulta do Executivo. Uma outra, porque as alterações objetivando suprir a nossa carência legislativa de tutela de urgência, de cognição

sumária¹², tão reclamada entre nós, e fundamentadamente, pela corrente liderada por Ovídio Baptista da Silva, não se localizam especificamente no Livro III do Código, mas em outros setores, que também foram objeto de atenção. Na realidade, a nossa ação cautelar inominada tem sido utilizada anormalmente, como técnica de sumarização, contra o anacronismo e a morosidade do procedimento ordinário, reconhecido que o nosso direito, como o europeu-continental de origem latina, não dispõe de mecanismos suficientemente eficazes, a exemplo dos injuncionais do direito anglo-americano, que ainda se reforça com o instituto coercitivo do *contempt of court*. E uma terceira razão, porque, repetindo, não se cuida de uma reforma profunda do Código, mas parcial, dos seus pontos de estrangulamento, para tornar o nosso processo menos burocratizado, mais ágil e eficiente.

5.6. Esses objetivos foram perseguidos em relação ao *processo de conhecimento*. Consoante sua exposição de motivos, são suas alterações de maior destaque:

a) o incentivo à conciliação como forma alternativa de solução do conflito, inclusive com a previsão da audiência preliminar de conciliação quando a lide versar direitos disponíveis (arts. 125, V e 331);

b) o estímulo aos modernos métodos de documentação recomendados pela atual tecnologia (art. 170);

c) a solução à tormentosa e antiga polêmica sobre a necessidade ou não da participação do cônjuge, como autor e réu, nas ações possessórias (art. 10);

d) a dispensa do reconhecimento de firma na procuração outorgada ao advogado (art. 38);

e) a adoção do litisconsórcio facultativo recusável recomendada pela doutrina por força de situações práticas típicas de conflitos hoje verificados na sociedade de massa em que vivemos (art. 46);

f) dispensa de despacho judicial de atos meramente ordinatórios (art. 162, § 4.º);

g) realização de atos processuais até as 20:00 horas (art. 172);

¹² No tema, além das diversas obras e estudos do ilustre processualista gaúcho, v. WATANABE, Kazuo, op. cit., e MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit. e *Tutela cautelar e tutela acautelatória*, RT, 1992.

h) a introdução do instituto da antecipação da tutela, cercado das necessárias cautelas (art. 273), na linha do que se adotou na Lei n.º 8.245/91;

i) a sistemática para tornar mais eficaz o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, determinando ao juiz a observância da tutela específica e de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, com possibilidade de liminar fundamentada e de imposição de multa ao réu (art. 461); e

j) a melhor disciplina do instituto da litigância de má-fé (art. 18), dos honorários advocatícios na execução (art. 20), dos honorários do perito (art. 33), da renúncia ao mandato (art. 45), da interrupção da prescrição (art. 219), da intimação das testemunhas por mandado (art. 239, parágrafo único, III), do procedimento relativo ao indeferimento da petição inicial e atos subsequentes (art. 296) e da documentação para a prova pericial (art. 417).

Merecem relevo no entanto, dentre todas elas, exatamente pela carga de efetividade que contêm, as relativas à conciliação, ao instituto da antecipação da tutela e à destinada ao art. 461 (da tutela específica), que encontra modelo similar no art. 84 do Código de Proteção ao Consumidor.

5.7. Ainda no âmbito do processo de conhecimento, mas destacado do respectivo projeto para evitar eventuais dificuldades de tramitação e aprovação elaborou-se projeto objetivando dar tratamento infraconstitucional ao fenômeno, verificado especialmente na Justiça Federal das denominadas *demandas múltiplas*, quando milhares de pessoas ajuizam causas tendo por suporte uma mesma questão jurídica e as decisões judiciais nem sempre são convergentes, daí resultando insegurança e até mesmo perplexidade, com desprestígio para o Judiciário e intranquilidade no meio social.

Não poucas vezes, para obviar tais inconvenientes, já se cogitou da ação advocatória, instrumento de duvidosa juridicidade e justificadamente repudiado pela comunidade jurídica. O que se propõe é bem diverso, sem os males daquela e com evidentes vantagens, respeitando os princípios processuais básicos e a fiel observância dos trâmites processuais pelas diversas instâncias. Institui-se, em nível infraconstitucional, mecanismo uniformizador de jurisprudência (art. 479), a dar solução rápida

ao angustiante fenômeno das decisões conflitantes, hoje tão presentes no cenário forense nacional.

Nos termos do projeto, poder-se-á, em causa já em tramitação no tribunal, propor o pronunciamento deste sobre a tese jurídica questionada. Sumulada a tese, e sem prejuízo do prosseguimento normal de todos os processos em andamento:

a) será defeso, aos órgãos de qualquer grau de jurisdição, subordinados ao tribunal que proferiu a decisão, a concessão de liminar que a contrarie;

b) cessará a eficácia das liminares concedidas;

c) o recurso contra a decisão que contrarie a súmula terá sempre efeito suspensivo; e

d) nos processos pendentes e nos posteriores, com pretensão fundada na tese da súmula, poderá ser concedida a antecipação da tutela, prosseguindo o feito até final do julgamento.

Em suma "a inovação proposta ajusta-se ao sistema processual vigente, não agride o devido processo legal e contribuirá de forma hábil, rápida e segura para uma eficaz e pronta solução jurídica em campo de tantas inquietações".

5.8. O projeto de reforma do procedimento conhecido como *sumaríssimo* começa por modificar o seu próprio rótulo, denominando-o de sumário e deixando a expressão *sumaríssimo* para os juizados especiais previstos na Constituição.

Substanciais modificações são nele propostas, sendo de destacar-se:

a) a racionalização do elenco das causas a ele sujeitas, afastando as que normalmente reclamam contraditório mais amplo;

b) a possibilidade da conversão em procedimento ordinário, especialmente quando se fizer necessária prova técnica de maior complexidade;

c) a previsão de uma audiência inaugural de conciliação, seguindo o exemplo da praxe trabalhista e das experiências marcadamente bem sucedidas dos juizes que assim têm procedido, para a qual o réu será previamente citado, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador, a exemplo do que vem ocorrendo com sucesso no juizado de pequenas causas, devendo a contestação, com documentos e rol de testemunhas, ser apresentada de imediato se não

obtida a conciliação;

d) possibilidade do julgamento antecipado da lide, a melhor das inovações do código de 1973;

e) o caráter dúplice dado às causas sob seu processamento, a exemplo do que ocorre com as ações possessórias (CPC, art. 922), compatibilizando a realidade com a vedação de reconvenção do art. 315, § 2.º, sem os malabarismos da praxe atual, sobretudo nos casos de indenização por acidente de trânsito;

f) a incorporação da moderna tecnologia de documentação; e

g) a vedação da intervenção de terceiros, salvo nos casos de assistência e recurso de terceiro prejudicado.

5.9. Além do projeto específico sobre a mudança do modelo do agravo, um outro trata dos recursos em geral.

São notórias as críticas ao nosso sistema recursal, ensejador de múltiplas impugnações e conseqüente atraso na entrega da prestação jurisdicional.

Estivéssemos a formular um novo código, certamente esse seria um dos pontos a serem repensados, com o avanço que a etapa atual não permite, sob pena de inviabilizar-se o esforço ora desenvolvido, que objetiva contar com apoio consensual tanto quanto possível. Repetindo, não se está a fazer um novo código, mas a dar condições de boa, ágil e efetiva aplicação ao atual, ensejando, inclusive, condições para novas e futuras alterações, à medida em que os segmentos jurídicos nacionais despertarem para a compreensão de que juntos poderão influir, de forma benéfica, com proveito geral, para o aprimoramento do nosso ordenamento legal.

Após esta observação preliminar, é de anotar-se que dois são os objetivos principais do projeto de que se cuida, a saber: integrar ao texto do código as normas relativas aos recursos extraordinário e especial, e simplificar os procedimentos recursais, sobretudo quanto à interposição. Assim, dentre outras modificações, propõe-se:

a) interposição do recurso adesivo no prazo de que a parte dispõe para responder;

b) ressalvada a disciplina específica do agravo, permitir que norma local de organização judiciária disponha sobre a forma de rece-

bimento dos recursos;

c) uniformização dos prazos recursais (art. 508) em quinze (15) dias, salvo os casos de agravo e embargos declaratórios;

d) simplificação do preparo;

e) dar efeito interruptivo aos embargos declaratórios, eliminando a polêmica a respeito da contagem dos prazos, ensejadora freqüente de recursos, com disciplina sancionatória mais objetiva aos embargos protelatórios, especialmente quando reiterados; e

f) supressão da "conferência" dos acórdãos e obrigatoriedade de ementas para fins de pesquisa e indexação da jurisprudência, nestes tempos de informatização a que felizmente estamos chegando.

5.10. O que se disse em preliminar a propósito dos recursos, em termos de modificação estrutural, poder-se-ia repetir quanto ao processo de execução, sabido o quão burocratizado e complexo é o nosso sistema, ao contrário do que ocorre em alguns países mais evoluídos, em que a execução do julgado se dá perante órgãos administrativos, somente se sujeitando ao Judiciário eventuais incidentes não contornáveis naquela esfera.

Importantes alterações, todavia, são propostas no projeto:

a) ampliação do elenco dos títulos executivos, sobretudo os extrajudiciais, atribuindo eficácia executiva não só ao documento do qual conste obrigação de pagar, ou de dar coisa fungível, como também aos documentos públicos ou particulares em geral, quando assinados pelo devedor, sem as restrições da legislação atual; aos documentos alusivos a obrigações de dar coisa certa (infungível), ou de fazer ou não fazer, sempre o pressuposto da liquidez, certeza e exigibilidade;

b) cominação de multas a sancionar os "atos atentatórios à dignidade da justiça";

c) melhor disciplina da multa como meio coercitivo indireto na execução das obrigações de fazer ou de não fazer;

d) inscrição da penhora no registro, para maior segurança jurídica dos interessados e para dificultar a fraude de execução;

e) maior ênfase à repulsa ao preço vil e simplificação do procedimento da alienação em hasta pública dos bens penhorados, com maior flexibilidade, utilizando-se inclusive a via radiofônica, a publicidade própria dos negócios

imobiliários e a reunião de editais em listas referentes a várias execuções; e

f) fixação do *diēs a quo* para oferecimento dos embargos (art. 738, I), tendo em vista a uniformização com a regra geral.

5.11. Dois procedimentos especiais do código receberam alterações em um outro projeto: o de *usucapião* e o de *consignação em pagamento*.

Quanto ao primeiro, para suprimir a audiência preliminar de justificação de posse, indubitavelmente injustificável. Quanto ao segundo, para ensejar, sem ofensa ao princípio constitucional do acesso ao Judiciário, a liberação do devedor pela via extrajudicial, com a utilização do sistema bancário, sem ônus e com celeridade, a exemplo do que ocorre no direito europeu, principalmente no modelo italiano.

Ainda quanto à consignação, quando judicial, o projeto prevê:

a) que o réu indique, na hipótese de alegar depósito a menor, o montante que entender realmente devido;

b) possibilidade de o credor levantar desde logo a quantia, ou a coisa, sobre a qual não houver controvérsia; e

c) na hipótese de insuficiência do depósito, e quando possível, a fixação do *quantum* devido, podendo o credor executá-lo nos mesmos autos.

5.12. Finalmente, um projeto contempla o denominado *procedimento monitorio* ou injuntivo, em sua modalidade documental.

De sua exposição de motivos, colhe-se:

“Introduz-se no atual direito brasileiro, com este projeto, dentro de um objetivo maior de desburocratizar, agilizar e dar efetividade ao nosso processo civil a ação monitoria, que representa o procedimento de maior sucesso no direito europeu, adaptando o seu modelo à nossa realidade e às cautelas que a inovação sugere.

A finalidade do procedimento monitorio, que tem profundas raízes no antigo direito luso-brasileiro, é abreviar, de forma inteligente e hábil, o caminho para a formação do título executivo, contornando o geralmente moroso e caro procedimento ordinário”.

6. Como se pode deduzir dos onze textos

nos quais se desdobra a projetada reforma, em momento algum se procurou o prevailecimento de teses ou a substituição do atual sistema processual codificado. Outro não foi o escopo senão localizar as razões pelas quais falha o nosso código na entrega da prestação jurisdicional e dar-lhe o necessário tratamento científico para torná-lo mais simples, célere, útil e objetivo. Em uma palavra, para injetar-lhe a efetividade de que tanto carece.

7. Assim exposta a pretendida reforma, sua metodologia, seu conteúdo e seus objetivos, na qual não ousamos tanto quanto gostaríamos, mas quanto foi possível, não se pode deixar de assinalar que a efetividade da tutela jurisdicional, que tanto se persegue, não depende apenas de mudanças na legislação processual. Depende igualmente de uma série de outros fatores, dentre os quais tem relevo uma boa organização judiciária, sem os males crônicos do nosso modelo avoengo e coimbrão, onde notórias a precariedade de meios, a falta de métodos, a ausência de tecnologia avançada, a pouca ou nenhuma criatividade¹³, tudo isso em uma sociedade desafiadoramente de massa¹⁴ e cada dia mais exigente e sofisticada.

Vivemos, na verdade, em um sistema há muito ultrapassado, onde, ao lado dos poucos recursos materiais, sobressai a carência de investimento no homem que julga, o seu recrutamento, na sua formação e no seu aprimoramento, o mesmo se podendo falar do advogado, do defensor público, do representante do Ministério Público e do serventuário.

Em boa hora, felizmente, estão sendo implantadas, e com sucesso, as escolas dessas categorias, que têm servido inclusive para mitigar as deficiências no nosso ensino universitário.

É preciso, todavia, avançar mais. Para

¹³ A respeito, WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo de conhecimento*. RT, 1987, n.º 4, pp. 23/25; BARBOSA MOREIRA, J. C. “Notas sobre o problema da efetividade do processo”, in *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*, Saraiva, 1982, p. 207; FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sávio de. *O aprimoramento do processo civil como garantia de cidadania na justiça*. Saraiva, 1993, n.º 6, IV, p. 90; MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *O CPC e a crise processual*, Ed. RF 316/49.

¹⁴ A propósito, FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo, na coletânea *O Judiciário e a Constituição*. Saraiva, 1993.

exemplificar, é inconcebível que nessa virada de século ainda estejamos recrutando magistrados através de concursos de múltipla escolha e de forma tão atrasada e acientífica, quando tão poucos são os aprovados em um país tão necessitado de juizes, e ainda assim sem a menor garantia de que os aprovados sejam os mais vocacionados ou simplesmente vocacionados¹⁵. Somente com juizes à altura da nobre e árdua missão de julgar se pode sonhar com o Judiciário que a democracia reclama: independente, responsável, dinâmico, bem planejado e estruturado, de mentalidade arejada e sensível às legítimas aspirações da sociedade a que deve servir com zelo, probidade e eficiência.

Mais que navegar, parodiando o poeta, diria que é preciso mudar quando a mudança se torna imperiosa.

Como as pessoas, que no linguajar poético de Guimarães Rosa, porque ainda não terminadas vão sempre mudando, também na sociedade e na ciência as mudanças são imprescindíveis e, via de regra, significam evolução. O jurista, a exemplo do homem público, tem por missão também encontrar fórmulas que façam com que a ordem jurídica esteja permanentemente adaptada às grandes transforma-

ções sociais. Dessa missão não pode alhear-se o jurista, como já pregava Ripert.

Ao lado dessas mudanças na lei processual e na organização judiciária, cabe aos especialistas da técnica processual encontrar caminhos mais rápidos e eficazes, descortinar vias alternativas para a solução dos conflitos, cada vez mais presentes no cenário mundial, maximizar o valor dos princípios, orientar corretamente os que a lei interpretam, para que ela tenha, nas mãos do seu aplicador, o seu verdadeiro alcance, através de métodos modernos de exegese que ponham em relevo os altos propósitos da ciência processual, de efetividade e justiça substancial.

Nenhum palco, neste contexto, melhor do que este, em uma terra de tanta efervescência cultural, entre tantas expressões maiúsculas da ciência jurídica, sob os influxos de uma temática tão oportuna e feliz, em um Congresso deste porte e em momento significativamente tão relevante, quando se comemoram os vinte anos do nosso Código de Processo Civil.

Daí o ideal que nos reúne e nos congrega, a esperança que acalenta os nossos sonhos de um amanhã melhor.

¹⁵ A respeito, v. "Escola Judicial", na mesma coletânea *O Judiciário e a Constituição*.

A tridimensionalidade da descentralização do Estado brasileiro

Contribuição prática à revisão constitucional de 1993

TORQUATO JARDIM

SUMÁRIO

I - O fato, o valor e a norma. II - A vertente política do federalismo. III - A vertente jurídica da privatização dos agentes econômicos do Estado. IV - A vertente administrativa da desconcentração produtiva dos meios de ação pública.

A descentralização, como idéia geral do repensamento do Estado brasileiro, implica visão ordenada de três dimensões: a vertente política do federalismo, a vertente jurídica da privatização dos agentes econômicos do Estado e a vertente administrativa da desconcentração produtiva dos meios de ação pública.

I - O fato, o valor e a norma

2. Na ótica da tridimensionalidade impõe-se a clareza do fato, do valor e da norma.

O primeiro *fato* histórico é a *federação* surgida no vácuo de qualquer tradição legislativa e administrativa autônoma das províncias proclamadas unidades federadas. Receberam elas um *quantum* de capacidade constitucional de auto-administração do alvitre do poder central. Exercitaram-na, até o final da terceira década deste século, na proporção da independência e coragem da personalidade de seus chefes políticos, e na medida que cada *caudilho* ou *coronel* teve do interesse público.

Esse continuado personalismo do processo político, aliado aos corporativismos de base nacional dos últimos cinquenta anos, não ensejou a *institucionalização* do federalismo, vale dizer, a sedimentação perene dos mecanismos políticos e jurídicos de escolha e resolução local do interesse público pelos poderes inter-

Torquato Jardim é Advogado, Professor de Direito Constitucional na Universidade de Brasília e Ministro do Tribunal Superior Eleitoral.

Versão preliminar deste trabalho foi apresentada no Fórum "O Novo Pacto Federativo", promovido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada — IPEA, em novembro de 1993.

As seções 16 a 20 são transcrições parciais de trabalho já publicado na Revista de Informação Legislativa do Senado Federal (ano 29, n.º 115, jul./set. 1992).

mediários — para lembrar a esquecida tese de Montesquieu —, os quais seriam transferidos, no que ensejassem de harmonização multies-tadual de vontades e meios, à coordenação da União. A práxis não correspondeu à visão teórica de João Barbalho, para quem a União fora “fundada para gerir superiores interesses comuns e garantir a segurança e tranqüilidade geral” (*Coment. à Const. de 1891*, art. 2.º, p. 12, Ed. Senado Federal, 1992).

Ao contrário da federação norte-americana, onde o poder central esbarrou sempre numa mais antiga raiz sociológica de estados antes soberanos, onde a competência da União surgiu do que condicionadamente lhe transferiam, mediante renúncia expressa, os estados — pelo menos até a década de 30 deste século, onde os parlamentos e os tribunais locais (vale dizer, o direito e a jurisprudência) antecederam aos nacionais, e onde os *town meetings* tocquevillianos já haviam dado corpo e alma aos poderes intermediários, entre nós o governo central surgiu sem barreiras nem condicionalidades, sem anteparos ou condições. Toda a tradição sociológica, jurídica e administrativa seculares que desaguaram na Constituição de 1891 foi a do estado unitário.

3. Por isso mesmo, a grande revolução inacabada não é a República — até porque a Inglaterra é republicana desde a Revolução Gloriosa —, mas a Federação. Assim como as grandes catedrais tomaram séculos e muitos papas para serem concluídas, é de se indagar se não é chegada a hora de se dar mais fisionomia e personalidade ao corpo até agora apenas delineado da nossa Federação.

Em outras palavras, falta ainda o grande acerto político do contrato que é o pacto federativo, no que ele tem de mais sensível e característico que é a repartição constitucional de competências. Não a repartição formal, que lança a unidade da federação à inércia e o governo central à execução de tarefas locais; mas, sim, aquela substantiva, na qual a responsabilidade política da escolha da política pública corresponda a competência legislativa, e à competência legislativa corresponda a capacidade de implementação da política e da lei.

4. O segundo *fato* histórico é o *estado sem nação*: “quando Tomé de Sousa desembarcou na Bahia, em 1549, munido do seu famoso Regimento de Governo, e flanqueado de um ouvidor-mor, um provedor-mor, clero e soldados, a organização político-administrativa do

Brasil, como país unitário, começou a existir. Tudo fora minuciosamente preparado e assentado, em oposição ao descentralismo feudal das capitâncias hereditárias. Notava-se apenas, como disse um historiador, uma ligeira ausência: *não havia povo*. (...) Foi esse, na verdade, o primeiro ato de uma longa série de eventos, em que começamos pelo fim, numa incontida impaciência de colher os frutos antes de plantar as árvores” (Fábio Konder Comparato, citado por Luís Roberto Barroso, “A crise econômica e o direito constitucional”, in *Revista Ajuris*, n.º 58, p. 123).

Não se enraizara, então, a *res publica*; mas já se fizera presente a ordem jurídica estatal. Antes que os poderes intermediários, ou os entes espontâneos hoje denominados sociedade civil, operassem, para delegar, limitada e controladamente, poderes ao governante, instalou-se a autoridade estatal, a autorizar a atividade econômica, a instalar cartórios, a exigir tributos e a impor sua vontade. O interesse público foi, então, cunhado para preservar e projetar o Estado, não para tê-lo sob controle; da concepção de políticas públicas e da gênese normativa foram excluídos os destinatários do poder.

Não foi diferente a proclamação da República: repetiu-se a mesma recomposição de interesses do Estado à margem de qualquer manifestação expressiva da população. “Na multidão o sentimento geral foi de estupor” (Carlos Maximiliano, *Coment. à Const. de 1891*); “o povo assistiu àquilo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava. (...) Muitos acreditavam sinceramente estar vendo uma parada. (...) Era um fenômeno digno de ver-se” (Aristides Lobo no *Diário Popular* de São Paulo, 18 de novembro de 1889, *apud* Carlos Maximiliano, *op. cit.*).

5. A ordem constitucional daí derivada, desde a Constituição de 1824, fincou raiz no “direito de estado”, não no *rule of law*. Aquelle, próprio dos estados concentradores de poder em detrimento da individualidade, seja a individualidade política da unidade da federação, seja aquela inerente à personalidade humana, nos quais se reconhecem, limitadamente, direitos próprios enquanto compatíveis com o interesse estatal; este, o *rule of law*, típico das repúblicas sedimentadas nos direitos individuais, os quais, mais do que oponíveis à vontade do Estado a ele obrigam vontade, tornando-o *meio*, e não um fim em si mesmo.

O produto histórico é o estado concentrador da vontade política e da iniciativa legislativa, planejador e executor, submetido a um tênue e diáfano controle jurídico formal.

6. O valor que se quer preservar, enquanto vivo, ainda que tenro, para se expandir na avenida incontida das liberdades, é a *individualidade*. Seja aquela das unidades locais na federação, seja aquela individual, de cada cidadão: ambas na busca de seus rumos na realização de seus próprios designios; ambas de supremo e inegável conteúdo político. Político no sentido mais crucial, de decisão refletida sobre os caminhos que justificam a existência mesma do Estado.

Essas duas faces da individualidade contêm, intrinsecamente, por imposição ética consagrada na História uma carga coletiva de *justiça social distributiva*, valor mais que instrumento, para, sob o manto da igualdade de oportunidades, ensejar a todos, no pacto político da federação e no pacto moral da sociedade civil, a geração de meios que permitam, às unidades da federação, no primeiro plano, e aos indivíduos, no segundo, participarem substancialmente do processo de *policy-making* e de gênese legislativa.

7. A federação e a individualidade como valores são instrumentos centrais do sistema de controle da vontade do Estado. À federação corresponde a repartição espacial das competências do Estado, vale dizer, a desconcentração do seu poder, para que, manifestando-se este em múltiplas parcelas de menor escala, possam ser controladas a concepção e o processo de decisão das políticas públicas e a gênese legislativa. O mínimo de eficácia do sistema exige, logicamente, que tal repartição venha plasmada no pacto constitucional.

8. A *norma* decorrerá da clareza intelectual e da nobreza de caráter com que se encarem as vicissitudes e os méritos da experiência histórica do Estado no Brasil. Não se deve cuidar de simplesmente seccionar cirurgicamente o Estado, como se fez em 1891, em 1930, em 1946, em 1967-69 e em 1988, para que, por geração espontânea, surja, *ex novo*, por simples afirmação constituinte, o Estado ideal.

As experimentações alegadamente científicas que se impuseram ao País, no político, no jurídico, no econômico e no social, concebidas por inteligências reconhecidas, algumas vezes — mas nem sempre, até bem intencio-

nadas — redundaram no quadro caótico que hoje, tão estupefatos quanto em 1889, assistem os brasileiros, dos mais cultos aos mais iletrados, todos pasmos com a generalização tão extensa de maus resultados das políticas públicas.

A norma, pois, pela qual clama o inconsciente coletivo, há de ser concebida sem preconceitos ideológicos, sem sectarismos corporativistas, sem vinculações acadêmicas a teses de concurso, sem preocupação de compor biografia profissional geradora de clientes para o depois da função pública, sem ter em conta apenas o dia-a-dia da rolagem das dívidas, mas, também, e essencialmente, com alguma visão de longo curso.

Visão de longo curso que contenha os extremos pendulares de nossa história, que ora municipaliza irrealisticamente a ação do Estado, e ora "unionisa" excessivamente essa mesma ação, ao preço, um e outro, de sufocar de responsabilidade um único ente federativo.

II - *A vertente política do federalismo*

9. O grande desafio político do novo pacto federativo é estabelecer o equilíbrio sutil entre a *ficção jurídica* da igualdade dos entes federados e a realidade histórica de sua *desigualdade sócio-econômico-educacional*.

Será persistir diabólicamente no erro pretender que do pacto político de iguais decorra uma capacidade também igual de concepção de políticas públicas, de ordenação legislativa e de implementação administrativa.

O desafio está, pois, em conviver com as vicissitudes da gênese histórica do Estado e da Federação brasileiros, e admitir que, desigualmente iguais, à vontade de multiplicar os entes políticos e administrativos da federação há que corresponder, na União, um novo papel de coordenação de meios e harmonização de políticas públicas.

10. Não se trata, evidentemente, da União tutora mediante planejamento dirigista e arrecadação concentrada de receitas. Não se trata, por igual, e não menos evidente, de apenas transferir tarefas e recursos aos pontos capilares da Federação.

O equilíbrio está, provavelmente, aceita a premissa da desigualdade dos iguais, em reconhecer a União como depositária fiel de bens e recursos, aos quais teria acesso o ente político ou administrativo da Federação na medida de sua capacidade de gestão.

11. Essa *capacidade local de gestão* é central ao argumento. Não se cuida de julgamento subjetivo de tecnocratas da União; muito menos de submeter governadores e prefeitos eleitos pelo voto popular direto à dependência de idiossincrasias de quem estável administrativamente e irresponsável politicamente. Algumas poucas normas constitucionais avançam a idéia.

Primeira, a que autorizasse Estados e Municípios, não a União, a dispor sobre incentivos regionais ou sobre a criação de entes administrativos regionais para a organização, o planejamento e a execução de funções e serviços de interesse comum.

Outra, que vedasse à União e aos Estados a execução direta de obras e serviços de âmbito municipal ou intermunicipal, salvo se comprovado pela União ou pelos Estados a inviabilidade da execução pelos Municípios interessados ou afetados.

Terceira, a que vedasse à União executar programas de desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

Quarta, a que cometesse aos Municípios a formulação e a implementação das políticas públicas pertinentes a assuntos de interesse local.

Quinta, a que admitisse, nas microrregiões que fossem foco de graves carências sociais ou climáticas, de calamidade pública ou de distorções setoriais, a intervenção da União, diretamente ou mediante convênio com Estado, por prazo certo, para formular, financiar e implementar as políticas públicas necessárias à erradicação da pobreza e da marginalização e à redução das desigualdades sociais e regionais. Em casos que tais, reconhecida a desigualdade de capacitação gerencial dos entes juridicamente iguais no plano federativo, caberia à União mesma, ou ao Estado conveniado, a *arrecadação dos tributos municipais* e a aplicação dos recursos provenientes dos fundos regionais constitucionais.

Ainda, a que explicitasse a municipalização do ensino básico pré-escolar, rural e dos quatro primeiros anos do 1.º grau, estadualizasse os demais, e contivesse a União no ensino superior e na pesquisa científica, *vedando-lhe* a atividade suplementar.

12. Por fim, um repensar sadio das compe-

tências exclusivas da União e das concorrentes das unidades da Federação, o qual, na medida do razoável e do realista, tornasse regra principal a competência da União para normas e diretrizes gerais, e regra de exceção aquela de implementação exclusiva e integral da ordem político-normativa.

Em outras palavras, a Constituição mesma romperia com a inércia do ente federado, afastando a União da execução de tarefas locais, e cometendo-as expressamente aos Estados e Municípios.

13. Tal exercício pressupõe uma não menos razoável e realista revisão da repartição de receitas. O federalismo não implica apenas a transferência automática de recursos às unidades geograficamente menores. Muito mais do que isso, o federalismo exige uma avaliação equilibrada de custos gerenciais e benefícios sociais para concluir pelo sistema mais produtivo de competências tributárias e de repartição de receitas.

14. À União, enquanto depositária fiel de bens e recursos, caberá o novo papel de otimizadora dos meios e harmonizadora dos fins. Aqui a última das normas essenciais ao novo federalismo: *o recurso político ao Senado Federal, casa da federação par excellence*, para sustar os atos normativos ou administrativos da União ou dos Estados que exorbitassem dos limites da competência de cada qual, fosse para administrar meios ou harmonizar fins, em prejuízo da competência de escolha de *policy* e sua execução pelos Estados ou Municípios, respectivamente.

III - *A vertente jurídica da privatização dos agentes econômicos do Estado*

15. A privatização dos agentes econômicos do Estado, no âmbito da assembléia revisionista, impõe, a par da superação das barreiras ideológicas, à esquerda conhecida como estatização e à direita como nacionalismo, um exame lúcido do modelo constitucional de planejamento e controle estatal hoje consagrado na Constituição.

16. A Constituição brasileira presta marcante homenagem à livre iniciativa e a livre concorrência:

(i) é *fundamento* da República Federativa do Brasil a livre iniciativa (art. 1.º, IV);

(ii) da ordem econômica é *fundamento* a livre iniciativa e *princípio* a livre concorrên-

cia (art. 170, *caput* e inc. IV).

Equilibra ideologicamente a Constituição aquela aparente vocação liberal individualista com mandamentos coletivistas socializantes:

(i) é também *fundamento* da República o valor social do trabalho (art. 1.º, IV);

(ii) constituem *objetivos fundamentais* da República o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos (art. 3.º, II, III, IV);

(iii) da ordem econômica são também *fundamentos* a função social da propriedade, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (art. 170, II, VII, VIII); e

(iv) o elenco extenso de *direitos dos trabalhadores* (arts. 6.º a 11), sem qualquer correspondência, no plano constitucional, de deveres e obrigações de qualquer sorte.

17. As disposições constitucionais que explicam o modelo econômico compõem um quadro inequívoco de intervenção estatal permanente, mediante planejamento público, em detrimento da iniciativa privada. Alguns exemplos:

(i) a competência da União para elaborar e executar *planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento econômico e social*, aprovados pelo Congresso Nacional (arts. 21, IX; 43, § 1.º, II; 48, IV; 165, § 4.º);

(ii) *plano plurianual regionalizado* das diretrizes, objetivos e metas da administração federal aprovado pelo Congresso Nacional (arts. 48, II; 165, § 1.º);

(iii) sistema *nacional* de gerenciamento de recursos hídricos de competência da União (art. 21, XIX);

(iv) incentivos regionais mediante *juros favorecidos* para financiamento de atividades prioritárias; *isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais* (art. 43, § 2.º, II, III);

(v) exploração, pela *União*, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, de serviços de radiodifusão, telecomunicações, energia elétrica, transportes em geral aeroportos e portos (art. 21, XII, b, c, d, e, f);

(vi) *lei nacional* sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos (art. 175);

(vii) o controle mediante *lei nacional*, dos transportes em geral (art. 178 c/c art. 21, XII);

(viii) as três *leis municipais* de desenvolvimento urbano, dependentes de uma lei federal e condicionadoras do uso da propriedade privada urbana, a qual só cumprirá sua função social quando atender “às exigências fundamentais da ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, *caput* e §§ 1.º, 2.º, e 4.º);

(ix) a *lei nacional* de política agrícola, incluindo comercialização, armazenamento, transporte, e “levando em conta especialmente” o crédito, a tributação, os custos de produção, a garantia de comercialização, o seguro, etc. (art. 187);

(x) o ápice do modelo de planejamento público, a proclamação do Estado *como agente normativo e regulador da atividade econômica* o qual, mediante lei, exercerá *as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado* (art. 174);

(xi) por fim, já não bastasse tamanha onisciência, a abundância constituinte ao aduzir, mais, que “a lei estabelecerá as diretrizes e bases do *planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado* (*sic*), o qual incorporará e compatibilizará os *planos nacionais e regionais de desenvolvimento*” (art. 174, § 1.º).

18. Tamanha complexidade normativa fez surgir até um processo legislativo complementar para as leis editoras de planos nacionais, regionais e setoriais (art. 166). Cresce, mais, a ingerência estatal quando se confere competência a uma comissão mista permanente de deputados e senadores para *exercer o acompanhamento e a fiscalização* daqueles planos e programas (art. 166, § 1.º, II).

19. Resulta do quadro constitucional que a livre iniciativa e a livre concorrência a que se refere o Texto Magno *não são aquelas próprias de uma economia de mercado, como tal entendido na história e na teoria econômica, mas, ao contrário, expressões de uma empresa privada tolerada como instrumento alternativo de execução de política pública.*

20. O rediscutir descentralização do Estado, também na vertente jurídica da privatização de seus agentes econômicos, importa ter presente ainda quatro outros conceitos, sem os quais não se alcançará clareza na concepção

da política pública.

Primeiro, *privatização*. Privatizar é transferir a propriedade dos meios de produção de bens e de execução de serviços do patrimônio público para o patrimônio privado, mediante o processo estabelecido em lei (*due process*); é retirar-se o Estado da atividade econômica.

Segundo, *nacionalização*. Nacionalizar é transferir a propriedade dos meios de produção de bens e de execução de serviços, no todo ou em parte, do patrimônio de pessoas físicas ou jurídicas legalmente qualificadas como estrangeiras para o patrimônio de pessoas físicas ou jurídicas legalmente definidas como nacionais, mediante o processo estabelecido em lei (*due process*).

Terceiro, *desregulamentação*. Desregular é reduzir o controle legal exercido pelo Poder Público sobre a atividade econômica e as profissões, seja por meios diretos (subsídios, controle de preços, quotas de importação e de exportação, controle cambial, licenças e registros de atividades, etc.) ou indiretos (estoques reguladores, circulação de moeda, venda de títulos públicos, etc.). Não implica a desregulamentação nem na privatização, nem na nacionalização.

Quarto, *delegação de competência*. Delegar competência, aqui, no sentido de política pública administrativa, é deixar o Poder Público, nos termos da lei (*due process*), a prestação de serviços e a execução de obras de necessidade ou utilidade pública ou interesse social à conta e risco de pessoa jurídica de direito privado, a qual se ressarcirá do custo e do investimento mediante cobrança de tarifa.

21. A explicitação desses quatro conceitos justifica-se enquanto pressupostos de todo o exercício constitucional sobre o papel do Estado na economia e sobre os meios gerenciais e os instrumentos legais dessa mesma ação.

Justifica-se, ainda, como instrumento do reenquadramento, na modernidade responsável dos monopólios estatais. Preservá-los enquanto tais porque tais é estultície; repensá-los realisticamente implica, justamente, no ter claro na mente aqueles conceitos.

Indague-se: oferecem os entes monopolistas o melhor produto pelo melhor preço e na quantidade demandada pelo mercado; controlam eles efetivamente seus custos de produção e operacionais; geram lucro porque eficientes no mercado ou apenas porque manipulam es-

toque, câmbio e tarifas; geram receita para cobrir despesa ou se “ressarcem” no Tesouro Nacional; sabem e podem investir em tecnologias redutoras de custos e de melhoria de qualidade?

Enfim, questione-se: enquanto entes do Estado, ainda persistem as razões históricas que justificaram sua criação; ou os novos tempos tornaram-nos, uns ou todos, entes jurássicos, “sociedades secretas” donas de fins próprios?

22. Põe-se, aqui, o debate sobre a conveniência de se admitir a concessão em todas as atividades hoje monopolizadas.

A concessão, enquanto contrato “que encerra a delegação do poder concedente, define o objeto da concessão, delimita a área, forma e tempo da exploração, estabelece os direitos e deveres das partes e dos usuários do serviço” (cf. Hely Lopes Meirelles), enseja o controle permanente e direto do interesse público, *sem excluir* o aporte da capacidade gerencial, financeira e tecnológica do setor privado. Controle de política pública esse efetivado pelo exercício do poder de polícia, inerente à Administração Pública (“atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-a aos interesses coletivos”, cf. C.A. Bandeira de Mello).

23. Duas, então, as decisões cruciais perante a assembléia de revisão:

— *primeiro*, definir não só o modelo de convivência do setor privado com as ações de políticas públicas do Estado, aceita a premissa, já hoje sob o manto do dogma, de que o setor privado é sempre e necessariamente mais produtivo e eficaz que o setor público, como também quais as políticas públicas que o setor privado seria mais estimulado a implementar;

— *segundo*, as novas competências do Estado decorrentes da definição do modelo — se planejador público determinante, se planejador privado indicativo ou, assim como na vertente política do federalismo, um otimizador de meios e recursos e harmonizador dos objetivos individuais da empresa com as políticas públicas coletivas.

24. Imprescindível é refazer a receita principiologia hoje consagrada na Constituição, pelo quanto de imprecisão leva à concepção e à implementação da *policy* e à interpretação das leis, e pelo quanto de insegurança gera para os agentes econômicos que só podem bem pla-

nejar e arriscar investimentos de longo prazo onde previsível a política pública e certa a intangibilidade do ato jurídico perfeito.

Ausente a clareza do sistema, inviável politicamente continuará a ser o programa de privatização dos agentes econômicos estatais não essenciais, e impossível será estabelecer com previsibilidade e estabilidade o quadro jurídico infra-constitucional de sua implementação.

25. Compreensível por todos os títulos, dadas as nossas circunstâncias políticas de transição democrática e de vazio quase absoluto de lideranças institucionais reconhecidas, a par do momento mundial histórico por que passavam as idéias, que se consagrassem na Constituição todas as incertezas da época. Superado, no entanto, aquele quadro, a hora é de afirmação clara da natureza da relação do Estado com o setor privado, seja para conter o primeiro no seu gigantismo, seja para informar ao segundo o seu espaço mínimo de responsabilidade coletiva.

IV - *A vertente administrativa da desconcentração produtiva dos meios de ação pública*

26. A vertente administrativa da *desconcentração produtiva dos meios de ação pública* tem a ver com os seguintes ângulos:

Primeiro, a *ilusão da uniformidade*, a crença tirada nem da lógica nem da história, de que a transparência dos atos administrativos e a boa condução da *res publica* implica normatividade igual para todos, em todas as circunstâncias, desprezadas as singularidades da política pública e as peculiaridades de sua implementação. São exemplos o regime jurídico único para os servidores públicos; ou os tetos, pisos e equivalências, ora de vencimentos, ora de remuneração, submetidos a uma revisão geral indistinta e na mesma data; os procedimentos licitatórios únicos e os concursos públicos.

Não podem todos ser iguais, seja em razão da capacitação profissional, seja pelo desempenho individual; seja pela conveniência de política pública de estimular certas categorias profissionais e certos serviços públicos em determinadas áreas de prioridade territorial ou social, as quais podem implicar, seja para o indivíduo, seja para sua família, vicissitudes a merecer tratamento diversificado, ainda que temporário.

Não podem todos ser iguais, é forçoso admitir, também por causas históricas e sociológicas, que conferem maior representatividade e capacidade de barganha política a certos grupos profissionais específicos, os quais se revelaram, ao longo do tempo, mais capazes de participar decisivamente dos eventos políticos.

Nem a previsibilidade das relações jurídicas, nem a responsabilização pelos atos administrativos, valores essenciais à República, implicam uniformidade irrestrita da normatividade dos meios de execução de políticas públicas.

27. Segundo, o *mito da estabilidade funcional universal*, ora pretexto para profissionalização de um estamento permanente, ora escusa para proteger o servidor público dos humores e transições da política. Ponderáveis que sejam tais razões, elas não justificam a universalidade.

O conceito central, inerente tanto à República quanto ao sistema de liberdades individuais — visto este tanto na vertente política coletiva da Federação quanto no plano individual da personalidade humana, o conceito central —, repita-se, há de ser o de *carreiras essenciais à cidadania*. Vale dizer, aquelas inerentes e indissociáveis do controle dos atos de escolha e implementação de políticas públicas permanentes, do cumprimento das leis em geral, da segurança pública e da fiscalização dos usos dos dinheiros públicos.

Às demais atividades do setor público deve bastar a garantia do devido processo legal na hipótese de demissão. A universalidade da estabilidade engessa a criatividade e, fundamentalmente, impede a absorção de novas tecnologias e métodos ofertados pelo mercado, vedando ao Estado a possibilidade de escolher os melhores nas melhores oportunidades.

28. Terceiro, a *perversão estabilidade com greve*: o mito da estabilidade funcional universal adquiriu contorno perverso na Constituição de 1988 porque combinado com o direito de greve. Este é um instrumento de força; uma tentativa de coagir o empregador a ceder à vontade do empregado. É um exercício, todavia, que, no setor privado, cada vez mais, leva em conta a finitude de recursos do empregador — que não os terá mais sem o engajamento dos empregados, como também as circunstâncias econômicas e financeiras do mercado consumidor do produto ou serviço ofer-

tado pela empresa empregadora.

Destarte, no setor privado, tem o empregado grevista dois limites de negociação: a capacidade do empregador de gerar receita que atenda à sua demanda e a preservação do seu próprio emprego, que pode ser posto em risco se a demanda superar certo custo.

O servidor público, todavia, em disparidade iníqua com o trabalhador privado, usufrui de uma combinação perniciososa de direitos: estável com o Erário, sem nada ofertar em retorno — não está sujeito a controle de produtividade e, freqüentemente, nem de assiduidade ou pontualidade. Não está sua “negociação” com o Poder Público submetida àque-la fundamental primeira condição que é a consciência da finitude dos recursos de Estado.

29. Quarto, o *privilegiar o meio sobre o fim*, vale dizer, o erro de licitação para a compra de lápis, ou de cálculo e pagamento de gratificação ou diária, pode implicar glosa e multa do sistema de controle de contas; o fracassar absolutamente na concepção e gestão de políticas públicas não implica qualquer sanção. O sistema constitucional-administrativo até hoje não concebeu um regime contratual de *performance* mínima dos gestores da *res publica*.

A conseqüência é a dívida pública monumental. A cada déficit de cada agente estatal corresponde uma emissão de papéis públicos para financiá-lo: donde a ciranda financeira e a rolagem de dívidas de todos tão conhecida.

O fato lembra o humor cáustico de J. K. Galbraith em sua autobiografia: “a espiral ascendente da incompetência”. Irrelevante o aumento da inflação ou da dívida pública; o ministro das finanças sempre vai ganhar bem em algum conglomerado ao deixar o governo.

30. Quinto, o *corporativismo estatal*, em razão do qual surgiram sociedades fechadas ao controle externo da sociedade civil, geradoras de suas próprias políticas públicas, infensas à condução política do Legislativo ou do Executivo, cujas contas escapam às auditorias públicas. Detêm hoje notável capacidade de manipulação de dados pseudocientíficos a justificarem seus desmandos, de influência sobre os meios de comunicação e sobre a opinião pública, verdadeiros mini-estados em si mesmos, com seu próprio direito contratual e trabalhista, seus sistemas de saúde e previdência, suas cooperativas, etc., os quais não tomam em consideração qualquer argumento extracorporati-

vo de necessidade pública, conveniência política ou oportunidade administrativa.

Não há reforma do Estado ou acerto de contas públicas que possam passar ao largo do “estado dentro do estado”. Mais do que uma exigência técnica, tornou-se, hoje, uma imposição ética à autoridade do Estado.

31. A revisão constitucional deve, pois, buscar romper com esses cinco vícios da administração pública, com o fim de torná-la comprometida com a produtividade, com resultados objetivamente delineados, com a responsabilização individualizada do mau gestor, inserindo-a nas realidades do mercado de trabalho. Para tal, há de rever extensamente todo o capítulo pertinente à administração pública, bem como as normas pertinentes à execução de serviços.

32. São estas, portanto, as tarefas: conter os privilégios e reduzir a quantidade dos servidores onerosos improdutos; desconcentrar para as relações municipais a gestão dos serviços essencial e peculiarmente locais; reconhecer as conseqüências jurídicas necessárias do quanto de diversificado tem a Administração Pública, seja no espaço federativo, seja nas interrelações das categorias funcionais.

Em outras palavras, romper com as algemas do corporativismo improdutivo; romper com a igualdade dos desiguais; reconhecer, no campo da Administração Pública, as mesmas facetas múltiplas e inconciliáveis que levam ao repacto federativo.

33. A descentralização, como idéia geral do repensamento do Estado brasileiro, implica, portanto, essa visão tridimensional harmônica.

Não basta refazer politicamente o pacto federativo; podem inviabilizá-lo a contradição dos princípios orientadores da ação do Estado na economia; tornam-no inadmissível as perversões do sistema constitucional da administração pública.

Não basta definir o papel do Estado na economia; seus agentes não de estar dispersos nos âmbitos legislativos e administrativos da Federação, de molde a afeiçoá-los às singularidades locais, escoimados dos vícios corporativistas do próprio Estado.

Não basta, por fim, corrigir as perversões e vícios dos corporativismos estatais, sem conferir harmonia jurídica às grandes linhas de

ção econômica do Estado, estimulada ainda a capacidade local de gestão de suas necessidades peculiares constitucionalmente assegurada no grande acerto da Federação.

União, Estados, Municípios e os sistemas de educação

EDIVALDO M. BOAVENTURA

SUMÁRIO

1. Sistema como conjunto de instituições educacionais e de normas. 1.1. A organização educacional e os entes políticos constitucionais. 1.2. A abordagem interdisciplinar dos sistemas. 1.3. O enfoque sistêmico aplicado à educação. 1.3.1. Fluxos de entrada: alunos, professores, valores e recursos. 1.3.2. Fluxos de saída: alunos formados e as necessidades da sociedade. 1.3.3. Processo ensino-aprendizagem. 1.3.4. Sistemas de ensino e estruturas pedagógicas. 1.3.5. Os três sistemas — federal, estadual e municipal. 2. A União e o sistema federal de educação. 2.1. Composição do sistema federal. 2.2. Educação mantida pela União fora do sistema federal. 2.3. O conjunto de normas do sistema federal. 2.4. Sistema federal e sistema nacional de educação. 3. Os Estados e seus sistemas de ensino. 3.1. Composição do sistema estadual. 3.2. O segmento da educação superior estadual. 3.3. O conjunto de normas do sistema estadual. 4. Os Municípios e os sistemas locais. 4.1. Composição do sistema municipal de educação. 4.2. Institucionalização do sistema municipal. 4.3. O conjunto de normas do sistema municipal. 4.3.1. Delegação e passagem dos encargos educacionais. 4.3.2. Regime de colaboração. 4.3.3. Normas constitucionais e orgânicas. 5. Conclusões.

1. Sistema como conjunto de instituições educacionais e de normas

Em educação, o vocábulo *sistema* é entendido como um conjunto de instituições educacionais e de normas vinculadas a determinada esfera da administração, sejam a União, os Estados e os Municípios. Esse conjunto de normas e instituições que formam um sistema é uma realidade, objetiva e atuante, principalmente no que toca à criação, autorização de funcionamento e reconhecimento de cursos e estabelecimentos. Essas normas têm

Edivaldo M. Boaventura, Ph.D., é Professor da Universidade Federal da Bahia e membro do Conselho Estadual de Educação da Bahia.

conseqüências diretas para o aluno, especialmente na regularização de sua vida escolar, e para o professor, no particular de sua carreira docente. Atingem também o servidor, o próprio estabelecimento de ensino com a aprovação do seu regimento, os pais e representantes legais, pelo direito de recorrer às instâncias superiores, e a toda comunidade educacional.

Além das leis nacionais e estaduais, destacam-se as decisões normativas dos Conselhos de Educação que marcam a diferença entre os procedimentos da União, de cada um dos Estados Federados, do Distrito Federal e, depois da Constituição de 1988, dos Municípios. Assim, em torno de cada uma dessas esferas políticas forma-se um sistema de normas e de instituições educacionais.

Para precisar a concepção de sistema, recorre-se ao Conselho Estadual de Educação de São Paulo (CEE 543/91):

“Muitas vezes, ela é usada para referência exclusiva ao conjunto de instituições educacionais localizadas num determinado território (país, estado, etc.); em outras, o uso refere-se principalmente ao conjunto de normas (legais, administrativas e pedagógicas) que regulam a organização e o funcionamento de uma rede de escolas e, ainda, em outras vezes, o uso tem uma referência mais ampla que abrange normas, escolas e até outras instituições, não propriamente educacionais, mas com propósitos educativos ou meramente de treinamento.”

1.1. *A organização educacional e os entes políticos e constitucionais*

Por conseguinte, o Brasil, como Estado Federal, possui uma organização educacional que acompanha, descentralizadamente, as esferas políticas e constitucionais — União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Estas entidades, políticas e administrativas, se organizam educacionalmente e funcionam de acordo com as suas próprias regulamentações, vindo a constituir sistemas de ensino, expressão consagrada desde a Constituição de 1946, legalmente sinônima de sistema de educação. Pois bem, cada sistema de ensino tem os seus componentes com atribuições e competências diferenciadas decorrentes do federalismo, isto é, governo central com autonomia para os Estados-Membros, e da política municipalista, quer dizer, atenção preferencial para com a comu-

nidade local.

O acompanhamento da organização educacional, constituindo os sistemas de ensino, encontra-se claramente previsto pela Constituição vigente:

“Art. 211 — A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1.º — A União organizará e financiará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, e prestará assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória.

§ 2.º — Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e pré-escolar.”

No artigo seguinte, que trata dos recursos financeiros e da vinculação de percentuais, o constituinte reforça a trilogia dos sistemas:

“Art. 212 — A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1.º — (...)

§ 2.º — Para efeito do cumprimento do disposto no *caput* deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.”

1.2. *A abordagem interdisciplinar dos sistemas*

Ainda preliminarmente busca-se a contribuição do enfoque dos sistemas para o aprofundamento e enriquecimento da noção constitucional de sistema de ensino.

Não obstante os aspectos administrativos, sociais, legais e mesmo jurídicos, insitos ao sistema de ensino, a Filosofia, a Análise e a Teoria Geral dos Sistemas emprestam-lhe uma conceituação mais abrangente e mais dinâmica ao encararem sistema como um conjunto complexo e organizado cujas partes são interligadas e agem no sentido de alcançar obje-

vos previamente determinados (Churchman, 1972, p. 50). Ressalte-se, desde logo, o elemento volitivo, intencional, de se constituir, sistematicamente, o agregado de escolas com todos os seus componentes, tais como: alunos, professores, servidores, currículos, recursos materiais e financeiros. As interligações entre esses componentes, nas unidades escolares, é função das normas, das leis, no sentido formal e do direito (Esther de F. Ferraz, 1972). Evidentemente que criar sistema é, também, diminuir a complexidade, como brilhantemente afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1990, pp. 64-70), aumentando a racionalidade, a ordenação, na senda da sistematização. É preciso ter sempre bem patente que a partir da Constituição de 1934 "sistema de ensino" é empregado, na legislação, na sua concepção jurídica. Conseqüentemente, há muito que se especular acerca do conceito de sistema no direito (Ferraz Jr., 1976; Canaris, 1989), pelas suas implicações para o sistema educativo.

A idéia de sistema acarreta a de plano, ordem, método, arranjo, relação entre as partes, como bem acrescenta Mário M. Chaves (1980, p. 5). É justamente nesse sentido que agem as normas dando unidade, coerência e sentido à realidade educacional complexa, dirigindo-a para as finalidades que a comunidade deseja alcançar (Soares, 1981, p. 185).

1.3. O enfoque sistêmico aplicado à educação

O enfoque sistêmico aplicado à educação muito contribuiu para explicitar os elementos materiais — recursos financeiros, equipamentos e instalações — e culturais, como valores e lastro de conhecimentos que compõem um sistema. No particular, o mérito parece ser de Philip Coombs (1968 e 1976), sem desprezar os anteriores, por ter generalizado "em escala internacional a utilização da teoria dos sistemas como instrumento analítico para estudar a situação e o funcionamento dos sistemas de ensino", como reconheceu Benno Sander (1985, pp. 35-36). A educação tem possibilitado a aplicação dessa abordagem pela enumeração dos seus componentes, pela progressão dos seus fluxos de entrada e de saída, bem assim pelo processo ensino-aprendizagem.

Por sistema de educação entende Coombs (1976, pp. 27-28):

"não somente os vários níveis e tipos de ensino formal (primário, secundário, pós-secundário, geral e especi-

alizado), mas também todos os programas e processos sistemáticos de educação e ensino que acontecem fora do ensino formal. Referimo-nos, por exemplo, a treinamento de operários e agricultores, alfabetização funcional, treinamento em serviço, extensão universitária (ensino extramuro), cursos de atualização profissional e programas especiais para a juventude."

E prossegue Coombs com a sua ampla conceituação de sistema educacional:

"No seu conjunto, as atividades de educação formal e informal (*melhor seria não-formal*) compreendem o esforço total organizado de um país, independentemente de como tais atividades sejam financiadas ou administradas."

Destacam-se dessa concepção duas características: o âmbito do sistema de educação vai além do ensino regular e a possibilidade de decomposição dos seus elementos. No enfoque dinâmico, o sistema de educação recebe de entrada fluxos que submetidos ao processo de ensino dão margem às saídas. Por conseguinte, são três etapas: entradas → processo de ensino-aprendizagem → saídas.

1.3.1. Fluxos de entrada: alunos, professores, valores e recursos

Do lado das entradas, ingressam os elementos fornecidos pela sociedade ao sistema de educação: o lastro de conhecimentos e os valores ditam os objetivos e os conteúdos a serem ministrados. São componentes intrinsecamente ligados à cultura do país e que devem ser transmitidos pelo ensino. Por isso, educação é mais processo, cultura é mais produto acumulado desse mesmo processo de aprendizagem (Boaventura, 1978a, p. 81). Acompanham o fluxo de conhecimentos os contingentes de professores e de alunos, cuja principal tarefa do sistema é transformá-los em pessoas instruídas. Quanto aos alunos, o número tem aumentado muito nos últimos anos. Causas as mais diversas têm impulsionado essa demanda social pela educação. Os professores e especialistas, como elementos de entrada, são importantes componentes, responsáveis pelo aumento dos custos sempre crescentes em educação. O ensino como processo de transformação — a construção do conhecimento — utiliza muito mais professores, recursos humanos, do que instalações e equipamentos, isto é, capitais. Além dos flu-

xos de conhecimentos e dos professores e alunos, há ainda um terceiro elemento de entrada, que são os recursos financeiros, que pagam as despesas do ensino. Esses recursos estão em permanente disputa entre a educação e outros segmentos e, internamente, entre os diversos níveis de ensino e programas de educação: pré-escolar, fundamental, médio, superior, treinamento e outros.

1.3.2. Fluxos de saída: alunos formados e as necessidades da sociedade

Opostamente, se encontram os fluxos de saída. São as contribuições do sistema à sociedade. Em linguagem sistêmica, constituem-se em produtos, simbolizados nos diplomados, capacitados e aptos, para as ocupações. Isso porque a educação desenvolveu-lhes conhecimentos, atitudes, comportamentos e compreensões do mundo. Supõe-se que exista uma adequação entre os resultados do sistema educacional e as necessidades da comunidade. Visualiza-se a resposta da educação aos anseios da sociedade, especialmente em termos de pessoas qualificadas. Há todo o problema do emprego a se considerar. São as relações entre educação e trabalho. Uma das principais funções do planejamento é formular as políticas educacionais e buscar a devida aproximação entre necessidades sociais e possibilidades de atendimento do sistema educativo, seja da demanda social, seja da demanda técnica de educação.

1.3.3. Processo ensino-aprendizagem

Entre os dois fluxos, de entrada e de saída, se coloca o processo ensino-aprendizagem. Destacam-se como seus principais componentes os objetivos. A democratização progressiva do ensino e acesso a níveis mais elevados têm sido um dos mais perseguidos. Do mesmo modo, os currículos, conteúdos, metodologias e materiais didáticos que são meios pelos quais a sociedade transmite e passa a herança cultural. Identificam-se ainda as tecnologias e administração, ingredientes importantes em todo processo de formação. Quanto ao processo de ensino, é bom repetir com Robert G. Smith, Jr. (1971, p. 884): "o núcleo do sistema de educação é o sistema instrucional".

A aplicação da teoria dos sistemas em educação acarreta os mais variados problemas, como demonstraram Benno Sander (1985), Jorge Ferreira da Silva (1987) e Edivaldo M. Boaventura (1978b, 1979a e 1979b.).

1.3.4. Sistemas de ensino e estruturas pe-

dagógicas

Fluxos e processos de ensino, manifestações da dinâmica dos sistemas, operam nas estruturas pedagógicas. Por estruturas pedagógicas entende Jacques Fournier (1971, p. 67): "onde o ensino é ministrado, a arquitetura do sistema, o desenho da rede no qual circula o fluxo de efetivos". Se sistema é associado à idéia de algo dinâmico, estrutura lembra permanência. O sentido preciso varia de autor, mas "se trata sempre de dimensões e de relações que, em razão de sua permanência relativa, são características de um dado conjunto" (Suavet, 1962, p. 382).

No relacionamento de sistemas e estruturas, contrasta a dinâmica sistêmica com a permanência estrutural. Estrutura quer dizer tudo aquilo que é mais permanente em uma dada sociedade. Ilustram essas duas propriedades, por exemplo, a vontade decidida e programada de escolarizar do sistema educativo com a chocante resistência do analfabetismo, um dos mais sérios problemas permanentes porque estruturais da educação brasileira. O analfabetismo não tem diminuído senão muito lentamente. Em 1900, o Brasil tinha em torno de 65% de iletrados, contava com 50%, em 1950, sendo estimados por volta de 20%, em 1984. Nas áreas mais empobrecidas, a percentagem continua elevada, atingindo de 40 a 50%. A persistência do problema evidencia a sua permanência.

Com a aplicação do enfoque sistêmico à educação, é preciso entender esses e outros componentes funcionando na lógica do federalismo brasileiro. Contexto ou supersistema político, administrativo e financeiro, onde atuam os sistemas federal, estadual e municipal.

1.3.5. Os três sistemas educativos — federal, estadual e municipal

Para a análise dos sistemas de educação e suas relações com as diferentes esferas da administração pública, parte-se do conjunto das instituições de ensino vinculadas e interligadas com as respectivas normas. É justamente nesse sentido que a legislação brasileira, tanto a constitucional como a ordinária, utiliza a expressão *sistema de ensino* (Soares, 1981, p. 185): "com ela querendo designar os grandes conjuntos organizados pela União e pelas unidades federadas (Estados-Membros e Distrito Federal) tendo em vista o atendimento das várias necessidades educacionais".

Desse modo, quando as entidades educaci-

onais são ordenadas pela União, temos o sistema federal de ensino; se organizadas pelos Estados, formam os sistemas estaduais; de igual maneira, quando arrançadas pelos Municípios, resultam nos múltiplos sistemas locais de educação. O mesmo acontece com a unidade política sede da Capital Federal, Brasília: denomina-se sistema de ensino do Distrito Federal, que, do ponto de vista educacional, não se diferencia muito dos sistemas dos Estados-Membros.

Os sistemas formais de educação acompanham a "organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, que compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição" (art. 18).

Após o entendimento do sistema de ensino como o conjunto de instituições educacionais interligadas pelas normas, serão vistos especificamente:

- . A União e o sistema federal de educação.
- . Os Estados e seus sistemas de ensino.
- . Os Municípios e os sistemas locais.

2.1. *A União e o sistema federal de educação*

No que concerne ao sistema federal, é composto predominantemente da educação superior. É uma tradição que vem desde o Império, pela tentativa de descentralização do Ato Adicional de 1834, cabendo ao governo central, à Corte, como se dizia, o ensino superior. Por conseguinte, o sistema federal é constituído pelas instituições educacionais mantidas pelo governo da União e pelos estabelecimentos de educação superior particulares, inclusive as universidades privadas, confessionais e leigas.

2.1. *Composição do sistema federal*

As instituições mantidas pelo governo da União incluem:

- I — as universidades federais, cerca de 37;
- II — as instituições de ensino superior (IES) isoladas, como a Escola Paulista de Medicina e os Centros Federais de Educação Tecnológica (CEFETS), em torno de 17;
- III — as Escolas Técnicas Federais e Agro-técnicas, bem assim outros estabelecimentos de nível médio;
- IV — as escolas de ensino fundamental e médio vinculadas às universidades federais, a exemplo dos colégios de aplicação (Barros,

1988);

V — o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, exceção legal prevista na Constituição Federal de 1988 (art. 242, § 2.º); e

VI — as instituições de educação especial, a saber, o Instituto Benjamin Constant, para cegos, e o Instituto de Surdos-Mudos.

Além da manutenção, a União, por intermédio do Ministério de Educação e Desporto (MEC), supervisiona e inspeciona as instituições de educação superior particulares. São cerca de 42 universidades, academicamente autônomas, 81 escolas integradas e 396 isoladas, em um total de 519 IES (Rocha, 1993).

Ainda quanto à rede de universidades e faculdades federais, há algum tempo que não se expande a matrícula. Sem aumentar a oferta de vagas, nas suas instituições de educação superior, o setor diretamente mantido pela União não tem experimentado maior expansão. Existe, todavia, certo crescimento vertical com a pós-graduação nas universidades federais. Como as mais antigas e detentoras de pessoal melhor qualificado, desenvolvem a função pesquisa, com o apoio das agências financeiras e promotoras, especialmente a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). O CNPq, aliás, possui as suas próprias unidades de ensino e pesquisa. Um outro comportamento das IES federais é o remanejamento interno de vagas para novos cursos e novas habilitações. De modo geral, o não-crescimento do segmento federal da educação superior tem acarretado a expansão da rede particular, da educação superior dos sistemas estaduais, que contam com 24 universidades, 5 escolas integradas e 29 isoladas, total, 58 IES; igualmente, do setor educação superior dos sistemas municipais com 4 universidades, 5 escolas integradas e 40 isoladas, total, 58 IES. De um total de 661 IES, o sistema federal comparece apenas com 55, tendo sob seu controle as 519 entidades particulares (Rocha, 1993, IES, segundo as mantenedoras, em 1992).

Conseqüentemente, os sistemas estaduais e municipais que são incontestavelmente os responsáveis pelos grandes efetivos de alunos do ensino pré-escolar, fundamental e médio, intensificam a expansão da matrícula no ensino superior. Com os progressos da descentraliza-

ção chega-se aos poucos a configurar a hipótese de um Ministério da Educação sem alunos.

2.2. Educação mantida pela União fora do sistema federal

Porém, nem toda educação mantida pelo governo da União integra o sistema federal normativo liberado pelo Conselho Federal de Educação (CFE). O critério da manutenção não é o único para caracterizar a vinculação sistêmica. O paradigma é da educação regular, formal, com autorização de funcionamento, reconhecimento para os cursos de graduação e credenciamento para os programas de pós-graduação, segundo normas, políticas e diretrizes do CFE e do MEC. O Conselho Federal é juridicamente uma fonte normativa autônoma conforme o somatório de competências.

Há inúmeros cursos e até mesmo redes de ensino mantidos pela União que escapam da ação normativa do CFE. O exemplo mais evidente é do ensino militar proporcionado pela Marinha, Exército e Aeronáutica. A própria Lei de Diretrizes e Bases de 1971 excepciona: "O ensino ministrado nos estabelecimentos militares é regido por legislação específica" (Lei n.º 5.692, art. 68). Às vezes o ensino militar tangencia e intercepta o sistema regular de ensino. A propósito, Sérgio Guerra Duarte (1984, p. 21) coloca a seguinte pergunta: "Qual o único caso em que o ensino militar pode ser objeto de parecer nos Conselhos de Educação ou nos colegiados universitários?" E responde: "Casos em que interessados, formados em cursos militares, pleiteiam equivalência a cursos civis, ou dispensa de vestibular." (Duarte, 1984, p. 21).

Além do ensino militar, existem outras modalidades de ensino custeadas pela União, mas fora do sistema regular, caracterizando-se como formação, aperfeiçoamento, especialização ou mesmo treinamento. Os exemplos são muitos, especialmente a formação de diplomatas pelo Instituto Rio Branco, do Ministério das Relações Exteriores, aperfeiçoamento de servidores e de fazendários, bem assim a formação para a Polícia Federal.

Enfim, os cursos mantidos mas fora do sistema parecem configurar uma hipótese de "parassistemas educacionais", na expressão de Benno Sander (1985, p. 80): "Existe hoje ampla consciência sobre o papel educativo de inúmeras instituições sociais que não integram os sistemas formais de ensino institucionalizado."

2.3. O conjunto das normas do sistema federal

Além das instituições educacionais, mantidas ou supervisionadas pela União, o sistema federal de ensino caracteriza-se pelo conjunto de normas. Compete-lhe privativamente legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional. Reconhece-se nessa competência normativa, aflorada pela Carta de 1934 e concretizada pela de 1946, a maior atribuição do governo federal em matéria de educação. Dessa forma, a União, pelo Poder Legislativo, ordena toda a educação do País. O ciclo das diretrizes e bases ampliou-se em 1946, diversificou-se com as Cartas de 1967 e 1969 e se renova na atual Constituição. O elenco de competências do sistema federal e a base de atuação dos demais sistemas encontram-se nas leis de diretrizes e bases, leis gerais de educação.

Em matéria de ensino, as leis de diretrizes e bases (LDBs) têm relevância nos sistemas, níveis e tipos de ensino. Não obstante o federalismo, como bem observa Duarte (1984, p. 21):

"as leis federais penetram na esfera estadual com força propriamente constitucional. Seus princípios e normas devem ser contemplados na própria Constituição estadual, sem o que estará contestada a autoridade federal em legislar sobre a matéria".

Em consequência dessa atribuição maior e mais alta, foi atribuída ao Conselho Federal de Educação a função de intérprete da legislação federal, pela Lei n.º 5.540/68, art. 46:

"O Conselho Federal de Educação interpretará, na jurisdição administrativa, as disposições desta e das demais leis que fixem diretrizes e bases da educação nacional, ressalvada a competência dos sistemas estaduais de ensino, definida na Lei n.º 4.024, de 20 de dezembro de 1961".

Além dessa competência solar, de estabelecer as políticas educacionais — diretrizes e bases —, a Constituição Federal atribuiu muitas outras, como:

"Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre educação, cultura, ensino e desporto (art. 24, IX) (excluiu o Município)";

“É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência” (art. 23, V);

idem, “estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito” (art. 23, XII).

Há ainda inúmeras disposições em que o constituinte não distinguiu a esfera administrativa (poder público) para se ocupar da educação, a exemplo da educação ambiental (art. 225, § 1.º, VI), que deve ser promovida “em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”. Fora do contexto da educação escolar (Título VIII — Da Ordem Social, Capítulo III — Da Educação, da Cultura e do Desporto), pela sua especificidade a educação ambiental deverá ensejar modalidades não formalizadas de educação.

As normas federais da legislação ordinária estão expressas nas leis de diretrizes e bases, a começar pela primeira (Lei n.º 4.024/61 *ex vi* do artigo 9.º) e pelas outras três (Lei n.º 5.540/68, Lei n.º 5.692/71 e Lei n.º 7.044/82). Somam-se as resoluções, portarias e pareceres normativos do CFE e os atos administrativos do MEC.

Em face, justamente, da dimensão dessas normas do sistema federal de ensino é que se coloca a polêmica do sistema nacional de educação.

2.4. Sistema federal e sistema nacional de educação

Um problema aflora especialmente no âmbito federal. Constata-se a existência de um sistema federal de educação que todos reconhecem e sentem o seu funcionamento. Contudo, há um sistema nacional de educação? É preciso que se proceda à precisão dos termos *federal e nacional*. O sistema nacional existe, mas não é e nunca foi uma expressão legal. O sistema federal é às vezes confundido com o sistema nacional. É clara a polêmica a respeito.

O sistema federal, pelo visto, é um conjunto de instituições educacionais mantidas pela União ou por ela supervisionadas, no caso das instituições particulares de educação superior. Tudo conforme as normas próprias desse sistema que regulam a organização e o funciona-

mento dos seus estabelecimentos. O sistema federal, como um setor expressivo da educação brasileira, máxime da superior, tem no Ministério da Educação e Desporto (MEC) o seu órgão líder e executivo, e no Conselho Federal de Educação (CFE), o normativo.

Pois bem, o que vem se admitindo é que o sistema nacional de educação compõe-se desse sistema federal, dos sistemas estaduais e municipais. Quer parecer ser um sistema muito mais de natureza sociológica, como somatório de normas, de políticas, costumes e hábitos educacionais existentes, que vão se agregando cumulativamente (Boaventura, 1976, p. 41). Quando, por exemplo, o Conselho Federal de Educação interpreta as diretrizes e bases, não está agindo tão-somente em função do setor federal da administração educacional brasileira, que aliás o integra, mas para todo o território nacional. Assim procedendo, atinge-se todo o ordenamento jus-educacional. O sistema nacional como somatório ou como integrador de sistemas outros tem sido o ponto de vista aceito pela doutrina. Valmir Chagas (1984, p. 272), dentro dessa linha, concebe o sistema nacional como um epissistema:

“O sistema nacional é a integração dos sistemas de ensino do País tanto nos seus objetivos, normas e recursos quanto nas políticas em que tal integração se projeta. É um epissistema, no sentido de que não se constitui de escolas; mas não deixa de ser também um sistema, embora com as características de supersistema, na medida em que reúne e coordena os sistemas “estaduais” e “federal” enquanto, reciprocamente, será no conjunto o que deles resulte.”

Com o projeto de lei de diretrizes e bases, renova-se a discussão sobre o sistema nacional de educação. Carlos Roberto Jamil Cury (1992, p. 188), por exemplo, coloca o seu posicionamento, pois para uns é consequência do Estado nacional, para outros, é a expressão de uma centralização excessiva. Deduz Cury que pela história das diretrizes e bases da educação nacional “não pode restar dúvida sobre o seu sentido de *sistema nacional de educação*”. Além de vários dispositivos constitucionais falarem em “sistema nacional”, como sistema financeiro nacional. Em um esforço interpretativo do texto infere a existência de um sistema nacional de educação no bojo da Constituição da República de 1988, não obstante a

ausência da expressão escrita “sistema nacional de educação.”

Pois bem, é bom que se lembre que o Brasil não tem um Ministério da Educação Nacional, como a França o possui. O MEC é muito mais um Ministério Federal da Educação. Às vezes, portarias e outros atos administrativos tentam invadir as competências dos sistemas estaduais, mas elas devem se confinar tão-somente ao setor da educação federal. A função educação nacional, no caso brasileiro, é muito mais exercida pelos Estados-Membros, pois tratam da educação primária, fundamental ou básica.

Para concluir, o sistema federal de educação, integrante do sistema nacional, recorde-se Robespierre, que afirmava: “A educação nacional será igual para todos (...)”. Ele a considerava uma dívida da República. Na época se cogitava da educação primária (P. de Miranda, 1963, p. 198).

IES, segundo as mantenedoras, em 1992

| Mantenedora | Univ. | Esc. Integ. | Isolada | Total |
|--------------|------------|-------------|------------|------------|
| Federal | 37 | 1 | 17 | 55 |
| Estadual | 24 | 5 | 29 | 58 |
| Municipal | 4 | 5 | 40 | 49 |
| Particular | 42 | 81 | 396 | 519 |
| Total | 107 | 92 | 482 | 681 |

Fonte: Guia do Estudante, 92/93, Ed. Abril, *apud*, Fernando F. Rocha.

3. Os Estados e seus sistemas de ensino

A atual estrutura educacional brasileira repousa sobretudo nos Estados. O ciclo das leis de diretrizes e bases terminou por descentralizar a educação do âmbito federal para o estadual, especialmente o ensino médio. Como bem expõe Carlos Roberto Jamil Cury (1991, p. 144):

“Já com respeito ao número de matrículas do ensino médio, percebe-se que o setor público passa adiante do setor privado na década de 60, enquanto um número de estabelecimentos isto se dá nos anos 80.”

Nessa direção cada vez mais os sistemas estaduais de ensino assumem maiores encargos, quer mantendo diretamente unidades do

pré-escolar ao ensino superior, quer disciplinando a educação particular, fundamental e média, quer ainda coordenando as múltiplas e variadas atividades do ensino supletivo.

Além disso, para que se possa estabelecer o controle sob os conjuntos que integram o sistema estadual, são necessárias normas e orientações. Para tanto, o respectivo Conselho Estadual de Educação deverá desempenhar funções normativas, deliberativas, opinativas e fiscalizadoras.

3.1. Composição do sistema estadual

Na medida em que os efetivos escolares cresceram, aumentaram, por seu turno, o número de estabelecimentos e de normas vinculados ao Estado-Membro. Como suporte da educação nacional, pela concentração de alunos, professores, equipamentos e instalações, o sistema estadual se compõe de quatro conjuntos, alguns integrados em redes.

I — A “rede oficial de ensino”, no jargão das Secretarias Estaduais de Educação, significa os estabelecimentos pré-escolares, fundamentais e médios, mantidos diretamente pela administração estadual. Esta é certamente a maior parcela do ensino regular. São unidades que vão desde o pré-escolar (ensino infantil) e incluem o ensino fundamental e médio. As faculdades e universidades estaduais, embora autônomas, em plena expansão, integram esse primeiro conjunto. São atualmente 58 instituições de ensino superior (*Guia do Estudante*, 92/93, *apud*. Fernando Floriano Rocha).

II — As escolas particulares compreendem unidades do pré-escolar, ensino fundamental e médio e formam o segundo componente do sistema estadual. As faculdades e universidades particulares vinculam-se ainda ao sistema federal, distanciadas, normativamente, das comunidades onde operam. O Conselho Estadual de São Paulo (1992) interpretou que este segmento da educação superior *integrava* o seu âmbito de ação normativa. No que concerne à escola particular, pré-escolar, fundamental e média, “não podem pertencer a outro sistema que não seja o estadual” (Duarte, 1984, p. 17). Era a situação anterior a 1988.

III — As escolas municipais só temporariamente constituem o terceiro conjunto do sistema estadual. Antes da Constituição Federal de 1988, os sistemas municipais eram verdadeiros subsistemas atrelados aos respectivos sistemas estaduais. Com a autonomia dos sis-

temas municipais de ensino, cada Município, na medida em que se organize, e muitos já estão organizados e outros caminhando para assumirem novas responsabilidades, cria o "órgão municipal de educação" (OME) e o Conselho Municipal de Educação (CME) (ver tabelas no final deste artigo).

IV — A educação extra-escolar, em quarto e último lugar, compõe o sistema estadual com unidades, atividades e cursos. Algumas estão mais próximas do ensino formal como categorias do ensino supletivo — suplência, suprimimento, aprendizagem e qualificação. Outras são de difícil caracterização e de controle por parte do poder público estadual, a exemplo dos chamados "cursos livres", denominação que lembra a tradição positivista, em oposição e, às vezes, em conflito com o ensino "oficial", isto é, autorizado, reconhecido e fiscalizado pelo Estado. Perfilam-se nessa ampla e ilimitada margem de entidades os cursos de recreação, lazer, cultura, língua estrangeira moderna, aptidão física, dança, ginástica, condicionamento físico, culinária, informática, datilografia, auto-escola, capoeira e outros.

Vista a composição em quatro grandes conjuntos e redes, é de se avaliar a sua importância na fase atual da educação brasileira, principalmente pelos efetivos de alunos, número de professores e servidores, volume de construções e instalações. Assim, o crescimento das unidades do ensino infantil, fundamental e médio, descentralizadas da esfera federal para a do Estado-Membro, de 1961 até o presente, é o responsável pela fase nitidamente estadualista da educação. Com a estadualização concretizou-se o primeiro movimento de descentralização. Com a Constituição da República de 1988, determinando a autonomia dos sistemas municipais, provocar-se-á a passagem de muitos desses encargos da esfera estadual para a do governo local, configurando o segundo movimento de descentralização.

3.2. O segmento da educação superior estadual

Para que um sistema estadual possa ser completo, há de possuir todos os níveis de ensino, do pré-escolar à pós-graduação, acompanhando o processo educacional — pré-escolar, fundamental, médio e superior.

A educação superior é, desse modo, um segmento do sistema estadual. O seu desenvolvimento, o esforço estadual em estabelecer faculdades e universidades, só fará retroalimen-

tar os demais níveis do ensino, retornando os diplomados sob a forma de professores e especialistas para o sistema. A melhoria da qualidade do ensino, principalmente no interior, só será vislumbrada e alcançada com a oferta e a formação de diplomados nos principais pólos regionais.

A maioria dos Estados já dispõe de universidades estaduais. Alguns mantêm mais de uma, a saber, o Ceará, três; a Bahia, quatro; o Paraná, cinco; São Paulo, três. Outros Estados não dispõem de nenhuma, como o Rio Grande do Sul, que conta com quatro federais e mais de dez particulares. Além do Rio Grande do Sul, Acre, Amapá, Mato Grosso do Sul, Roraima e Sergipe não têm universidades estaduais.

Apenas seis Estados, São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná, Ceará, Santa Catarina e Bahia, têm competência para autorizar e reconhecer cursos, faculdades e universidades. Tal prerrogativa é daqueles Estados que durante cinco anos mantiveram universidades próprias, com funcionamento regular, conforme a Lei n.º 4.024/61, art. 15. Os seis exemplos ilustram a participação estadual no esforço educacional. São, dessa maneira, sistemas de ensino completos, pela articulação do *continuum* dos diversos níveis em progressão. De todo o modo, a autorização para a instalação e o funcionamento, bem como o reconhecimento das universidades e de estabelecimentos isolados de ensino superior estadual ou municipal, serão tornados efetivos por ato do Poder Executivo federal, na forma do disposto do art. 47 da Lei n.º 5.540/68, com a redação do Decreto-Lei n.º 842, de 9 de setembro de 1967.

A continuidade do sistema estadual com base regional levará ao estabelecimento da educação superior, cobrindo todo o território do Estado-Membro com a diversidade de *campi*. A modalidade *multicampi* parece ser a mais recomendada para um Estado Federado. A Constituição Federal de 1988 visualizou essa situação quando prescreveu que "as universidades públicas descentralizarão suas atividades, de modo a estender suas unidades de ensino superior às cidades de maior densidade populacional" (CF, ADCT, art. 60, parágrafo único).

Em conclusão, pelos recursos que concentra, pelos sentimentos, atividades e interações que vai criando, a universidade estadual, no interior do Estado, transforma-se em um fator de progresso. Para ministrar o segmento avan-

çado do processo educacional, exigem-se da Academia (Universidade) condições e requisitos que normalmente não existiriam em uma comunidade local. A existência de laboratórios de ciências, de bibliotecas e de outros componentes atesta a presença de condições culturais que somente a universidade pode proporcionar para transformar a vida de uma cidade.

3.3. O conjunto das normas do sistema estadual

O sistema, como uma fonte normativa, possibilitou que os Estados e o Distrito Federal construíssem os seus respectivos ordenamentos jus-pedagógicos e desenvolvessem, dessa maneira, sistemas normativos que regulam a organização e o funcionamento das instituições educacionais, disciplinando a vida dos alunos, tudo conforme a hierarquia das normas.

A. O ordenamento começa com as normas prescritas pela Constituição, seguidas das leis de diretrizes e bases, que dispõem expressamente sobre a competência dos Estados e do DF.

B. Em segundo lugar, no âmbito dos Estados, as Constituições de 1989 prescreveram vários dispositivos sobre o sistema estadual. Oliveira e Catani (1993) agruparam em seis blocos as disposições acerca da educação nas várias Constituições estaduais:

I. o financiamento da educação, a vinculação constitucional de recursos, explicitando os mecanismos de fiscalização, publicidade e garantia do cumprimento da vinculação, bem assim os repasses de verbas públicas para a escola particular;

II. a gestão do sistema de ensino, planos e conselhos de educação;

III. a gestão da unidade escolar, conselhos de escola, escolha de dirigentes e participação comunitária;

IV. o ensino superior, expansão, princípios norteadores e recursos específicos;

V. as indicações curriculares, ensino religioso, prescrições sobre professor de religião, ensino de línguas e disciplinas outras;

VI. as outras modalidades, como ensino noturno e supletivo, educação especial e educação de zero a seis anos.

C. No âmbito da legislação ordinária, existem as leis oriundas do Poder Legislativo (leis no sentido formal), as normas exaradas pelo Poder Executivo (decretos, regulamentações e

atos administrativos referentes à educação) e as resoluções, deliberações, portarias e pareceres normativos dos Conselhos Estaduais de Educação.

O elenco das normas dos Conselhos Estaduais é volumoso e altamente diversificado, senão vejamos alguns exemplos: delegação de competência aos Conselhos Municipais de Educação; certificados e diplomas; elaboração de currículos plenos nos estabelecimentos de ensino de 1.º e 2.º graus, parte diversificada do currículo, inclusão de disciplinas; docentes e especialistas de educação; documentação escolar; educação especial; equivalência de estudos realizados no exterior; autorização de funcionamento, supervisão, denominação e qualificação de escolas, regimentos, transferências de mantenedoras; experiências pedagógicas; frequência por disciplinas, áreas de estudos e atividades; matrícula e convalidação; regularização de vida escolar de aluno; indicação de docentes para o magistério dos estabelecimentos isolados de ensino superior; fiscalização dos estabelecimentos isolados de ensino superior etc. (CEE/SP, *Acta Especial*, 1991; e CEE/BA, *Coletânea das Resoluções normativas*, 1988).

Em suma, do ponto de vista normativo, é preciso ter sempre presente as disposições dos Conselhos Estaduais de Educação que realmente disciplinam a educação na esfera dos Estados e do Distrito Federal. Disposições normativas que alcançam todas as instituições públicas, tanto as estaduais como as municipais, e privadas, com exceção das entidades de educação superior particulares e federais que se vinculam ao sistema federal, como foi visto anteriormente.

Para terminar a apresentação do sistema estadual vale transcrever a síntese de Renato Di Dio (1982, p. 74):

“Cada sistema estadual é o conjunto das instituições escolares existentes na jurisdição da respectiva unidade, integradas nos objetivos, normas, recursos e políticas comuns. Não se incluem no sistema do Estado, ainda que localizadas em sua área geográfica, as escolas federais e particulares de ensino superior, que constituem o sistema federal (...).”

4. Os Municípios e os sistemas locais

A abordagem dos sistemas municipais de ensino comporta, pelo menos, três aspectos: em

primeiro lugar, a sua composição, seguida da institucionalização pela Constituição Federal de 1988, que proporcionou a autonomia pedagógica aos Municípios, e, por fim, as políticas educacionais concernentes à municipalização do ensino.

4.1. *Composição do sistema municipal de educação*

O sistema municipal forma-se de dois blocos bem típicos da realidade local: a) a educação urbana, onde conjuntamente atua com as escolas vinculadas ao sistema estadual especialmente nas periferias; e b) a educação rural predominantemente municipal. Em ambas as situações, deve predominar o ensino fundamental e a pré-escola. A Constituição Federal de 1988 prescreveu que "Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e pré-escolar", confirmando, em parte, a presença da antiga escola primária municipal.

Diferentemente dos sistemas federal e estadual, que preferem quase sempre o meio urbano, o municipal tanto funciona na cidade como no meio rural. Na área urbana como na rural, há uma maior proximidade com a comunidade, com a vizinhança, como reconhece Hely Lopes Meirelles (1993, p. 332):

"Realmente, o Município é a entidade estatal que se encontra mais próxima da comunidade e em contato direto com seus membros, sendo, por isso, a indicada para promover o ensino primário como um prolongamento do lar, uma extensão da família, uma educação doméstica."

A aproximação maior da escola municipal com a comunidade torna-se quase insubstituível por outra entidade estatal no meio rural, nos distritos, subdistritos, subprefeituras, denominação em que são divididos os Municípios. A escola municipal está sempre presente na vila, sede do distrito, como na cidade, sede do Município, na periferia, no povoado, no entroncamento de estradas vicinais e até mesmo na propriedade rural. A clientela da escola municipal pode fluir das povoações ou de populações dispersas. Por conseguinte, onde a escola estadual não vai, não costuma ir, ou não pode ir, a pequena unidade escolar local faz-se presente, na maior intimidade com o interior.

Para gerir esse sistema, há o "órgão municipal de educação" (OME), localizado na sede do governo, quase sempre na prefeitura. A depender das dimensões administrativas, pode ser

departamento, coordenadoria, serviço, divisão ou mesmo secretaria, os últimos são organismos mais complexos "com certa conotação política, que se justificam nos grandes Municípios, especialmente nos das capitais", complementa José Afonso da Silva (1989, p. 18).

Escolas urbanas e rurais, ligadas administrativa e politicamente ao órgão municipal de educação, constituem os principais componentes do sistema municipal, concebido por Valnir Chagas (1984, p. 276), como: "integração de escolas e estabelecimentos congêneres, existentes na área geográfica do Município, sob critérios comuns que lhes assegurem a necessária unidade".

Além da aproximação com a comunidade urbana e da clara manifestação na vertente rural, a vinculação dos efetivos de alunos é um elemento diferenciador por região ou Estado-Membro. Enquanto o Nordeste possuía 46,6% de alunos na rede municipal, contra 39,7% na estadual, o Sudeste comparava com 18,3%, na municipal, e 68,0% na estadual. O informe do MEC-INEP com tabelas, em anexo, mostra a variação regional da alocação dos efetivos escolares por dependência administrativa. Do ponto de vista dos Estados, a variação é também apreciável. A Bahia, por exemplo, contava, em 1980, com mais de 50% dos alunos de primeiro grau nas redes municipais, em flagrante contraste com São Paulo, cujo sistema se caracteriza por uma portentosa participação estadual, em torno de 90% dos efetivos (INEP, 1993).

A municipalização do ensino não é, todavia, uma política pacífica. Há quem a correlacione com a pobreza, isto é, as regiões com maior carência desenvolveram mais a educação municipal. O Nordeste conta com 46,6% das matrículas municipais, sendo desproporcionalmente bem maior no meio rural, 87,9% pertencem à rede municipal. Por outro lado, há uma corrente de defensores da educação rural, como J. E. Romão (1992) e Moacir Gaddoti (1993).

Os sistemas municipais cresceram bastante nas últimas décadas, impulsionados por fatores diversos, como a situação financeira dos Estados, pressão direcionada sobre as prefeituras e aplicação de recursos conforme percentuais previstos nas Constituições.

4.2. *Institucionalização do sistema municipal*

A Carta de 1934 obrigava os Municípios a aplicarem nunca menos de 10 (dez) por cento da renda resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento dos sistemas educativos (art. 156). A liberal Constituição de 1946 elevou o percentual para 20 (vinte) por cento. Retirada a vinculação de recursos das Cartas de 1967 e 1969, foi a mesma restaurada pela Emenda João Calmon.

A bem da verdade, no regime anterior a 1988, os Municípios tinham sistema de ensino, de fato, funcionando apenas administrativamente. Eram, antes, muito mais serviços administrativos sem poder normativo. Os serviços locais de educação não dispunham de uma fonte geradora de normas pedagógicas, embora possuíssem órgãos executivos. E os maiores Municípios, mormente nas capitais, organizaram suas Secretarias Municipais de Educação e alguns criaram Conselhos Municipais de ensino, a exemplo de Novo Hamburgo, no Rio Grande do Sul, em 1958 (Schuch, 1986, p. 109), certamente o primeiro instituído no País.

Até à vigente Constituição, a educação municipal estava legalmente jungida ao sistema estadual que dividia com os Municípios as obrigações com o ensino fundamental público, mas em uma situação de evidente inferioridade, pois era-lhe defeso estabelecer normas e diretrizes pedagógicas. Do mesmo modo, muitos Municípios com amplas sedes, numerosas unidades e projetos inovadores careciam de competência para deliberar efetiva e pedagogicamente sobre a sua educação.

Ao definir o Município como sistema de ensino, o Texto Constitucional de 1988 não fez senão reconhecer a existência e a importância da educação municipal como uma situação criada e expandida ao longo do tempo:

“Art. 211 — A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.”

A União organiza e financia o sistema federal de ensino, que passou a ser permanente, perdendo a condição de supletivo. Prevê a Constituição que a União prestará assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: “para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória” (art. 211, § 1.º). A Lei Maior destinou aos Municípios o ensino fundamental e pré-escolar

(art. 211, § 2.º). No artigo seguinte, que trata da aplicação dos recursos financeiros, confirmou o estatuído no art. 211. Para efeito do cumprimento da aplicação dos percentuais, 18% da União e 25% dos Estados, Distrito Federal e Municípios “serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213” (§ 2.º do art. 212).

Essa inovadora formulação se liga à posição do Município no regime constitucional. José Afonso da Silva, em estudo específico sobre o Município na atual Carta (1989, p. 5), observa que a modificação foi profunda na posição “dos Municípios na Federação, porque os considera componentes da estrutura federativa”. Não somente no *caput* do primeiro artigo, que declara a República Federativa do Brasil “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”, como também, quando estatui a organização político-administrativa: “compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição” (art. 18).

Ressalte-se a sua capacidade de auto-organização com a elaboração das leis orgânicas. Pode-se completar a soma de autonomia não somente política, administrativa, financeira, como também educacional pelo reconhecimento do Município como sistema de ensino, não obstante permanecer a polêmica se o Município é ou não entidade federativa.

4.3. O conjunto das normas municipais

Uma vez instituído como sistema, como atuará o Município?

Na ausência das políticas que disciplinem a atuação do sistema municipal, há a possibilidade da delegação dos encargos educacionais do Conselho Estadual para o Municipal. O problema de sua operacionalização prende-se ao regime de colaboração.

4.3.1. Delegação e passagem dos encargos educacionais

Com o silêncio das diretrizes e bases de 1961 sobre a municipalização do ensino, surge a reforma de 1971 com a figura administrativa da delegação de atribuições dos Conselhos estaduais para os Conselhos de Educação que se organizem nos Municípios onde haja condições para tanto (Lei n.º 5.692/71, art. 71). Esclarece Valnir Chagas (1984, nota 6, p. 304) que o dispositivo sobre delegação de atribui-

ções era para estar nas "Disposições Gerais" e não nas "Disposições Transitórias" da lei, portanto, como uma medida de ordem permanente e não passageira.

A delegação há de ser combinada com a passagem progressiva "para a responsabilidade municipal de encargos e serviços de educação, especialmente de 1.º grau, que pela sua natureza possam ser realizados mais satisfatoriamente pelas administrações locais" (art. 58, parágrafo único).

A delegação com recursos financeiros, prevista na reforma de 1971, insistiu na aplicação dos 20% da receita tributária municipal no ensino de 1.º grau e com igual percentual nas transferências que couberem aos Municípios, pelo fundo de participação, para a educação e cultura (art. 59 e parágrafo único).

Tratava-se de um primeiro passo, tímido e condicionado pelo poder do Estado-Membro, em uma fase em que predominou a descentralização via estadualização. Acredita Chagas que era para a conscientização da idéia do Município como "a unidade administrativa básica do ensino", como previra Anísio Teixeira. Reconhece-se que a simples delegação não gera sistema municipal sem as condições locais. Alguns Conselhos estaduais procederam à delegação de atribuições, como o Conselho da Bahia (Resolução n.º 1.789/87, delegação ao Conselho Municipal de Salvador, Parecer n.º 078/92, delegação ao Conselho Municipal de Educação de Vitória da Conquista; e Parecer n.º 115/92, delegação ao Conselho Municipal de Ensino de Simões Filho).

4.3.2. Regime de colaboração

A Constituição estabeleceu os três sistemas, federal, estadual e municipal, em regime de colaboração, que há de ser examinada no feixe de relações entre Município e Estado.

Não é clara ainda a interpretação das obrigações sociais a cargo do Município e dos demais entes políticos. Por outro lado, há bastante estudo sobre as bases da administração municipal, a questão tributária, princípios orçamentários e políticas urbanas (Silva, 1992; Castro, 1992).

A idéia de sistema implica relacionamento entre partes, dinamicamente estabelecidas. Gadotti e Romão (1993, p. 73) explicitam que: "A noção de sistema pressupõe reunião e ordenação, de acordo com um determinado fim,

uma intenção, um objetivo (...). Sistema é um todo organizado, articulado". A política penetra formidavelmente nessa questão de colaboração, necessitando de padrões e critérios para efetivar o sistema municipal, responsável pela escola fundamental (Romão, 1993). O regime de colaboração tem trazido algumas apreensões, como bem demonstrou Maria Beatriz M. Luce (1993, p. 359).

O sistema municipal, que deve efetivar a educação fundamental, não poderá ser uma entidade desligada do contexto estadual e nacional.

4.3.3. Normas constitucionais e orgânicas

As Constituições Estaduais confirmaram a inovação do sistema municipal e explicitaram muitas de suas competências. Em seguida, vieram as Leis Orgânicas dos Municípios (LOM), que operacionalizaram a sua capacidade de auto-organização. Lei orgânica, que "é uma espécie de constituição municipal, cuidará de discriminar a matéria de interesse local de competência exclusiva do Município" (Silva, 1989, pp. 8-9). Pela lei orgânica, o Município suplementa a legislação federal e estadual no que couber — educação, cultura, saúde, ensino — e no que tange à prestação desses serviços no âmbito local, em função do seu interesse ou do "peculiar interesse".

Como somatório das expectativas da comunidade mais próxima, as leis orgânicas disputaram sobre o papel educativo do Município (Boaventura, 1993). Dentre muitos outros aspectos, sobressaem: competência municipal em educação e níveis de ensino; sistema municipal, particularmente, órgão municipal e Conselho de Educação; financiamento da educação, recursos próprios, transferências e apoio financeiro; indicações curriculares; magistério; gestão do sistema e da unidade *et alii*.

Para terminar, o sistema municipal deve ter uma atenção maior no meio rural, onde sempre atuou, com mais razão agora, com a autonomia assegurada pela Constituição. A municipalização via criação do sistema municipal viabilizará um segundo momento da descentralização ensejada pela Magna Carta.

Com a autonomia dos sistemas municipais, pelo menos, a educação pré-escolar e a fundamental tenderão a ser melhor organizadas pelo poder local. Considerem-se principalmente as dimensões e os problemas causados pelo gigantismo dos sistemas estaduais que colocam

a educação municipal como uma alternativa para o ensino público.

5. Conclusões

Enfim, para a análise dos sistemas de educação, que tradicionalmente a legislação chama de sistemas de ensino, com suas relações e interações com as diferentes esferas da administração pública, parte-se do conjunto das instituições educacionais com as suas respectivas normas. É exatamente o sentido em que a legislação brasileira utiliza a expressão "sistema de ensino", que pode ser entendida como esse conjunto de instituições de ensino e de normas organizadas tanto pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Desse modo, divisam-se três conjuntos, institucionalizados e normatizados, definidos constitucionalmente em sistemas federal, estadual e municipal, atuando em regime de colaboração.

Ao conjunto de estabelecimentos e de normas que se formam em torno da União, é chamado de sistema federal de educação, constituído principalmente de instituições de educação superior, mantidas pelo governo federal, ou supervisionadas, no caso das universidades ou faculdades particulares. Apesar de o sistema federal de educação voltar-se preferencialmente para a educação superior, há um conjunto de escolas técnicas, de centros de formação tecnológica e de outras instituições que o integram.

Quanto aos Estados e Distrito Federal, compõem o sistema estadual as escolas fundamentais e médias, públicas e particulares. As escolas municipais, enquanto não se integram nos múltiplos sistemas locais, ficam no regime normativo dos Estados.

Com a Carta de 1988, os Municípios obtiveram autonomia com a possibilidade de definir normas e procedimentos pedagógicos que regerão o conjunto das escolas municipais, podendo e devendo atuar prioritariamente no escalão do pré-escolar e da escola fundamental, constituindo, dessa maneira, os sistemas municipais de ensino.

Bibliografia

BAHIA, Secretaria da Educação da Bahia, Conselho Estadual de Educação. *Coletânea de Legislação do Ensino — Resoluções Normati-*

vas. Salvador: Empresa Gráfica da Bahia, 1988.

BAHIA, Conselho Estadual de Educação. Resolução n.º CEE- 1.789/87; Parecer n.º 078/92; Parecer n.º 115/92.

BARROS, Zilma Gomes Parente de. *Re-definição conceitual dos Colégios de Aplicação*. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1988.

BOAVENTURA, Edivaldo M. Sistemas estaduais de educação e a descentralização do ensino. *Cultura e Fé*, Porto Alegre, n.º 1, pp. 37-47, abr./jun. 1978.

——— *Espírito de julgamento*. Salvador: Imprensa Universitária da UFBA, 1978.

——— *Applying System Analysis in Brazilian Educational System*. The Pennsylvania State University, 1979c.

——— *The Functions of the Principal in the Open System Approach*. The Pennsylvania State University, 1979b.

——— Uma proposta de estudo sobre a educação nas Leis Orgânicas dos Municípios Baianos. Projeto de Pesquisa. Salvador, UFBA, 1993.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekiam, 1989.

CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 2. ed. rev. aum. Belo Horizonte: Del Rey.

CHAGAS, Valnir. *O ensino de 1.º e 2.º graus: antes, agora e depois?* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

CHAVES, Mário M. *Saúde e sistemas*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1980.

CHURCHMAN, C. West. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 1971.

COOMBS, Philip. *La crise mondiale de l'éducation*. Paris: Press Universitaire de France, 1968.

——— *A crise mundial da educação*. São

Paulo: Perspectiva, 1976, (tradução brasileira).

CURY, Carlos Roberto Jamil. Alguns apontamentos em torno da expansão e qualidade do ensino médio no Brasil. In: *Ensino médio como educação básica*, São Paulo: Cortez: Brasília: SENEb, 1991.

——— A nova Lei de Diretrizes e Bases e suas implicações nos Estados e Municípios: o Sistema Nacional de Educação. *Educação e Sociedade*, Campinas, n.º 41, 186-201, abr. 1992.

DI DIO, Renato Alberto Teodoro. *Contribuição à sistematização do Direito Educacional*. Taubaté: Editora Universitária, 1982.

DUARTE, Sérgio Guerra. *Educação Brasileira: do pré-escolar à pós-graduação: legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Antares, 1984.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *Alternativas de educação*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1976.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

——— *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1990.

FOURNIER, Jacques. *Politique de l'éducation*. Paris, Éditions du Seuil, 1971.

GADOTTI, Moacir, e ROMÃO, José Eustáquio (organizadores). *Município e Educação*. São Paulo: Cortez, Instituto Paulo Freire; Brasília, DF: Instituto de Desenvolvimento de Educação Municipal, 1993.

Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. Nota Técnica 006/93. Descentralização e Educação Básica. Alguns temas para discussão. Brasília, mar. 1993.

LUCE, Maria Beatriz Moreira. Reflexões sobre a constituição dos sistemas municipais de ensino e o regime de colaboração no Rio Grande do Sul. In: *Administração Municipal da Educação no Rio Grande do Sul*, 1993. Porto Alegre: UFRGS, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 6. ed. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Borsoi. 1963. 4 t. Arts. 157-218.

OLIVEIRA, Romualdo Portela, e CATAINI, Afrânio Mendes. *Constituições estaduais brasileiras e educação*. São Paulo: Cortez, 1993.

ROCHA, Fernando Floriano. Ensino superior mantido por prefeituras municipais. *A Tarde*, Salvador, 9 jan. 1993.

ROMÃO, José Eustáquio. *Poder local e educação*. São Paulo: Cortez, 1992.

SANDER, Benno. *Sistemas na educação brasileira: solução ou falácia?* São Paulo: Saraiva; Niterói, RJ: Universidade Federal Fluminense, 1985.

SÃO PAULO. Conselho Estadual de Educação. *Acta Especial*, Normas do CEE em vigor. São Paulo, n.º 27, jul. 1991.

——— Conselho Estadual de Educação. CEE 543/91 sobre a organização do Sistema Estadual de Ensino. *Diário Oficial do Estado [de São Paulo]*, São Paulo, pp. 27-28, 9 abr. 1992.

SCHUCH, Vitor Francisco. *Legislação mínima da Educação no Brasil*. 7. ed. Porto Alegre: Sagra, 1986.

SILVA, Jorge Ferreira da. *Sistema brasileiro de educação e administração: três proposições*. Rio de Janeiro, tese para Professor Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1987.

SILVA, José Afonso da. *O Município na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

——— *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SMITH JR., Robert G. System Concept of Education. In: *The Encyclopaedia of Education*, Lee C. Deighton (editor). New York, The Macmillan Co. & The Free Press, 1971. pp. 583-587.

SOARES, Moacir Bretas. *Dicionário de Legislação do Ensino*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1981.

SUAVET, Thomas. *Dictionnaire Économique et Social*. Paris: Économie et Humanisme Les Éditions Ouvrières, 1962.

Tabela 1
Brasil: Educação
Matrículas Iniciais nas Redes Estaduais, Municipais e Privadas, Evolução 1945/90

| Regiões | Total (1.000) | Alunos (1.000) | | | Proporções (%) | | |
|-------------------------------|------------------|----------------|-----------|----------|----------------|-----------|---------|
| | | Estadual | Municipal | Privada | Estadual | Municipal | Privada |
| 1945 | 2.471,60 | 1.640,50 | 672,80 | 428,20 | 66,40 | 27,2 | 17,3 |
| 1950 | 3.709,90 | 2.130,50 | 1.114,40 | 464,70 | 57,4 | 30,0 | 12,5 |
| 1955 | 4.772,30 | 2.700,80 | 1.472,20 | 582,10 | 56,6 | 30,8 | 12,2 |
| 1960 | 7.458,00 | 4.699,60 | 1.863,60 | 860,90 | 63,0 | 25,0 | 11,5 |
| 1965 | 9.923,20 | 6.334,10 | 2.433,40 | 1.096,10 | 63,8 | 24,5 | 11 |
| 1970 | 15.407,30 | 9.245,30 | 3.963,50 | 2.096,70 | 60,0 | 25,7 | 13,6 |
| 1980 | 22.598,30 | 11.928,30 | 7.602,50 | 2.898,10 | 52,8 | 33,6 | 12,8 |
| 1985 | 24.769,40 | 14.178,40 | 7.480,40 | 2.989,30 | 57,2 | 30,2 | 12,1 |
| 1986 | 25.358,60 | 14.553,70 | 7.603,80 | 3.079,80 | 57,4 | 30,0 | 12,1 |
| 1987 | 25.708,30 | 14.634,90 | 7.552,50 | 3.384,90 | 56,9 | 29,4 | 13,2 |
| 1988 | 26.821,00 | 15.017,10 | 8.116,00 | 3.551,10 | 56,0 | 30,3 | 13,2 |
| 1989 | 27.557,50 | 15.755,10 | 8.218,50 | 3.443,00 | 57,2 | 29,8 | 12,5 |
| 1990* | 28.302,20 | 16.175,90 | 8.414,10 | 3.566,80 | 57,2 | 29,7 | 12,6 |
| Taxa de Crescimento Anual (%) | | | | | | | |
| 1945/50 | 8,46 | 5,37 | 10,62 | 1,65 | | | |
| 1950/60 | 7,23 | 8,23 | 5,28 | 6,36 | | | |
| 1960/70 | 7,53 | 7,00 | 7,84 | 9,31 | | | |
| 1970/80 | 3,90 | 2,58 | 6,73 | 3,29 | | | |
| 1980/85 | 1,85 | 3,52 | -0,32 | 0,62 | | | |
| 1985/89 | 2,70 | 2,67 | 2,38 | 3,60 | | | |
| 1980/90 | 2,53 | 3,44 | 1,13 | 2,33 | | | |

Fonte: MEC/SEEC e MEC/SAG/CPS/CIP
(E1GD590)

INEP: Nota Técnica 006/93. Descentralização e Educação Básica. Alguns temas para discussão. Brasília, mar. 1993.

Tabela 2
Brasil: Educação
 Matrículas Iniciais nas Redes Estaduais e Municipais, por Localização – 1989

BRASIL

| Regiões | Total (1.000) | Redes | | | | Partic. da Região na Matr. Brasil (%) | Grau de Municipa- lização (índices) |
|---------------------|------------------|----------------|-----------|------------|-----------|--|--|
| | | Alunos (1.000) | | Proporções | | | |
| | | Estadual | Municipal | Estadual | Municipal | | |
| Brasil | | | | | | | |
| Total | 27.557,50 | 15.755,10 | 8.218,50 | 57,2 | 29,8 | 100 | 1 |
| Urbana | 21.906,10 | 14.414,70 | 4.045,30 | 65,8 | 18,5 | 100 | 0,619 |
| Rural | 5.651,40 | 1.340,40 | 4.173,20 | 23,7 | 73,8 | 100 | 2,476 |
| Norte | | | | | | | |
| Total | 2.155,10 | 1.155,60 | 729,00 | 53,6 | 33,8 | 7,8 | 1,134 |
| Urbana | 1.494,70 | 985,50 | 262,00 | 65,9 | 17,5 | 6,8 | 0,588 |
| Rural | 660,70 | 170,10 | 467,00 | 25,8 | 70,7 | 11,7 | 2,371 |
| Nordeste | | | | | | | |
| Total | 8.105,40 | 3.217,00 | 3.773,80 | 39,7 | 46,6 | 29,4 | 1,561 |
| Urbana | 5.243,10 | 2.952,60 | 1.258,60 | 56,3 | 24 | 23,9 | 0,805 |
| Rural | 2.862,30 | 264,40 | 2.515,20 | 9,2 | 87,9 | 50,6 | 2,946 |
| Sudeste | | | | | | | |
| Total | 11.300,20 | 7.683,40 | 2.074,00 | 68 | 18,4 | 41 | 0,615 |
| Urbana | 10.248,40 | 7.104,70 | 1.615,80 | 69,3 | 15,8 | 46,8 | 0,529 |
| Rural | 1.051,80 | 578,70 | 458,20 | 55 | 43,6 | 18,6 | 1,461 |
| Sul | | | | | | | |
| Total | 3.992,30 | 2.361,60 | 1.206,20 | 59,2 | 30,2 | 14,5 | 1,013 |
| Urbana | 3.190,80 | 2.093,00 | 682,8 | 65,6 | 21,4 | 14,6 | 0,718 |
| Rural | 801,5 | 268,6 | 523,4 | 33,5 | 65,3 | 14,2 | 2,19 |
| Centro-Oeste | | | | | | | |
| Total | 2.004,40 | 1.377,50 | 435,6 | 68,7 | 21,7 | 7,3 | 0,728 |
| Urbana | 1.729,20 | 1.318,90 | 226,1 | 76,3 | 13,1 | 7,9 | 0,43 |
| Rural | 275,2 | 58,6 | 209,4 | 21,3 | 76,1 | 4,9 | 2,54 |

Fonte: MEC/SAG/CPS/CIP

Nota: Grau de Urbanização: $g = (M_{mun}/M_{tot}) / (MBR_{mun}/MBR_{tot})$

Brasil Total = 1,000

(elgdx89)

Tabela 3
Brasil: Organização Política
 Número de Municípios e Distritos Instalados – 1970 - 1992

| Tamanho da População (mil hab.) | Número de Municípios | | | Proporção (%) | | | |
|---------------------------------|----------------------|--------------|--------------|---------------|--------------|--------------|----------|
| | 1970 | 1980 | 1992 | 1970 | 1980 | 1992 | 92/acum. |
| até 5 | 658 | 665 | 740 | 16,6 | 16,7 | 16,5 | 16,5 |
| 05 a 10 | 1058 | 951 | 1055 | 26,8 | 23,9 | 23,5 | 40,0 |
| 10 a 20 | 1159 | 1102 | 1299 | 29,3 | 27,7 | 28,9 | 68,9 |
| 20 a 50 | 826 | 872 | 926 | 20,9 | 21,9 | 20,6 | 89,5 |
| 50 a 100 | 157 | 241 | 284 | 4,0 | 6,1 | 6,3 | 95,8 |
| 100 a 500 | 83 | 125 | 162 | 2,1 | 3,1 | 3,6 | 99,4 |
| 500 a 1000 | 6 | 8 | 13 | 0,2 | 0,2 | 0,3 | 99,7 |
| + de 1000 | 5 | 10 | 12 | 0,1 | 0,3 | 0,3 | 100,0 |
| Total | 3.952 | 3.974 | 4.491 | 100,0 | 100,0 | 100,0 | |

Fonte: IBGE, Anuários Estatísticos
 MUN92RG

Dimensão constitucional da integração econômica

PAULO BORBA CASELLA

Considerando que até 31 de dezembro de 1994 se completa o período de transição, cabe considerar a necessidade de revisão ou remanejamento do texto constitucional, na ordem externa, projetando tais indagações especificamente em relação ao projeto de construção de um Mercado Comum do Cone Sul, o Mercosul.

A percepção da necessidade de revisão, por salutar se não inevitável como seja, não nos esclarece onde, nem como deva ser feita tal revisão constitucional, sobretudo em relação à ordem externa. Pouco antes do início dos trabalhos, ainda não tinha sido definida seja pauta ou agenda mínima, nem tampouco se pode perceber tenha sido colocada a definição de rumos.

A ausência de princípios norteadores é muito mais grave e preocupante do que as deficiências de organização, porquanto nos faz falta modelo ou parâmetro, para orientar tal revisão, de modo a poder imprimir orientação à ordem econômica e social que viabilize o esforço de construção do Mercosul.

Vamos deixar de lado a multiplicidade das implicações conceituais ou jusfilosóficas e institucionais de um processo de revisão constitucional, no seu todo e especialmente na ordem interna, para tentar avaliar como se situou e se situa a Constituição em relação ao mundo externo: estamos nos fechando ou nos abrindo? Como se equaciona institucionalmente o binômio *proteccionismo* ou *integração*?

Proteccionismo é figura espúria que se manifesta sob os avatares os mais diversos, por meio da qual basicamente se pretende, em maior ou menor grau, conceder aos operadores econômicos nacionais o monopólio do mercado interno, onerando com tarifas e bloqueando com medidas não-tarifárias o acesso de

Paulo Borba Casella é Professor associado (Faculdade de Direito - USP) de Direito Internacional e Direito da Integração Econômica, doutor e livre-docente (USP) em Direito Internacional, *dess* em Direito do Comércio Internacional (Univ. de Paris X) e Advogado.

produtos estrangeiros ao mercado interno. Além de obtuso em termos de trocas internacionais, negligenciando vantagens comparativas, mostrou-se historicamente antieconômico e apto a conservar nichos de atraso tecnológico, desestimulando a concorrência, o investimento em tecnologia e o progresso técnico. Temos, *muito próximos, alguns dolorosos exemplos* disso entre nós, que seria supérfluo reiterar.

Nessa linha de enfoque, múltiplos e complexos problemas, extremamente interessantes, poderiam ser suscitados, mas temos de definir, com a maior precisão possível, qual será o campo de atuação desta jornada. *Hora ruit*, o tempo urge, e temos de delimitar com intransigência o que e como vai ser tratado o tema da integração.

Muito se tem falado, ultimamente, a respeito do tema *integração* — nem sempre com utilidade — com ênfase em setores distintos. Ao desenvolver estas considerações, cabe situar as *projeções da Constituição na ordem externa*, considerando onde e em que medida tem, pode ter ou deveria ter papel a desempenhar a Constituição em relação à ordem externa — daí o binômio *protecionismo ou integração*, onde mais especificamente se colocam perspectivas e necessidades, no caso da mais recente tentativa de *integração econômica sub-regional*, no contexto do *Mercosul*, o *Mercado Comum do Cone Sul*, regulado inicialmente pelo *Tratado de Assunção de 26 de março de 1991* (em vigor desde 29 de novembro de 1991), também em vias de evoluir deste Tratado preliminar para sua configuração institucional definitiva, presumivelmente ao término do período de transição, em 31 de dezembro de 1994.

Ao término do referido período de transição deverá ser substituído o atual pelo tratado definitivo, ora em vias de ser negociado — e temos aí outra “revisão constitucional”, e esta de caráter supra- ou internacional, porquanto diz respeito a tratado internacional, assinado e ratificado pelas partes contratantes, inserido no ordenamento jurídico brasileiro, bem como nos respectivos ordenamentos jurídicos dos demais Estados, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai, observando-se as exigências das respectivas legislações internas, no tocante à sua entrada em vigor e aplicação.

Como etapa no processo de implementação do Mercosul, já se tornou direito vigente no País, em 14 de setembro de 1993, o *Protocolo para a solução de controvérsias* (firma-

do em Brasília, em 17 de dezembro de 1991, nos termos do Decreto n.º 922, de 10 de setembro, publicado no DOU de 13 de setembro de 1993, entrando “em vigor na data de sua publicação”).

O Protocolo de Brasília, justamente, consagra modelo de integração estritamente intergovernamental que nos traz mais problemas do que soluções, se se pretender alcançar o patamar de mercado comum em termos de integração econômica.

Em pouco mais de um ano, até 31 de dezembro de 1994, devemos ter dado ao projeto deste possível Mercado Comum do Cone Sul, o Mercosul, sua *configuração definitiva*, especialmente em relação à *estrutura institucional*, às *áreas abrangidas por legislação comum* e a *existência e âmbito de competência de tribunal supranacional*. Tais aspectos não são meras tecnicidades, mas serão determinantes para o futuro de toda a empreitada.

Precisamos determinar se queremos o Mercosul. Em caso afirmativo, o que queremos fazer no Mercosul e com ele? A seguir, o que fazer, em primeiro lugar, em nível institucional, para que o Mercosul possa efetivamente funcionar. Essas perguntas são menos fáceis do que poderia parecer, conforme o ângulo a partir do qual em relação a elas nos colocamos. Se realmente queremos a integração, vamos trabalhar por ela. A minha proposta — e, como disse, desafio — será colocar tal dado, a partir da contraposição do binômio *protecionismo e integração*, na Constituição, inevitavelmente projetando realidades e perspectivas em relação ao Mercosul.

A história da *integração econômica interamericana* é feita de muito discurso e poucos resultados concretos. Insiste-se na retórica, e solapam-se ou são negligenciados os mecanismos de implementação. A *integração econômica, por si, não existe: tem de ser construída*.

Passada a *euforia cívica nacional* que acompanhou a expressão jurídica da *redemocratização institucional* — especialmente durante a realização da Assembleia Nacional Constituinte, de memória recente, e que não comportaria aqui, hoje, historiar —, a nova Constituição deveria ser a cristalização da evolução política nacional, egressa dos vinte anos do regime militar, rumo à sociedade verdadeiramente democrática e pluralista. Logo após a entrada em vigor do novo diploma, deveriam estar superados os traumas da acomodação de

interesses grupais e setoriais, totalmente distintos senão abertamente antagônicos, que encontraram seu caminho até se instalarem no texto constitucional.

Em razão das vicissitudes de percurso, o *texto constitucional*, em lugar de modelo claro e preciso, sobretudo nos títulos relativos à *ordem econômica e social*, reflete o escancarado fisiologismo resultante da aplicação pervertida da máxima franciscana “é dando que se recebe”, fazendo duvidar da preservação da integridade da expressão da “vontade geral”, no sentido que lhe atribui a tradição rousseauiana do “contrato social”, que se poderia traduzir mais modernamente em termos de “interesse nacional”, como algo maior e abstrato, indo além não somente das injunções orteguiamente pessoais dos seres e suas circunstâncias, bem como corporativas e estamentais, mas também temporais, excessivamente ligadas ao momento transitório — *sic transit gloria mundi*.

Infelizmente, logo depois da entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, começaram a surgir rumores de intranquilidade: a nova Constituição, em vez da panacéia tão amplamente propalada até a véspera, seria um “monstro” jurídico-institucional, apto a nos levar à ingovernabilidade, onde, sem sua iminente reforma ou revisão, *estariamos rumando, sem bússola, à beira do caos* — ou, como pareciam acreditar muitos navegadores de seu tempo, até que Cristóvão Colombo calasse as discussões teológico-náutico-filosóficas com a evidência da verdade¹, estaríamos indo para a borda do “mar oceano”, e despençaríamos no nada, no espaço sideral, incriado e amorfo.

Se foi talvez extemporâneo ou prematuro celebrar, com o advento da nova Constituição, a abertura de nova era na vida nacional — imagem que, de tão gasta, deveria, antes, ser cuidadosamente evitada, do que reutilizada, da

¹ Sintomaticamente todo um volume dedicado à celebração do momento, como a excelente exposição e seu extenso e erudito catálogo, *Circa 1492: Art in the Age of Exploration* (edited by Jay A. LEVENSON, Washington, National Gallery of Art/ New Haven, Yale Univ. Press, 1991, 672 pp.), girando em torno do tema *Colombo* e a descoberta da América e o momento mundial naquela fase, omitem o nome e a figura que abstrusamente se torna politicamente incorreta do próprio Cristóvão Colombo.

República à “República nova” à “Nova República”, ao “Brasil novo”, e com muito receio, qual poderá ser o “novo” *slogan* —, *muitas falhas institucionais* bem como *lacunas e superposições da estrutura constitucional* foram sendo evidenciadas, pela *falta de visão orgânica*, pela *hibridéz dos modelos adotados* e pela *proliferação dos casuísmos*.

Tais casuísmos abrangem “primores” de surrealismo jurídico como a tentativa de revogar as leis do mercado *e.g.*, com a limitação dos juros a doze por cento ao ano², esquecendo que tabelamentos de preços, não só em nível nacional, como historicamente — poder-se-ia remontar até Confúcio, duvidando da eficácia da lei escrita —, tendem a não funcionar, e não simplesmente por estar este em nível constitucional haveria de ser mais eficaz, visto que, em contexto de estabilidade econômica e cambial, já o Código Civil (1916) estipulava “juros legais” de 6% ao ano e juros máximos, limitados ao dobro dos juros legais, complementados, em contexto já menos estável, pela chamada “Lei da Usura” (Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933) e legislação posterior, sem nunca ter alcançado resultados concretos, porque o mercado sempre foi mais ágil para encontrar formas operacionalmente viáveis, sem confrontar diretamente a lei, mas aparentemente observando-lhe a forma e privando-a de seu espírito, quando a lei volta as costas à realidade.

Uma *Constituição*, já dizia Napoleão — de quem pode se gostar ou não, sem deixar de reconhecer-lhe o gênio político —, *deve ser muito breve e absolutamente incompreensível*. Nossa Constituição de 1988 pode muitas vezes preencher o segundo requisito, no tocante a ser incompreensível, mas peca pela extensão excessiva, acarretando o esfacelamento da imagem de bloco sólido e estável de princípios, a partir dos quais todo o conjunto do ordenamento jurídico deveria ser informado.

Mal completados cinco anos da entrada em vigor do texto constitucional, estamos *cientes e conscientes da necessidade de sua revisão*, em pleno debate a respeito, mas corremos o risco de incorrer no excesso oposto: a *Constituição se tornou o “bode expiatório” nacional*.

² Cerca de um mês após a entrada em vigor da Constituição de 1988 publiquei artigo a respeito da morte prematura do dispositivo constitucional de limitação dos juros em 12% ao ano “Interest rate constitutional provision dies and early death” (Brazil Watch, Nov. 14-28, 1988).

nal — tudo o que não funciona no atual modelo e contexto é culpa da Constituição, como espécie de inimigo comum, arbitrária e desvairadamente concentrando todas as falhas e malefícios. Diz o ditado, que valeria agora repetir: “nem tanto ao mar, nem tanto à terra”.

O que aconteceu com a nossa Constituição da República? Será que os integrantes da Assembléia Nacional Constituinte não tinham, como não tiveram, competência técnica nem visão política para elaborar a Lei Magna? E, por acaso, quantos deles ainda integram as duas Casas do Congresso? E vão, agora, conduzir a revisão? Podemos confiar no trabalho deles? E o que fizeram desde então? A culpa não é do texto constitucional, mas primeiro dos que o fizeram e principalmente dos que o vêm aplicando desde então. Aplicar é sempre interpretar, e é tarefa fundamental quando se trabalha com textos legais.

Exemplificando omissões e lacunas, quantas de todas as leis complementares previstas na Constituição da República, e indispensáveis à sua implementação, foram feitas? E as que o foram, dentro do prazo? O sistema tem coerência? E se não tem, quem são os responsáveis? Quem está no comando do navio, determinando o rumo a ser seguido? Não se trata absolutamente de apologia do autoritarismo, mas de perplexidade ante a ausência ou nebulosidade de modelos econômicos e institucionais a serem colocados e seguidos. Este é o papel maior de uma Constituição: diretiva ou regra básica, conjunto de princípios e modelo institucional, inclusive em relação à ordem externa, inclusive em relação à integração econômica, e especificamente em relação ao projeto Mercosul. É preciso saber se queremos nos segregar ou nos integrar. E como isso há de ser feito.

Ociosos seria cobrar coerência dos “nobres” Senadores da República e federais Deputados, que festejaram — e assinaram — o mesmo diploma legal que ora se comprazem em criticar — essa coerência não se encontraria, como não se encontra em níveis muito mais comezinhos e essenciais, que se dirá do modelo constitucional, mas, aí, já se trataria de mudar a linha de enfoque da presente intervenção, voltada para a ordem externa.

Estaria eu sendo provocadoramente inoportuno e desagradável? Acho que não. Eu quero saber o que fizeram, em nome de todos e de cada um de nós, e como fizeram, como solene-

mente proclama o preâmbulo da Constituição,

“os representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias”

após penosos e conturbados trabalhos, invocando a proteção de Deus, promulgando essa Constituição que agora nos dizem tem de ser reformada, porque não nos governa. Será sério?

Não se trata de retomar todo o *instrumental técnico de análise*, habitualmente enfiado sob a denominação, para os economistas, de “teoria da integração econômica”, ou, para os juristas, “direito da integração econômica”, com o qual tenho trabalhado nos últimos anos, lecionando na USP e em outros cursos e conferências, instrumental esse que me parece extremamente relevante desenvolver igualmente em enfoque comparativo, especialmente em relação ao modelo mais extensamente desenvolvido e aperfeiçoado, a Comunidade Européia, como recentemente, em palestras realizadas na Alemanha³.

Não vou fazer, aqui, curso sobre direito da integração econômica, que aliás demandaria muito mais do que estas páginas, mas tentar alcançar os resultados sem retomar todo o percurso, enfocando os *pressupostos constitucionais* ou mais amplamente institucionais desse processo.

Em suma, *o que é necessário que a Constituição diga — ou não diga — para viabilizar ou, ao menos, não atrapalhar a integração com os vizinhos do Mercosul?*

³ *Comparative Approach to Competition Law in the E.C. and the Mercosul* (palestras nos Institutos Max Planck para Direito Público Estrangeiro e Direito Internacional Público, de Heidelberg, e de Direito Privado e Direito Internacional Privado, de Hamburgo, bem como no Instituto Europeu, da Universidade do Sarre, Saarbrücken, em 19, 20 e 23 de julho de 1993; publicado como volume na série dos *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut*, Saarbrücken, 1993).

Outro dado que apesar de evidente permanece pouco claro é que *antes de efetivar a integração com nossos vizinhos temos de colocar a nossa própria casa em ordem.*

Partindo do *ingrato e difícil pressuposto de que já estamos com nossa casa em ordem* — tarefa esta também árdua, mas da qual me abstenho, sugerindo possa ser desenvolvida analisando as projeções internas da Constituição —, *permanece em aberto questão igualmente difícil e abrangente: o que é necessário para se construir com nossos vizinhos a tão falada e tão obscuramente entendida integração econômica no Cone Sul da América?*

Evitando ser excessivamente teórico, é indispensável lembrar que para se alcançar a integração econômica, como o crescimento econômico ou a estabilidade institucional, não basta que tais rótulos sejam mencionados e repetidos ritualmente para serem alcançados: têm de ser construídos, e só serão alcançados onde se tenha colocado o firme empenho em tal propósito, confrontando e superando forças contrárias, que inevitavelmente procuram defender interesses setoriais colocados em cheque pelo processo, no seu todo.

A extensão dos benefícios para o todo social, na sua aceção mais ampla, seria a justificação conceitual do processo de integração, com a correspondente economia de escala e maximização dos resultados, para o maior número possível de agentes.

Integração econômica, como mostra o esforço de construção da Comunidade Européia, exige o *firme compromisso de toda uma geração*, ressaltando a importância dos elos culturais, não necessária ou meramente jurídicos e econômicos, impulsionados pela visão política de seus líderes ou gestores, no sentido de superar diferenças menores, em busca de algo mais amplo e mais completo, em termos de *sistema político e institucional*, como ilustraria o modelo de um "mercado comum", nos moldes europeus. Tal "mercado comum" ora se encontra em vias de *mudança para o patamar institucional de união econômica e monetária*, a partir da entrada em vigor do Tratado de União, assinado em Maastricht em 7 de fevereiro de 1992, em vigor em 1.º de novembro de 1993, se e quando se superarem os impasses ainda presentes na Europa, mostrando que a integração econômica, como os laços individuais e sociais, de um casamento ao contexto social, se renovam a cada dia.

A adoção da fórmula "*integração econômica em mercado comum*" não é mágica, e exige muitos esforços. A teoria da integração econômica conhece e desenvolveu outros modelos, com gradações, indo desde a zona de livre comércio à união aduaneira, desta ao mercado comum, passando à união econômica e monetária e podendo chegar a grau maior ou menor de união política também.

Evitando tecnicidade excessiva, basicamente a adoção do modelo "*mercado comum*" significa criar grau de intimidade entre os parceiros da empreitada, suficiente para que se possa assegurar não somente a *supressão de barreiras internas*, quer tarifárias ou não-tarifárias, também chamadas de "medidas de efeito equivalente", a *unificação de tarifas externas*, mas também a *implementação das liberdades de circulação dos fatores de produção econômica*, a saber, mercadorias, pessoas, serviços e capitais, assegurando se não a uniformidade, ao menos a ausência de choques conceituais, em setores vitais da economia e do direito, tais como as normas reguladoras da concorrência, abuso do poder econômico, *dumping* e subsídios estatais.

É preciso criar espaço homogêneo onde a *atividade econômica possa ser exercida sem entraves* entre os parceiros envolvidos na empreitada. Isso é um "mercado comum". Não adianta colar um rótulo de vinho, se vamos encher de água a garrafa.

A questão da harmonização podendo chegar à unificação legislativa é processo tão delicado quanto necessário, onde também caso concreto fica muito bem ilustrado pela Comunidade Européia.

A validade, interpretação e aplicação dos Tratados é matéria onde, igualmente, se resente o ordenamento brasileiro da falta de visão institucional, de parâmetros que orientem tanto a atuação dos legisladores internos quanto dos tribunais, porquanto é impensável admitir, como arbitrariamente se pratica entre nós, que a lei interna posterior aleatoriamente revogue ou altere normas decorrentes de tratado internacional.

Este é todo capítulo, não somente do processo de integração, mas também das relações externas do País com o exterior, onde se faz urgentemente necessária a definição de um modelo. No processo de integração, tal coerência tem de ser elevada a nível consideravelmente mais elevado, assegurando não so-

mente a incoerência de colisões, mas buscando ativamente efetivo alinhamento com os demais parceiros na construção desse todo comum.

Esse processo exige *visão institucional* de estadistas que estejam, como já declarava Winston Churchill a respeito da diferença entre estes e os políticos, olhando não até as próximas eleições, mas para a próxima geração — ou mesmo mais adiante.

Não somente em nosso sistema de saúde pública, mas também em termos institucionais, estamos vivendo o “governo dos remendos”, colando esparadrapo em cima das feridas em lugar de tratá-las, e passando maquiagem por cima, para dizer que tudo está bem, até que aflore outra pústula: legisla-se atirando para todos os lados, tributa-se de modo incoerente, ministérios são criados e extintos para atender aos mais voláteis caprichos demagógicos, desde o finado Ministério Extraordinário para Assuntos de Integração no Cone Sul ao mais recente casuísmo na matéria, o Ministério da Amazônia.

Problemas e incidentes de percurso não somente ocorrem, como fatalmente ocorrerão, durante as décadas indispensáveis à implementação de processo de integração, mas é preciso manter o rumo, ainda que este tenha de ser realinhado de tempos em tempos, e que se possa construir algo novo, em termos econômicos e institucionais com os outros países envolvidos, superando as dicotomias internas. Não consigo enxergar, na atual conjuntura nacional, tal visão de conjunto da empreitada. Não faz parte da plataforma de nenhum dos candidatos a candidato.

Concretamente deveria ser a integração econômica com os países do Mercosul pensada como um todo, como a expressão mais concreta da *escolha entre o protecionismo e a integração*.

Não precisamos deblaterar o estado semicatatstrófico da economia — onde alguns bolsões de prosperidade ou eficiência se criam ou se conservam, quando suficientemente afastados do controle e presença do governo — ou o esfacelamento do sistema jurídico, como todo coerente e orgânico, cuja primeira missão seria assegurar a estabilidade e confiabilidade das relações sociais, solapadas pelo próprio governo e instrumentalizadas pela sociedade civil, que se defende como pode.

Surpreendentemente, basta que o governo

não ameace choques ou congelamentos, para que se crie “clima” de otimismo; *não se espere estímulo: basta que o governo não atrapalhe*, tanto interna, quanto externamente, porque a integração já funciona como já funcionava para a iniciativa privada, e não passa de projeto para o setor público, ainda muito nebulosamente delineado.

Enquanto isso, os arautos do apocalipse estão por toda parte. Normalmente depois de apregoar a catástrofe, infalivelmente vêm as espúrias propostas de panacéia, para saná-la. Cada tendência ou igreja tem a sua receita. Vamos procurar deixar isso de lado. Todos nós conhecemos e estamos imersos no contexto — literalmente até o pescoço, ou até o nariz. Não se trata de retomar essas histórias conhecidas.

Trata-se de pensar o que e como deve ser estruturada a integração econômica com os vizinhos do Mercosul e de que forma se poderia implementá-la. Onde está o modelo? Existe clara definição do fenômeno? Existe avaliação precisa de seu impacto? Qual o resultado concreto das Comissões e Grupos de Trabalho que estão decidindo o futuro do Mercosul? Tenho procurado acompanhar o processo tão perto quanto possível, mas os resultados são pouco claros. Estão sendo ouvidos os agentes econômicos? São viáveis os caminhos que estão sendo delimitados?

Trata-se de destacar um modelo, aparentemente adotado pelo texto constitucional, a *integração econômica*, e refletirmos a respeito das *modalidades e viabilidade de sua implementação*, conjuntamente com os inevitáveis *desdobramentos da adoção de tal modelo*, sem prejuízo de outros aspectos, que podem vir a ser suscitados.

Para situar a matéria, considere-se a *dinâmica política da integração econômica em sua concreta dimensão constitucional*.

Em sua dimensão constitucional, justamente, sem cultivar paradoxos lógico-conceituais, a questão da dinâmica política da integração econômica fica *ao mesmo tempo afirmada e posta em cheque*: de um lado, temos dispositivo interessante e avançado — ainda que não possamos reivindicar a paternidade da fórmula deste, sua inserção no texto constitucional seria marco na história constitucional brasileira e inovação política relevante — como o parágrafo único do art. 4.º da Constituição da República, onde se proclama:

“A República Federativa do Brasil

buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Ao mesmo tempo, causa perplexidade ver afirmado no art. 1.º dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”, como Estado Democrático de Direito — todos com letras maiúsculas — inciso primeiro, “a soberania”, e mais adiante, no art. 4.º, afirme-se, “a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios”, destacando, no inciso primeiro, a “independência nacional”, ao mesmo tempo em que o inciso nono do mesmo dispositivo coloca a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”.

Se, no momento em que simultaneamente se quer encetar a revisão constitucional e determinar a configuração institucional definitiva do Mercosul, de um lado, é promissor ver inserida no texto constitucional a expressa menção a *integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*, como consagra o texto constitucional, por outro lado, tal menção se torna se não inoperante, ao menos dificilmente conciliável com os igualmente proclamados pressupostos da *soberania e da independência nacional nas relações internacionais*, exceto se se entender ficarem tais formulações condicionadas pelo mesmo parágrafo único do artigo quarto, onde, em tais casos, se entenderia ter precedência a construção de tal comunidade de nações, passando pela “*integração econômica, política, social e cultural*”.

É absolutamente inviável aplicar simultaneamente tais princípios. Foi politicamente penoso e intelectualmente controvertido na Europa conciliar a existência e atuação desses órgãos supranacionais e o papel dos Estados nacionais, com seus tradicionais corolários, a soberania, a ordem pública, as leis de aplicação necessária. Centenas de batalhas judiciais foram travadas, como ilustra a jurisprudência do Tribunal Europeu de Luxemburgo, em torno dessa delimitação de competências, ou “*território de ação*”.

A criação e implementação de mercado comum e a inserção de um Estado e seu orde-

namento jurídico e institucional nesse mercado exigem ajustes e adaptações, que vão das constituições à legislação ordinária, até a divisão das competências legislativas e atribuições dos tribunais.

Indissociavelmente acoplado ao sistema jurídico e institucional interno estão as obrigações internacionais do Brasil, decorrentes de tratados e convenções internacionais em que a República seja parte, como estipula o texto constitucional, em seu art. 5.º, § 2.º.

Não por mera cortesia ou conveniência — como pressupunha o conceito de *comitas gentium* —, mas em decorrência de obrigação jurídica internacional, deve o Brasil aplicar internamente, inserindo em seu ordenamento, as normas contidas em tratados e convenções internacionais.

Aí existe toda uma mentalidade a ser criada e mantida com zelo, em estrita observância a tratados internacionais, não sujeitos a alteração pela lei interna posterior, sob pena de esvaziar-lhes o conteúdo. Nem a legislação interna, nem a jurisprudência tem observado tal preceito, com resultados os mais desastrosos.

A experiência européia mostra que o processo de ajuste nem sempre foi, como não é, fácil, indo desde a reforma constitucional à transferência de competências legislativas a órgãos supranacionais, nas matérias indispensáveis à implementação do mercado comum, bem como a criação e delimitação de competências de tribunal supranacional e a convivência das jurisdições internas com tal órgão judicial, atribuindo a este, em caráter vinculante, a decisão a respeito das matérias ligadas à interpretação e aplicação do direito comum ou comunitário, bem como observando, como jurisprudência vinculante, os casos precedentes, julgados por esse tribunal.

Atualmente se discute qual a *configuração institucional a ser dada pelo tratado definitivo*, que deverá substituir o Tratado de Assunção, ao término do período de transição. Duas teses opostas se colocam: *intergovernamentalismo* ou *supranacionalidade*. Por trás desses conceitos está sendo jogado o futuro do Mercosul, que pode se tornar viável ou pode ser esvaziado como mais um rótulo, privado de conteúdo, como outros casos de tentativas fracassadas de integração interamericana.

A contraposição entre *intergovernamenta-*

lismo ou *supranacionalidade*, onde uns entendem que deve ser mantido o sistema estritamente intergovernamental de solução de controvérsias, criado para vigorar durante o período de transição, tal como regulado pelo Protocolo de Brasília para a solução de controvérsias, em vigor a partir de 13 de setembro p.p., enquanto outros propugnam a substituição do sistema do Protocolo pela instituição de tribunal supranacional, muito provavelmente nos moldes da Corte Européia.

Não se trata de mera filigrana jurídica, ao contrapor *intragovernamentalismo* e *supranacionalidade*, porquanto a adoção de uma ou outra fórmula importará em viabilizar a implantação ou definitivamente esvaziar de seu sentido e conteúdo o projeto Mercosul. A justificação é simples.

A existência de tribunal supranacional é vital para assegurar a coerência de sistema jurídico comum, ou comunitário, no qual sejam decididos de modo uniforme e sistemático os casos relativos à aplicação das normas comuns, além de atuar como órgão controlador da legalidade comum ou comunitária dos órgãos das administrações tanto internas quanto comunitárias, representando, ainda, ou sobretudo, meio eficaz para que o cidadão promova, diretamente em nível comunitário, a proteção de seus interesses.

Toda a discussão a respeito da integração econômica, seus meios e seus fins, fica excessivamente tecnocrática — esquece-se, permanentemente, a *dimensão humana e social do Mercosul*, o papel deste como fator de progresso e melhoria das condições de vida de milhões de cidadãos, alijados e à margem do processo econômico. O homem é o dado principal de todo o processo; mas fica quase sempre esquecido.

O sistema do Protocolo de Brasília — sem descer a análise detalhada de seus mecanismos, extremamente complexos e dificilmente operacionais —, não obstante suas falhas e lacunas, pode ser apto a regular os mecanismos de solução de controvérsias durante o período de transição, mas nunca estará habilitado a criar sistema coerente ou a atuar como eficiente mecanismo de controle da legalidade. Poderia servir para assegurar a solução de controvérsias em união aduaneira ou zona de livre comércio, mas nunca preencheria o papel necessário em mercado comum.

Para me limitar a um único aspecto, estipula o

Protocolo de Brasília a solução de controvérsias por complexo mecanismo, em várias etapas, combinando processamento administrativo em nível interno e através das autoridades centrais com a solução de controvérsias por via arbitral *ad hoc*, isto entre quatro países que notória e historicamente são avessos à utilização da arbitragem comercial internacional e não têm tradição arbitral.

Não se pode ao mesmo tempo manter o discurso a respeito da necessidade histórica e conveniência econômica da integração sem dotar tais esforços dos meios aptos à consecução de seus objetivos. Se realmente queremos a integração, temos de trabalhar para alcançá-la.

Parafraseando Clemenceau, se diria que, por ser excessivamente séria, não deveria ser deixada a regulação da integração econômica no Mercosul somente a cargo de burocratas e diplomatas. Outros respondem que a integração econômica no Mercosul já é uma realidade.

Analisar a dinâmica política da integração econômica impõe distinguir dois níveis de atuação: o setor privado e o setor público.

A integração econômica, como disse, já existe para a iniciativa privada, mas esta já existia e operava antes da entrada em vigor do Tratado Mercosul, e este pouco mudou as condições vigentes.

A integração econômica é, por outro lado, mero projeto cronoprogramático para o setor público: existe o Grupo Mercado Comum, existem os subgrupos, órgãos oficiais e para-oficiais publicam boletins e promovem debates comemorando "dois anos do Tratado de Assunção", mas ninguém se lembrou, nem na Argentina nem no Brasil, de instruir a respeito e orientar, por exemplo, os guardas de fronteira em Uruguiana/Passo de los Libres ou em Foz do Iguazu/Puerto Iguazu sobre como deve fluir o tráfego. E como fica, aí, a livre circulação de mercadorias? Este caso concreto serve para ilustrar o otimismo desvinculado da realidade, senão a falácia do discurso oficial.

Dentre aspectos institucionais a serem considerados para a efetivação da integração econômica no Mercosul dois aspectos fundamentais terão de ser determinados:

— se se vai criar órgão supranacional, bem como sua competência e atuação, para controle da legalidade dos atos das administrações e interpretação das normas (tribunal supranacional); e

— se se vai instituir qual modelo econômico adotará e qual extensão deverá ter a regulamentação uniforme de setores vitais da economia, assegurando a efetivação das chamadas *liberdades fundamentais de circulação*, como dito, compreendendo *mercadorias, pessoas, serviços e capitais*.

A questão da existência e atuação de tribunal supranacional teria de explicitar a competência deste para a interpretação e aplicação das normas pertinentes ao mercado comum, tanto como competência originária, em linha semelhante ao disposto no art. 177 do Tratado da Comunidade Européia⁴, como em nível de recurso, com atuação vital ainda na qualidade de fiscal da legalidade dos atos da administração comum e das administrações nacionais.

A questão da regulamentação uniforme de setores vitais da economia, assegurando a efetivação das liberdades fundamentais de circulação, compreendendo mercadorias, pessoas, serviços e capitais, se desdobra, além dos setores diretamente regulamentados, por muitos outros, indissociavelmente ligados a estes, quando se raciocina em termos de mercado comum, pois neste necessariamente deverão estar satisfatoriamente uniformizadas as normas materiais, ou minimamente evitadas as colisões das normas conflituais em amplo espectro de matérias, estendendo-se das normas trabalhistas às previdenciárias, das normas de propriedade industrial às normas técnicas, enfim englobando todo o universo das atividades econômicas, cuja regulamentação será afetada e terá influência sobre o encadeamento da construção desse mercado comum.

Somente a respeito destes dois tópicos extensas análises poderiam ser desenvolvidas⁵.

Algumas propostas concretas:

— alterar a redação dos dispositivos relativos à soberania e independência

⁴ Tratado C.E., art. 177

“O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial:

a) sobre a interpretação do presente Tratado;

b) sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelas Instituições da Comunidade;

c) sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por ato do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam.”

nacional, coordenando a expressão destes ao princípio geral colocado pelo parágrafo único do art. 4.º;

— alterar a divisão de competências legislativas e dos tribunais, inserindo o tribunal supranacional dentre os integrantes do sistema judiciário, resguardando sua esfera de competência na interpretação e aplicação das normas comuns (arts. 92 e 101 e seguintes da Constituição);

— resguardar a esfera de competência legislativa e administrativa dos órgãos comuns ou comunitários, alterando-se as competências privativas da União (especialmente os arts. 21 a 24, bem como os dispositivos pertinentes aos títulos VI e VII, relativos, respectivamente, à Tributação e ao Orçamento, bem como a Ordem econômica e social, arts. 145 a 179 e 180 a 192 da Constituição).

Na ótica da dinâmica política da integração econômica em sua dimensão constitucional, espero ter deixado claro que não tenho panacéia. Mas, ao menos, acho que não se deveria pecar por desonestidade intelectual.

Ninguém nos obriga à integração: trata-se de processo a ser livremente pactuado pelo Brasil, como Estado soberano e independente, sujeito de direito internacional, assumindo direitos e obrigações, se e na medida em que nesse sentido seja decidido em nível nacional e convencionalizado por tratado internacional, através dos seus dirigentes, legalmente investidos de suas funções: mas se se afirma querer alcançar tal propósito, se *insere dispositivo como o já referido parágrafo único do art. 4.º da Constituição*, então vamos trabalhar a sério em prol de tal objetivo, ou vamos abandonar o discurso de “integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina”, vamos eliminar a menção, no texto constitucional, “à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

É princípio de hermenêutica jurídica que, se algo está na lei, deve ser interpretado e aplicado como se estipula, a ser “cumprido tão in-

⁵ Exemplificativamente referiria os capítulos pertinentes dedicados à matéria em meu livro *Comunidade européia e seu ordenamento jurídico* (prefácio de Irineu STRENGER, S. Paulo, Ed. LTr, 1994, caps. VI a XII, pp. 276/598).

teiramente como nele se contém” — como prevêem também o Tratado de Assunção e o Protocolo de Brasília. Se nada disso se quer realmente, vamos eliminar tais dispositivos e diplomas legais, vamos colocar antes o País em ordem.

Eu me pergunto se nós estamos prontos para construir “mercado comum” com os parceiros do Cone Sul. E em resposta, posso dizer, tenho sérias dúvidas, em razão da falta de clara colocação dos moldes conceituais indispensáveis à configuração de verdadeiro “mercado comum”.

Frise-se, outrossim, que insistir em menção a *comunidade latino-americana de nações*, em lugar de *comunidade interamericana de nações*, me parece obtusidade geográfica, que ademais renega o passado brasileiro, como entusiasta das Convenções Pan-Americanas, em detrimento de conceito amorfo e pouco claro, exceto se situado a partir do exterior, ou em relação à América não-latina, como já ressaltava Manoel Bonfim, no início do século (1905, 1929) e também na linha de Rui Barbosa (1916)⁶.

Por que, necessariamente, se há de deixar os Estados Unidos e o Canadá de lado? Uma proposta de integração econômica, em maior ou menor grau, estaria vedada constitucionalmente? O México, se os tinha, sabiamente suplantou tais preconceitos, empenhando-se em ser o terceiro integrante do Nafta, a Associação Norte-Americana de Livre Comércio. “Pan-americanismo” pode soar um pouco fora de moda, mas por que não se manteve a terminologia geográfica e ideologicamente neutra de “interamericanismo”? A formulação adotada nos traz mais problemas do que soluções.

Da mesma forma que não me comovi com a realização e promulgação solene do texto constitucional há cinco anos, não me convencem os arautos da catástrofe, que se multiplicam e pontificam inexoráveis — tudo de mal vai acontecer se não se fizer isto ou aquilo — em relação às fórmulas infalíveis propugna-

das por esta ou aquela corrente.

O atual momento de debate a respeito da revisão constitucional não deve ser *desvirtuado*: nem *instrumentalizado* para servir de meio de promoção aos que querem se servir dele para obter projeção, nem *catastrofizado*, ameaçando, com o dedo em riste e a voz alterada, a ocorrência iminente do dilúvio, se não se fizer isso e aquilo, nem *mecanicizado*, onde a adoção de fórmulas mágicas, desde que seja esta ou aquela, garantirá o resultado, nem *transformado em piada de mau gosto*, piada pela forma como foram conduzidas as campanhas e de mau gosto, porque todos nós fomos vítimas dela, como foi a campanha em torno do plebiscito de 21 de abril de 1993 p.p., infelizmente nem tão próximo nem tão passado, nem *esvaziado* como mera tecnicidade que somente interessa a meia dúzia de especialistas teóricos e acabará sendo mal liquidado pela inépcia de uma das comissões técnicas do Congresso Nacional.

O atual debate em torno da revisão constitucional é a oportunidade histórica de repensarmos o modelo institucional brasileiro, a partir de sua lei maior, inclusive em suas projeções externas.

Nesse sentido alguns passos poderiam ser encetados.

O primeiro passo a ser dado seria restaurar à Constituição sua condição de “lei maior”, ou lei das leis; não pode ser amontoado desregrado de casuísmos espúrios, mas tem de conter as grandes linhas do modelo institucional, do sistema jurídico, do universo econômico, tem de ser, além de respeitado, estritamente observado e fielmente aplicado — a começar pelo próprio governo.

O segundo passo seria definir o que e como se quer esse modelo: qual é o Brasil que nós estamos tentando configurar para a próxima geração, ou as próximas gerações, tanto na ordem interna — em múltiplos aspectos que seria inviável retomar aqui —, como na ordem externa.

O terceiro passo, ligado aos dois precedentes, seria criar estrutura institucional viável para efetivar o modelo de integração sub-regional que nos propusemos a encetar com os vizinhos do Mercosul: definir metas e meios e lutar obstinadamente pela implementação destes.

Existem tratados e convenções internacio-

⁶ Manoel BONFIM, *A América Latina: males de origem* (Rio/Paris, H. Garnier Ed., 1905), bem como seu *O Brasil na América: caracterização da formação brasileira* (Rio, Livr. F. Alves, 1929); Rui BARBOSA, *Os Conceitos modernos do Direito Internacional* (conferência em Buenos Aires, em 1916; est. texto orig. castelhano, trad., notas, apênd. & intr. S. PACHÁ, Rio, Fund. Casa de Rui Barbosa, 1983).

nais, assinados e ratificados, vinculando o Brasil como sujeito de direito internacional, e estes têm de ser observados e aplicados ou então denunciados, desvinculando o País da observância de seu conteúdo.

Conscientemente foi restringido o leque de opções que poderia ser aberto em relação às projeções externas da ordem constitucional: sem falar de tantas e tão pouco justificáveis distorções no tratamento jurídico do investimento estrangeiro e seus casos de discriminação, com todo o leque de atividades restritas ou preferencialmente atribuídas a capitais nacionais, da informática à mineração, das telecomunicações à navegação de cabotagem, ou a respeito do regime das patentes e marcas estrangeiras, ou ainda sobre os conflitos interjurisdicionais.

Em matéria de normas conflituais e interjurisdicionais, estamos na iminência de progresso considerável, que poderia inclusive impulsionar o esforço de construção do Mercosul, desde que se assegure a coerência do sistema, considerando a executoriedade e o rito processual aplicável à homologação de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros — pois no momento se encontram no Congresso Nacional, em vias de se tornarem direito vigente em futuro bastante próximo, as *Convenções Interamericanas de direito internacional privado*, que em sua maioria foram ratificadas e estão vigentes, entre outros, também nos demais países do Mercosul, fazendo com que se pudesse assegurar, em todas as matérias reguladas pelas CIDIP's, a uniformidade de normas conflituais.

São estes somente alguns dos tópicos que poderiam ser pertinentemente abordados nesta linha e que podem ser retomados e desenvolvidos em caráter monográfico.

Pareceu-me mais construtivo adotar esta linha: *considerar a viabilidade constitucional do Mercosul e seus mecanismos jurídicos de implementação*, como modo de ilustrar a *contraposição entre protecionismo e integração*.

Os problemas existem, são medonhamente sérios e são conhecidos. Os moldes infalíveis infelizmente fracassaram, mais ou menos estrondosamente.

A construção das soluções tem de ser feita experimentalmente, caso a caso, e está tão estreitamente ligada às circunstâncias de cada tentativa a ponto de tornar a transposição de modelos, mesmo descartando automatismos, tarefa arriscada.

É desnecessário frisar a *viabilidade da tentativa*. É ocioso repetir o discurso da complementariedade econômica em diversos setores. É inoportuno insistir na potencialidade nacional, como mercado interno, como sociedade que poderia se tornar socialmente justa, e como impulsionador da integração não somente econômica, mas também jurídico-institucional com os países vizinhos, no âmbito do Mercosul, sim, mas também resgatando vocação mais ampla, a respeito da qual pouco ou nada se tem falado nestes últimos tempos, do papel internacional que o Brasil tem a desempenhar, passando longe do ranço do discurso do "Brasil-potência" dos anos 60-70, para situar o País como líder regional e como protagonista internacional — não se pode pretender isso, enquanto não se colocar a própria casa em ordem.

Eu espero ainda ter tempo de poder viver — em futuro não muito remoto — um pouco desses anseios que estive expondo, ou, se não, que ao menos possamos deixar a casa em ordem para as gerações futuras.

Judiciário, democracia, políticas públicas

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

SUMÁRIO

1. A defesa da democracia e a defesa da livre iniciativa — serão a mesma coisa? 2. Democracia: direitos civis e liberdade individual — a proteção jurisdicional tradicional. 3. Democracia, direitos sociais e políticos públicos — planejamento e despesas públicas. 4. Judiciário e direitos sociais — os limites e potenciais da atuação Judicial nas políticas públicas. 5. O sentido e o valor do judiciário no Estado democrático

1. A defesa da democracia e a defesa da livre iniciativa — serão a mesma coisa?

Há uma pergunta que compete a uma ou duas gerações de brasileiros: afinal, uma democracia define-se pela liberdade de iniciativa econômica? Será que as liberdades públicas e os direitos humanos são secundários na vida democrática?

Creio que nossa geração precisa ter sempre em mente os eventos que marcaram o período ditatorial: Congresso Nacional e Judiciário permaneceram funcionando. Se assim foi, claro que a democracia não nasceu deles, que não foram as “instituições” que resguardaram a democracia e a restauraram. Tiveram seu papel, sem dúvida, mas não o exageremos. Isto é de capital importância, porque depois do período constituinte de 1987/88 corremos o sério risco de voltar a acreditar que é um documento e uma burocracia que podem salvar a vida democrática, ou um grupo elitizado de intelectuais, políticos profissionais ou jornalistas e imprensa (às vezes mais desorientante e desorientadora) os mais capazes de defender o “progresso político-social” do Brasil. A questão é mais complexa, e os atores importantes numa sociedade democrática são os cidadãos

José Reinaldo de Lima Lopes é Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP e Pesquisador do CEDISO — Centro de Estudos Direito e Sociedade.

Conferência apresentada no Seminário “Democratização do Judiciário” organizado pela AMATRA — Associação dos Magistrados do Trabalho da 4.ª Região, em Porto Alegre, RS.

todos, com liberdade de organização e voz na cena política pública.

2. Democracia: direitos civis e liberdade individual — a proteção jurisdicional tradicional

Vistas estas linhas preliminares, seria bom elencar alguns itens necessários em toda organização social democrática moderna. Vários deles já se tornaram até mesmo lugares comuns. São, no entanto, constitutivos de um regime de homens livres: os direitos civis, as liberdades públicas, a regra da maioria e a alternância no poder, a separação entre governo e Estado, a limitação constitucional dos poderes, a legalidade, a igualdade perante a lei, e tantos outros. O tema que parece pouco esclarecido é o das novas regras democráticas relacionadas aos direitos sociais e econômicos.

Será verdade que os direitos inscritos, por exemplo, no art. 7.º de nossa Constituição sustentam a democracia? Será verdade que seu desrespeito e sua não-implementação evidenciam a falta de democracia?

Os direitos tradicionalmente reconhecidos como direitos e liberdades individuais têm uma proteção já definida em nossa tradição jurídica. Dois remédios constitucionais de que dispomos são típicos de tal proteção: o mandado de segurança e o *habeas corpus*. Nos dois casos, um cidadão recorre ao juiz (Judiciário) pleiteando que cesse ou se evite um ato ou medida de autoridade pública que viole seus direitos e liberdades individuais.

Dentro da esfera de liberdade individual, chamada de liberdade *geográfica* (significando um espaço de vida no qual a interferência de terceiros — particulares ou Estado — apenas ocorre se houver vontade do homem livre), os remédios também são tradicionais. Digamos que esta chamada esfera da vida privada se constitui e organiza, atualmente, sob o signo das obrigações privadas: advindas dos contratos (de massa, de consumo, ou privados propriamente) ou da responsabilidade civil (relações involuntárias, como diziam os clássicos). Nestes casos, também o Judiciário tem um papel tradicional, chamado a *intervir por qual* quer das partes para impor e executar as obrigações entre particulares. Mesmo que hoje em determinados campos os direitos dos particulares deixem de ser individualistas (como no caso do direito do consumidor, do direito ambiental e urbano, etc.), ainda assim, a controvérsia judicial pode ter um papel relevante e

relativamente eficaz.

Ao mesmo tempo, ninguém parece ter dúvida de que o Judiciário, nestes casos, desempenha um papel democraticamente definido ao assegurar o julgamento segundo a lei, a igualdade perante a lei, o princípio da legalidade, que funda qualquer república democrática.

As dúvidas e perplexidades surgem quando se trata de disputas que envolvem outra natureza de direitos. Diria que se trata dos direitos cuja garantia não está na aplicação de uma norma de caráter obrigacional, como as regras dos contratos, mas de normas formuladoras de políticas públicas. Aqui, sim, temos questões novas a examinar. Por isso, convém subdividir tal questão em dois pontos: num primeiro momento, estabelecer as relações entre democracia, direitos sociais e políticas públicas; num segundo momento, estabelecer as relações entre um modelo de Estado emergente dos anos 80 e o papel do Judiciário nesse contexto.

3. Democracia, direitos sociais e políticas públicas — planejamento e despesas públicas

Iniciemos com as lições de um insuspeito autor, Norberto Bobbio. Para ele, o Estado liberal é pressuposto histórico do Estado democrático. Assim, as regras do jogo democrático são apenas o mínimo, sem as quais não pode haver democracia, mas que por si só não asseguram a existência da democracia. Em outras palavras, são condição necessária, mas não suficiente, da vida democrática¹. Além disso, afirma ele que a democracia está num processo de expansão, ou seja, ela é hoje um processo em si mesmo que almeja mais liberdade em mais lugares². Ou seja, de um Estado democrático, passa-se a procurar uma sociedade democrática. Creio que os novos direitos sociais são representativos disto e por isto são direitos constitucionais. Estes direitos constituem elemento essencial da democracia, na medida em que é inerente a esta a concessão de condições reais de possibilidade de vida digna. Se a democracia é o oposto do poder autocrático e se a sua realização depende da eliminação progressiva de oligarquias, de restrição ao acesso ao Estado (cargos de decisão ou de

¹ Cf. BOBBIO, Norberto. "Democracia Representativa e Democracia Direta" in *O Futuro da Democracia*. Rio: Paz e Terra, 1986, pp. 18-20. Cf. também seu *A Era dos Direitos*. Rio: Campus, 1992, p. 147.

² Idem, "Democracia Representativa...", cit., p. 55.

execução), transparência crescente do exercício do poder e participação consciente dos cidadãos, *a negativa dos direitos sociais, ou seja, a negativa das condições de possibilidade de vida digna garantida sob o nome de direitos sociais, é negativa da democracia.*

Os novos direitos, que aliás nem são tão novos visto que já se incorporaram em diversas constituições contemporâneas, inclusive brasileiras anteriores à de 1988, têm característica especial. E esta consiste em que não são fruíveis, ou exeqüíveis individualmente. Não quer isto dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos. Mas, de regra, dependem, para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade. Assim é o caso da educação pública, da saúde pública, dos serviços de segurança e justiça, do direito a um meio ambiente sadio, o lazer, a assistência aos desamparados, a previdência social, e outros previstos no art. 6.º, no art. 7.º, sem contar as disposições dos incisos do art. 170, do art. 182, do art. 193, do art. 225, e muitas outras espalhadas ao longo do corpo de toda a Constituição de 1988. Ora, todos os direitos aí previstos têm uma característica que durante muito tempo assombrou os que foram formados em nossa dogmática herdada do século XIX: não se trata de direitos individuais, não gozam, aparentemente, da especificidade de proteção proposta no art. 75 do Código Civil: qual a ação, quem o seu titular, quem o devedor obrigado? Naturalmente, a dogmática do século XIX, que ainda prevalece entre nós, teve enormes dificuldades para dar a resposta a isto. *Tratava-se, como já disseram alguns entre nós, parafraseando Pirandello, de direitos à procura de um autor.* De fato, a dificuldade deriva materialmente do modelo social do mercado, ao qual corresponde um modelo jurídico de relações interpessoais³.

São estes direitos que dependem, para sua eficácia, de uma ação concreta do Estado, e não simplesmente de uma possibilidade de agir em juízo. Existe, fundamentalmente, uma dupla série de questões jurídicas a serem enfrentadas. Em primeiro lugar, (1) trata-se de saber se os cidadãos em geral têm ou não o direito

de exigir, judicialmente, a execução concreta de políticas públicas e a prestação de serviços públicos. Em segundo lugar, (2) trata-se de saber se e como o Judiciário pode provocar a execução de tais políticas.

Quanto à exigibilidade concreta dos direitos, alguns remédios constitucionais foram criados: a iniciativa popular de leis (art. 61, § 2.º) é um deles, mas situa-se fora da esfera do Judiciário. O outro é o mandado de injunção (art. 5.º, LXXI). Este, todavia, parece mais apto à defesa tradicional (limitativa do poder público) do que à defesa ativa e promocional dos direitos sociais, muito embora seja o remédio previsto para os casos em que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de prerrogativas constitucionais inerentes à cidadania, por exemplo. Ainda mais, temos visto algumas tentativas de responsabilização do Estado por omissão de serviços essenciais. E, no entanto, tal responsabilização é bastante complexa e difícil, visto que a maioria dos serviços omitidos são *uti universi*, e *uti singuli*⁴, não remunerados diretamente pelos usuários, mas mantidos por meio de impostos gerais, etc. Além disso, a prestação do serviço depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço, o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social.

Mais ainda, muitos dos direitos sociais não são exercíveis exclusivamente contra o Estado. Imagine-se o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal), ou o direito à promoção da defesa do consumidor (art. 5.º, XXXII, art. 170, V); o conflito de interesse não está, primariamente, entre o Estado e o cidadão, mas entre cidadãos. Qual o *direito* de que gozam? Cada vez mais, os direitos sociais interessam à proteção de alguns cidadãos contra outros, capa-

³ Sobre o assunto ver o meu *Responsabilidade do Fabricante e a Defesa do Consumidor*. S. Paulo: RT, 1992, onde resumidamente esboço este modelo e se encontra bibliografia básica sobre o tema.

⁴ Para a distinção ver os administrativistas em geral, por exemplo: Mário Mazagão, Hely Lopes Meirelles.

zes de violarem a ordem pública. o bem comum, o gozo pacífico do patrimônio comum da humanidade, etc.⁵

Pode o Judiciário provocar a execução de políticas públicas? Esta segunda questão precisa ser analisada tomando-se o conjunto de medidas que compõem uma *política pública*.

Uma política pública, juridicamente, é um complexo de decisões e normas de natureza variada. Para promover a educação ou a saúde o que deve fazer o Estado? Quais os limites constitucionais, quais as direções impostas pela Constituição? A falta de reflexão sobre o complexo de normas que aí se entrelaçam pode ser fonte de trágicos mal-entendidos. Começamos afirmando que ao Estado não são dadas muitas opções; uma política de educação, ou saúde, ou preservação de meio ambiente dependerá sempre, mais ou menos, do seguinte: gastos públicos, de curto, médio e longo prazos e legislação disciplinadora das atividades inseridas em tais campos. A legislação terá ou o caráter de organização do serviço público, ou a promoção indireta do serviço de saúde ou educação por particulares (empresas, não nos enganemos). Esta última opção significa, claramente, promover alguma legislação sobre o assunto, e exercer, de certa forma, o poder de polícia, seja autorizando, fiscalizando ou ordenando e estimulando a coordenação das atividades estatais, privadas e todas entre si.

Nesta perspectiva, cresce a importância de alguns capítulos constitucionais pouco conhecidos dos juristas em geral. Refiro-me particularmente ao Título VI (Da Tributação e do Orçamento), Capítulo II (Das Finanças Públicas), arts. 163 a 169. Em geral o estudo de tais normas tem sido relegado a um segundo pla-

no, seja nos currículos das faculdades de direito, seja no debate público. Em geral, também, o estudo de tais normas restringe-se a uma perspectiva negativa dos tributaristas que invocam continuamente os princípios fixados na Magna Carta inglesa (de 1215) para argumentar sempre pela inconstitucionalidade das iniciativas do Estado. É certo que há inúmeras iniciativas inconstitucionais, mas será que nosso estudo jurídico deveria restringir-se ao estudo do limite ao poder de tributar? Será que a tanto se reduz o direito público que precisamos saber em plena *transição pós-moderna*, digamos assim, do Estado? Ora, os princípios da Magna Carta inglesa, para quem conhece um pouco de história, dizem respeito à renda feudal, e não ao tributo moderno⁶. A analogia tradicional no caso tem o limite de toda analogia: opera com a semelhança de termos relevantes e não com a identidade, o que sempre torna suas conclusões incertas.

Assim, para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. E para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas, mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros. Assim, o Estado não só deve planejar seu orçamento anual, mas também suas *despesas de capital e programas de duração continuada* (art. 165, § 1.^o)⁷.

⁶ Cf. HESPANHA, António Manule. "Para um Teoria da História Institucional do Antigo Regime" in *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 1984.

⁵ A questão fundamental por detrás da idéia de bem comum é sem dúvida a rediscussão do tema da justiça de maneira racional, abandonando-se o emotivismo que em geral impera entre nós, ou seja, a concepção de que o justo se define pelo que alguém sente como sendo justo. Mas também sem cair no objetivismo puro e simples, tradicionalista e sementeira de *aiatolás* de toga ou beca. Importante lembrar aqui a contribuição de Luciano de Oliveira, da Fundação Joaquim Nabuco, de Recife, num lúcido texto (*Illegalidade e Direito Alternativo: notas para evitar alguns equívocos*), cujo manuscrito gentilmente me encaminhou, onde se distingue com clareza os direitos civis dos direitos sociais, provocando os juristas a pensar nos meios de defesa, de uns e outros, de modo distinto.

⁷ Sobre a questão do planejamento ver GRAU, Eros Roberto. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, S. Paulo: RT, e COMPARATO, Fábio Konder. "Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado" in *Revista de Direito Público* n.º 97, pp. 17-28. Talvez a contribuição mais lúcida para a discussão do tema venha sendo dada por José Afonso da Silva. Em texto claro e preciso ("A Constituição e sua Revisão", *Cadernos Liberais IV/XCI*), resultado de conferência apresentada em 2 de abril de 1991, faz um exemplar diagnóstico da incapacidade do Estado brasileiro de formular as políticas públicas, devido a sua privatização por grupos sociais determinados e ao sistema de representação congressional que transforma os legisladores em agenciadores de verbas públicas. O texto é de leitura indispensável.

As políticas públicas agrupam-se também em gêneros diversos: existem (1) as *políticas sociais*, de prestação de serviços essenciais e públicos (tais como saúde, educação, segurança e justiça, etc.), (2) as políticas sociais *compensatórias* (tais como a previdência e assistência social, seguro-desemprego, etc.), (3) as políticas de *fomento* (crédito, incentivos, preços mínimos, desenvolvimento industrial, tecnológico, agrícola, etc.), (4) as *reformas de base* (reforma urbana, agrária, etc.), (5) políticas de *estabilização monetária*, e outras mais específicas ou genéricas. Em todas elas colocam-se diversas questões relativas aos princípios democráticos: qual o grau de transparência ou de sigilo que se requer em cada caso, qual a previsibilidade de que se pode dispor, qual o impacto que se pode causar, qual o sentido da política, *verificados seus beneficiários* a curto, médio e longo prazos? Qual a responsabilidade do Estado na implementação da política pública? Responsabiliza-se por prejuízos causados a indivíduos singulares, ou não? Responsabiliza-se pelo insucesso, ou seja, pelo resultado da política, ou apenas pelos meios? Os membros dos poderes públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, podem ser politicamente responsabilizados pela não-implementação de políticas públicas? Podem ser responsabilizados politicamente ou civilmente pela distorção ou desvio de políticas públicas?

Sem os planos, sem os orçamentos, nada de política pública pode ser implementado. Paradoxais e quase inúteis seriam, então, as decisões judiciais a respeito de qualquer direito social? Eventualmente não, e isto passamos a ver em seguida.

4. Judiciário e direitos sociais — os limites e potenciais da atuação judicial nas políticas públicas

Há diferentes limites à atuação do Judiciário no que diz respeito às políticas públicas: uns de natureza institucional, outros de natureza social, econômica, política e ideológica.

Entre os de natureza institucional citemos

* Sobre o assunto cf. Claus Offe, *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio: Tempo Brasileiro, 1984; também sobre a responsabilidade, limitada ou inexistente do Estado, pelo desempenho, por particulares, de atividades fiscalizadas ver Jean F. Overstake "Responsabilité du Fabricant de Produit Dangereux", *Revue de Droit Civil*, LXX, 485, Paris.

os seguintes: 1. os limites da coisa julgada: esta atinge as partes de uma lide concreta, não os cidadãos em geral (exceto no caso das ações civis públicas ou as previstas no Código de Defesa do Consumidor, mas mesmo assim de modo ainda restrito); 2. os limites da lide cingem-se à pretensão resistida, o que é difícil de definir individualmente se o caso é de omissão política geral que afeta singularmente um cidadão (o remédio seria algo na forma do mandado de injunção, mas ainda não existe adequadamente); 3. a necessidade de provocação das partes (toda jurisdição é provocada); 4. a perspectiva de aplicação da lei a um caso (lide) já existente (o Executivo e o Parlamento produzem as normas que valerão para o futuro, prospectivamente); 5. falta de canais adequados para que se questionem, de maneira não-fragmentada, a confecção (no Parlamento) e a execução (pelos três poderes) dos orçamentos públicos. Neste último caso, os Tribunais de Contas são cada dia mais questionáveis como mecanismos de transparência pública; 6. impossibilidade de num caso, especialmente em primeiro grau, ouvir todas as partes potencialmente envolvidas e toda a dimensão do mesmo (imagine-se a relação fundamental entre desenvolvimento e ordem econômica internacional).

Os limites de natureza política, econômica, social e ideológica são os mesmos que se colocam para os outros poderes: o Parlamento e o Executivo não se dispõem a fazer as reformas porque lhes falta a representação política adequada, ou a vontade política, porque se deixam dominar pelos interesses de sustentação do *status quo*, porque a mídia e a opinião pública ali veiculadas se identificam com um *animus* conservador, antes que transformador, porque a repercussão política de intervenções estatais tem sido negativa, etc. Repete-se hoje, entre nós, a disputa travada em torno do abolicionismo. A escravidão, durante todo o império, foi justificada em nome do direito adquirido, da legitimidade das compras de escravos, da defesa do patrimônio e do capital dos senhores de escravos. A defesa dos interesses privados custou ao Brasil um atraso social do qual até hoje não saímos. E tal atraso justificava-se com o argumento do direito adquirido. Assim, também os limites ideológicos são gravíssimos, quando não conseguimos, como juristas, conciliar o direito adquirido com a reforma.

Sem que se perceba que a justiça comutativa

va (ou retributiva) só se aplica entre iguais, e que as reformas a serem conduzidas socialmente têm a intenção de fazer justiça distributiva, e, pois, entre desiguais, as decisões judiciais correm o risco de se equivocarem profundamente. Para que haja distribuição de vantagens na sociedade brasileira é essencial que se esclareça de vez que a justiça social certamente interferirá com os que têm mais. Os tribunais precisam compreender que a própria justiça tributária é uma forma de justiça distributiva e não se pode fazer com que uns paguem sempre e outros nunca paguem⁹.

Em poucas palavras, a simples condenação dos Estados a indenizações de alguns cidadãos, que tiveram a oportunidade de chegar ao Judiciário, e a declaração de inconstitucionalidade das leis não significam logicamente a democracia. Tais decisões podem, muito facilmente, tornar-se em forma de transformar o Estado na grande agência de seguros dos que já têm algo ou muito a perder e impedi-lo de transformar-se no grande promotor do desenvolvimento social. Convém lembrar as palavras do saudoso Paulo VI: "Desenvolvimento é o novo nome da paz"¹⁰.

Em livro recentemente publicado, o Professor Gerald N. Rosenberg, da Universidade de Chicago, qualificava de vã a esperança que alguns depositam no papel reformador da Suprema Corte na vida política e social norte-americana. O título de seu trabalho é exatamente este: *A Vã Esperança: Podem os Tribunais Provocar Mudança Social? (The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?)* Chicago: Univ. of Chicago Press, 1991). Seu estudo chega à conclusão negativa, salvo se concorrerem algumas condições, em con-

junto ou separadamente: (a) quando outros atores sociais ofereçam incentivos concretos ao cumprimento das decisões inovadoras; (b) quando o cumprimento das decisões possa ser feito pelo mercado; (c) quando outros atores sociais possam impor restrições que induzam ao cumprimento das decisões judiciais; (d) quando as pessoas que desejam introduzir inovações sejam protegidas pelos tribunais. A crítica feita ao ensaio de Rosenberg afirma que seu modelo de análise não permite destacar e apreciar adequadamente o impacto qualitativo que uma decisão pode ter na opinião pública, afetando indiretamente até mesmo a cultura geral de um povo. O exemplo disso seria o caso *Brown v. Board of Education* (de 1954), pelo qual a Suprema Corte teria dado início às reformas anti-segregacionistas cujo auge se deu no governo Johnson (1963-68). Naquele caso, a Suprema Corte julgou que a segregação de alunos negros embora atribuindo-lhes condições e direitos iguais aos brancos, era intrinsecamente desigual e, pois, inconstitucional (*separate but equal are inherently unequal*)¹¹.

No Brasil pós-constituente corremos o risco de voltar ao bacharelismo judicialista, acreditando que por instrumentos jurídico-legais superaremos nossa pobreza, desigualdade e falta de democracia. Alguns elementos da tese de Rosenberg podem auxiliar-nos a ver os limites e o potencial das decisões judiciais na implementação dos direitos sociais, que dependem, como dito acima, de políticas públicas.

As políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico, como já mencionado. Envolvem elaboração de leis programáticas, portanto de orçamentos de despesas e receitas públicas. Dependem de leis de natureza civil ou pública, como sejam as que definem planos diretores de cidades, zoneamentos, definição de áreas de preservação ambiental, códigos de variada espécie (como o Código de Defesa do Consumidor), reorganização de institutos herdados do século XIX, tais como os contratos, que se transformam em contratos de massa, contratos-padrão, reorganização da propriedade, definindo-se novos conjuntos de coisas fora do comércio, não-alienáveis, e assim por diante. Imaginemos uma política habitacional: nela

⁹ Cf. sobre o assunto "A Justiça Federal e o Ajuste Fiscal", de Gentil Domingues dos Santos (*Folha de S. Paulo*, pp. 2/2, edição de 9 de março de 1993). Analisando com lucidez a questão, afirma que "ao Poder Judiciário não é dado, à escusa de independência dos poderes, impedir o normal, regular e legítimo exercício, pelo Estado, dos demais poderes — o Executivo e o Legislativo".

¹⁰ "As excessivas disparidades econômicas, sociais e culturais provocam, entre os povos, tensões e discórdias, e põem em perigo a paz. (...) Combater a miséria e lutar contra a injustiça é promover não só o bem-estar mas também o progresso humano e espiritual de todos e, portanto, o bem comum da humanidade. A paz não se reduz a uma ausência de guerra, fruto do equilíbrio sempre precário de forças." (*Populorum Progressio*, n.º 76)

¹¹ Sobre o papel das decisões judiciais e dos instrumentos jurídicos para implementar mudanças sociais, ver também o meu *Direito e Mudança Social*, S. Paulo, tese, 1991.

estão envolvidos vários dos assuntos já elencados. Para além disso, existem os atos concretos de execução de tais políticas, normalmente exercidos por órgãos administrativos centralizados e descentralizados (autarquias e empresas públicas), sem contar o poder de polícia, exercido por antecipação (na forma de autorizações e licenças) ou posteriormente (na forma da fiscalização).

Além de tão variados meios, é preciso lembrar a característica situação do Judiciário: trata-se de um poder distinto dos outros, pois só atua mediante provocação, como já referido acima. *Ne procedat iudex sine auctorem*. Assim, se o Executivo e o Legislativo podem dar início *espontaneamente* (do ponto de vista jurídico-institucional) a reformas, o mesmo não se dá com o Judiciário. Este depende de provocação dos interessados. Naturalmente hoje em dia já existem mecanismos processuais, ainda novos para os padrões da tradição jurídica, que possibilitam o ingresso de substitutos processuais de interesses coletivos: pensemos especialmente nas ações civis públicas, nas diversas formas de defesa dos consumidores previstas no Código de Defesa do Consumidor, nos mandados de injunção e na ampliação da legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Mesmo assim, não havendo, ou não aparecendo, interessados na propositura de tais ações, a questão ficará adstrita aos meios individuais de defesa de interesses, fazendo com que se fragmentem decisões que, a rigor, deveriam atingir toda uma política.

De mais a mais, como visto no caso dos planos de estabilização econômica desde 1986, ao Judiciário ocorrem os interessados em obstar, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, a aplicação de algumas normas. Não se vê, e nem seria possível ver-se, a ida ao Judiciário para a proposta de uma política alternativa. O foro próprio, naturalmente, dá-se no Executivo e no Legislativo. Mas com isto fica evidente o limite do Judiciário ao tratar de determinadas questões: podendo impedir a aplicação de uma norma, não pode colocar outra em seu lugar. Sua função, neste caso, é sempre a tradicional: aplicar, num caso concreto, o direito vigente. Nunca é, por natureza, criar direito geral e novo.

Imaginemos o direito à saúde (art. 6.º e art. 196 CF), ou o direito a um meio ambiente saudável (art. 225 CF), ou o direito ao bem-estar urbano (art. 182 CF). Como torná-los eficazes? Não se trata de aplicar uma norma qual-

quer entre indivíduos que disputam determinada coisa. Trata-se antes de garantir condições de exercício de direitos sociais e de gozo de bens não submetidos ao regime da propriedade, da disponibilidade do consumo, da mercadoria. As contradições começam a surgir de maneira muito clara. E as contradições surgem quer pela deficiência do Judiciário em resolver problemas de caráter coletivo ou comum, quer pela falta de equilíbrio na aplicação de princípios aparentemente contraditórios. Assim, de um lado, a exploração mercantil da saúde é frequentemente louvada como um valor da iniciativa privada. Ao mesmo tempo que proliferam os serviços particulares de saúde, decaem os serviços públicos da área. As seguradoras e prestadoras de serviços de saúde atendem a uma população mais ou menos definida: os que têm emprego fixo em setores mais ou menos organizados da atividade econômica, ou os que têm renda suficiente para filiar-se a um plano de saúde. O que dizer dos trabalhadores informais, dos que estão em setores menos dinâmicos da economia, dos funcionários públicos, dos que não podem pagar um plano de saúde? Quem os defende? O que vemos é o avanço progressivo da mentalidade privatista: o Judiciário é chamado a decidir, isto sim, se é ou não legal ou constitucional a intervenção legislativa nos contratos de tais planos de saúde, em que condições as cláusulas de reajuste de tais ou tais planos devem ser mantidas ou podem ser anuladas, etc. Mais ainda, ao interferir em tais contratos-padrão, estará também o Judiciário interferindo na distribuição desigual dos benefícios, visto que o reajuste de uma prestação pesa diferentemente para indivíduos de classes diferentes de renda.

Outro exemplo que mostra as contradições existentes entre os interesses individualmente postulados e a política pública e o papel desempenhado pelo Judiciário: o caso dos reajustes das pensões e aposentadorias ocorrido em 1991. As ações começaram a ser propostas de maneira fragmentária e localizada. As decisões judiciais começaram a aparecer também fragmentariamente. No entanto, as decisões judiciais não poderiam substituir-se ao orçamento da previdência social, seja por questões de direito, seja por questões de fato. Se o orçamento foi bem ou mal elaborado, a consequência, naturalmente, foi que o acerto das contas da previdência só pôde fazer-se no ano seguinte, reorganizadas que foram as receitas e as despesas, contando já com as decisões que

deram pela inconstitucionalidade do reajuste votado anteriormente pelo Congresso Nacional. Ora, neste embate muitos indivíduos considerados singularmente nada poderiam ter feito. Assim, um representante do INSS chamado a responder judicialmente pelo reajuste era, de fato e de direito, impossibilitado de dar a solução, pois o empenho das verbas é feito de forma legal. Mas não tivesse havido a avalanche de casos, não teria havido a reorganização das contas da previdência. Pergunta-se, porém, se é justo que um funcionário do INSS seja submetido à ameaça de prisão ou ao vexame a que foram alguns submetidos, inclusive pela imprensa.

Mais ainda, a contradição básica a que podemos chegar em muitos destes casos é a de considerar que o Estado (encarnado no Executivo para a maioria dos leigos) deve se responsabilizar por todos os prejuízos, deve comportar-se como uma agência seguradora geral de cidadãos e instituições, enquanto fica impedido de tomar providências no exercício de seu poder de polícia, ou mesmo na aprovação de políticas públicas, planejando a médio e longo prazos.

Ora, se a função de planejamento é tão importante, convém esclarecer, todavia, que o Judiciário não está suficientemente aparelhado, do ponto de vista institucional, para interferir nestas questões, como parece em geral não estar culturalmente preparado, despreparo que compartilham os magistrados com a maior parte dos bacharéis. Em acórdão recente do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (Ag. Instr. n.º 516.632-9, j. 21.10.92, maioria de votos) o exemplo da complexidade do problema é claro. O Tribunal foi chamado a julgar a aplicação de um índice de correção monetária, especificamente de *deflação (tablita)*. Não nos importa tanto a decisão final quanto o caminho seguido para chegar a ela. Houve voto vencedor e voto vencido. O vencedor traz algumas considerações que merecem destaque: (1) julga trazendo à colação o princípio de direito privado de respeito aos contratos acima das disposições de ordem financeira da União; (2) apela para o princípio da apreciação de toda lesão de direito pelo Poder Judiciário; (3) cita como autoridade para definir as causas da inflação um jurista de postura nitidamente conservadora, desprezando outras contribuições; (4) afirma, com outras palavras, que o fenômeno inflacionário é *culpa do governo*, não mencionando as variadas causas que os eco-

nomistas mencionam, inclusive os estrangulamentos estruturais da economia, os conflitos distributivos, desconsiderando que mesmo os países capitalistas centrais têm a sua taxa de inflação, sendo de supor que ali não há tanto interesse governamental na mesma; (5) conclui que "*cabe ao Judiciário ignorar o índice oficial e aplicar qualquer outro*", como também pode fazer pericia para calcular a inflação real e a correção devida, impedindo o enriquecimento sem causa" (grifo nosso).

O voto vencido, por seu turno, considera e pondera que: (1) a deflação é um índice de correção negativo e não faz sentido a jurisprudência reconhecer o poder estatal para publicar índices de correção crescentes e negar-lhe o poder de publicar índices decrescentes (deflatores); (2) historia os inúmeros índices, alegando que medem, para setores, regiões geográficas, universos e com métodos distintos a inflação; (3) que a publicação de índices dá aos agentes econômicos uma margem subjetiva de aplicação, sendo que muitos, para sua proteção, os "superestimam"; (4) em apoio a seu raciocínio, incorpora artigos de especialistas e economistas; (5) conclui que os indexadores são mecanismos macroeconômicos, à disposição do Executivo e do Legislativo da União, não podendo o Judiciário compensar individualmente os prejuízos. Em suma, o voto vencido reconhece que, com as medidas de estabilização da moeda, perde-se de um lado, ganha-se de outro. O indivíduo que vai buscar o acréscimo de correção monetária nas contas que tinha a receber não vai, naturalmente, buscar a declaração de nulidade ou ilegalidade da medida que significou o decréscimo nas suas contas a pagar.

Julgando os casos em bases singulares, o Judiciário pode enredar-se nestes paradoxos insolúveis. Pensando fazer justiça num caso particular, ao dar a correção monetária a um, esquece-se de que esta mesma pessoa pode ter-se beneficiado de outro índice no seu passivo. Isto não quer dizer que há matérias interditas para o Judiciário: quer apenas dizer, acompanhando as distinções dos clássicos, que cada vez mais chegam ao Judiciário demandas relativas ao fazer a justiça distributiva, quando ele foi instituído para fazer a justiça comutativa. Ora, sendo assim, o que tem feito e o que pode fazer o Judiciário brasileiro?

5. *O sentido e o valor do Judiciário no Estado democrático*

Se tantos são os problemas em que se envolve o Judiciário, será que terá mesmo um valor positivo na ordem democrática, e qual seria? Naturalmente, a resposta é afirmativa, dependendo, porém, de uns tantos esclarecimentos. Em primeiro lugar não se pode confundir democracia com liberdade de mercado. As constituições democráticas, com exceção talvez da norte-americana, organizam e disciplinam a liberdade de iniciativa, de tal modo que hoje, como adverte Fábio Comparato, a intervenção do Estado no domínio econômico não é execução: a regra constitucional, ao contrário, é que a atividade econômica da livre iniciativa é, por natureza, disciplinada e não anárquica.

Em segundo lugar, é preciso compreender que o Estado democrático garante direitos sociais mínimos e, mais ainda, promove reformas sociais. Isto não é um apêndice à democracia e nem uma recomendação simplesmente ética. Trata-se de uma condição de possibilidade e de eficácia do Estado de direito que entre os cidadãos não se abra um fosso insuperável de vantagens e oportunidades distintas: são estas condições de miséria que desestabilizam as democracias. As reformas institucionais e legais são também dever constitucional do Estado, de modo que ao Judiciário não compete simplesmente ser zeloso defensor do *status quo* iníquo em que vivemos sob o pretexto de defender o princípio do *direito adquirido*. Fazer isto significaria aplicar apenas a parte da Constituição que interessa aos *beati possidenti*. Aplicar a Constituição é também sustentar as medidas de valorização do trabalho, defesa do consumidor, defesa do meio-ambiente, reforma agrária e urbana, etc.

Em terceiro lugar, o Judiciário deve zelar para que a intervenção promocional, planejadora do Estado, seja feita de acordo com a lei e, sobretudo, de acordo com os princípios constitucionais. Não é por acaso que José Eduardo Faria vem insistindo na importância do Judiciário neste momento histórico: ele menciona com frequência o fato de que a aplicação da Constituição, seja por meio da edição do conjunto de leis complementares, seja por meio da interpretação dos princípios nela abrigados, é uma garantia fundamental da democratização da sociedade brasileira.

Um papel político fundamental do Judiciário é ser um canal de veiculação de reivindicações coletivas. Mas este papel, parece-me, é

apenas supletivo. Tornou-se relevante nas décadas de 70 e 80, quando os mecanismos de representação popular não funcionavam a contento, seja por vícios do sistema eleitoral, seja pelas medidas ditatoriais que impediam livre associação política, seja por outros defeitos existentes à época. Hoje um dos papéis mais relevantes do Judiciário está em garantir esta adequada representatividade da cidadania nos lugares próprios. O próprio Judiciário não pode ser permanentemente o canal de reivindicações: quando isto acontece é sinal claro de que os outros canais estão obstruídos e de que as negociações informais não funcionam, certamente pela enorme desigualdade de poder negociador e político das partes envolvidas.

As dificuldades do Judiciário em exercer tarefas administrativas tem sido clara. É preciso, aqui também, redefinir sua prática. Um exemplo vivo em São Paulo é a greve que atinge os serviços do Judiciário estadual. Algo de errado existe quando o orçamento elaborado pelo Tribunal de Justiça não atende as necessidades básicas do funcionalismo. É preciso lembrar que Justiça não é só a magistratura togada, é também o conjunto de servidores, cartórios, policiais, etc. Sem que haja adequado apoio, profissionalizado, competente, ágil, bem-remunerado, é ilusório e vão acreditar que a máquina judiciária funcionará melhor. As caixinhas, os presentes, os favores oferecidos a servidores necessitados encarecem a Justiça e distanciam-na dos pobres.

Outro elemento de enorme importância: o Judiciário, provocado adequadamente, pode ser um poderoso instrumento de formação de políticas públicas. Exemplo disto certamente é o caso da previdência social brasileira. Não fosse atitude dos cidadãos de reivindicarem judicialmente e em massa seus interesses ou direitos, ficaríamos mais ou menos onde sempre estivemos. Mas aqui, também, o Judiciário há de dividir o papel de protagonista dos casos com os cidadãos e advogados iniciadores das ações. Resta ver, para que efetivamente se fale em políticas públicas, que haja iniciativas de caráter menos particularmente reivindicantes e mais sociais, como nas defesas de interesses difusos antes que de interesses individuais homogêneos conforme se diz na moderna processualística.

Pela sua natureza, o debate judicial permite o avanço da democracia ao permitir as discussões de temas relevantes. Seja lá qual for a

nossa opinião a respeito de temas, como censura, liberdade de imprensa, aborto, direitos de minorias, direito de greve, etc., sua submissão a uma discussão judicial amplia o espaço de democracia, porque exige, com mais ou menos sucesso, a racionalidade das propostas divergentes.

Mas talvez hoje, como nunca, está em jogo perante o Poder Judiciário a questão fundamental da justiça distributiva no Brasil. Se até agora sua formação intelectual, ideológica, profissional habilitou, com tantas e tantas insuficiências, claro está, o Judiciário a exercer suas funções em casos marcados por disputas de trocas justas ou injustas, hoje o problema principal é o de distribuir justamente as vantagens e desvantagens comuns aos cidadãos todos. "Eis aí, pois, o que é justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom" (Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. L.V, 3). Se democracia tem algo a ver com justiça, e todos estão convencidos que tem porque não há quem defenda a democracia dizendo que ela é boa porque produz injustiça ou porque é incapaz de desfazer injustiça, então um dos temas importantes do Judiciário é atuar, a despeito de suas limitações, promovendo a justiça distributiva na linguagem dos clássicos. Ao Judiciário incumbe, pois, para desempenhar hoje seu papel histórico num Estado democrático, dar-se conta do modelo de Estado, de sociedade e de conflitos em que está imerso, escapar da ilusão liberal mais simples de que sua missão se reduz à proteção da propriedade privada e que as reformas sociais de que necessitamos virão por si, sem a sua participação.

Para terminar citemos as palavras de Morton Horwitz (*The Transformation of American Law*. Cambridge, Harvard University Press, sdp): "Estritamente falando, nunca poderia existir um regime de *laissez-faire*, a menos que os juizes se recusassem a prover a execução de todos os contratos e se recusassem a conceder indenizações por todos os danos causados a pessoas e patrimônios. (...) Neste sentido, a teoria contratualista dos juizes do século XIX era ao mesmo tempo instrumental (no sentido da promoção do desenvolvimento econômico) e liberal (no sentido tradicional de ser hostil à

regulação legislativa ou administrativa). Em resumo, ao analisar as atividades dos juizes em particular na decisão de lides relativas a contratos, ilícitos e direitos reais, a categoria do *laissez-faire* é freqüentemente pouco útil principalmente porque incapaz de distinguir entre finalidade distributiva e desenvolvimentista. Ao mesmo tempo ignora a significação política de se deixar a tarefa de regulação governamental em primeiro lugar aos juizes, que era, o mais das vezes, o verdadeiro objetivo dos defensores do *laissez-faire*." (p. XV)

Nada do que foi dito significa que o Judiciário precisa abdicar de sua função democrática e constitucional de controlar o exercício, segundo a lei e a Constituição, dos poderes públicos. O arbítrio, a privatização do Estado e o autoritarismo são tradicionais na vida política brasileira e não serão controlados senão com a ajuda do Judiciário. E, no entanto, é preciso evitar a todo custo confundir Estado de direito com limites constitucionais do poder de tributar; é preciso evitar confundir democracia com regime de liberdade de iniciativa; é preciso evitar confundir submissão à Constituição com interpretação de todo o texto constitucional a partir de princípios singulares; é preciso compreender cada vez mais de finanças públicas; é preciso, enfim, que os membros do Poder Judiciário sejam mais informados por outras ciências sociais. Assim como um juiz de família não pode furtar-se empregar técnicas avançadas na verificação da paternidade cujo reconhecimento se pede, não pode ignorar que ao julgar causas de caráter social, econômico e político depende de mais informações que as obtidas nos velhos manuais de seu tempo de faculdade.

O Poder Judiciário tem papel central no desenvolvimento democrático. Mas este passará, inevitavelmente, pela sua própria democratização, a envolver controles sociais eficazes sobre a administração da justiça e prestação de contas transparentes. As prerrogativas de que gozam os membros do Judiciário são essenciais ao desempenho de seu papel, são pilares do Estado democrático e, infelizmente, no Brasil ainda não se firmaram em toda parte. A independência do Judiciário deve ser reafirmada e cada vez mais garantida. Ela, porém, não se confunde com sua irresponsabilidade, civil ou política. Prerrogativas e irresponsabilidades¹² não são a mesma coisa. E no

¹² Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Irresponsáveis*.

processo político brasileiro atual, aumentando o papel da Justiça, aumenta sua responsabilidade.

veis? trad. Carlos A. de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989: "Na sua tentativa de conciliar os dois valores acima mencionados, deve este levar em conta o fato de que emergiu na sociedade moderna o fenômeno de certo grau de inevitável politização e socialização da função judiciária, amplamente examinado acima. E justamente este fenômeno, ao mesmo tempo que, obviamente, impõe acentuada prudência nas relações entre o Judiciário e o resto da organização estatal e social, também impõe, contudo, maior abertura e sensibilização e, assim, a responsabilização da moderna magistratura peran-

te o corpo social, suas necessidades e aspirações. Tenha-se presente, outrossim, que este terceiro modelo reflete a idéia central de todo sistema democrático de governo, idéia que freqüentemente aparece sob a fórmula de *checks and balances*: isto é, que o poder, para não degenerar, nunca deve ser deixado sem controle, e que, igualmente, quem tem o poder de controle não deve ser irresponsável no exercício de tal poder. Este terceiro modelo aspira ser, em suma, a resposta moderna à famosa e antiga questão posta por Juvenal: *sed quis custodiat et ipsos custodes?*" (p. 90)

Novos aspectos da concessão de obras e do seu financiamento

ARNOLDO WALD

1. A modernização da economia brasileira e a retomada do desenvolvimento pressupõem que a política de concessões e de privatização, já agora complementada pelo projeto de ajuste fiscal, seja efetivamente implantada com a criação dos instrumentos adequados no campo financeiro.

2. Enquanto, no caso de privatização, foram aprovadas as normas materiais e adjetivas simultaneamente, com a criação de uma sistemática de obtenção de recursos para os Projetos, o mesmo não ocorreu com a legislação sobre concessões, que, além de tardar a ser aprovada, justifica a imediata elaboração de lei sobre a matéria, a fim de evitar um risco de frustração do país, em virtude da falta de recursos adequados para que as empresas concessionárias possam cumprir o papel que delas se espera.

3. Não há dúvida que o *deficit* de infraestrutura é tão perigoso quanto o próprio *deficit* público, estando a exigir medidas rápidas, por parte do Governo, para restabelecer a eficiência dos concessionários, que, numa gestão privada e com recursos predominantemente particulares, mas também eventualmente públicos, poderiam realizar obras e serviços de interesse da coletividade, de acordo com a regulamentação e sob a fiscalização do Poder Executivo.

4. É incontestável que o Brasil precisa investir rápida e maciçamente em infra-estrutura, em energia, em transporte e em comunicações. Por outro lado, o Estado não tem os meios para fazer os investimentos necessários, sem ameaça de chegarmos à hiperinflação, que destrói a própria sociedade. Trata-se, agora, de vencer o círculo vicioso que se formou, com um *deficit* de infra-estrutura agravando o *de-*

Arnoldo Wald é Advogado em São Paulo e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

Exposição apresentada no Seminário "Alternativas para o setor elétrico", organizado pela Fiesp e outras instituições, em 10.11.93, em São Paulo.

ficat público e, conseqüentemente, a falta de recursos para o investimento em setores essenciais dos quais tradicionalmente cuidava o Estado.

5. Para transformar esse círculo vicioso em círculo virtuoso, a privatização de alguns serviços públicos pode ser a solução adequada, desde que definamos claramente as premissas e o quadro jurídico e econômico da política que se quer implantar. Já há alguns anos que os Presidentes da República e os Ministros da Fazenda falam, de modo reiterado, na privatização dos serviços públicos e no renascimento da concessão, que interessa à sociedade como um todo, constituindo um instrumento de drenagem de recursos privados para a realização de serviços públicos e uma técnica anti-recessiva, além de preparar a economia brasileira para o seu crescimento, a fim de enfrentar os desafios internacionais que vai encontrar no Século XXI.

6. A apresentação de sucessivos projetos de lei sobre a matéria, no Congresso Nacional, evidencia a imperatividade da criação de um quadro legal adequado. A necessidade de legislação própria e modernizada é reconhecida em todos os países, e até a Inglaterra, cuja tradição jurídica da *common law* é avessa aos diplomas escritos, aprovou em 1991 e 1992 leis específicas tratando da concessão de estradas de rodagem e de projetos de transporte ferroviário.

7. A idéia da concessão é antiga e, no passado, chegou a ser um instrumento importante do nosso desenvolvimento, especialmente nas áreas de gás e eletricidade, transportes ferroviários e telefonia. Torna-se necessário, agora, renová-la com uma regulamentação moderna da concessão de obras, que completa a concessão de serviços. Trata-se de uma técnica fecunda, pois cria a riqueza, fornece ao país obras e equipamentos, sem qualquer ônus para o erário público e, decorrido um prazo relativamente longo (de trinta ou cinquenta anos), a obra reverte ao Estado, basicamente sem qualquer compensação.

8. Na realidade, a concessão de obra pública é um instrumento de realização de projetos que, utilizando recursos privados, permite a construção de obras e o fornecimento de serviços de interesse da coletividade, mediante um processo de autofinanciamento, pelo qual a exploração da obra garante o pagamento do investimento feito. Assim, os concessionários

que realizaram a obra recebem do público e, especialmente, dos usuários dos serviços o pagamento que lhes é devido, abrangendo a compensação do investimento feito e o lucro decorrente de sua atuação e dos riscos assumidos. O fato de recair o ônus da obra e do serviço sobre os respectivos usuários, em vez de onerar toda a sociedade sob a forma de impostos, constitui, inclusive, um incontestável progresso na aplicação da justiça social e econômica.

9. A privatização da realização das obras e da exploração dos serviços alivia o Tesouro Nacional de investimentos e despesas de manutenção, que teria que fazer, e reduz a ação operacional do Estado, permitindo que se dedique, com maior afinco, às suas funções básicas e essenciais e mantenha o seu poder de polícia, com base na regulamentação que lhe cabe baixar. O Estado moderno torna-se, assim, mais eficiente porque mais modesto nas suas ambições e nas funções que exerce. Terminado o prazo da concessão, que deve ser relativamente longo, para compatibilizar a amortização do capital e a capacidade de pagamento dos usuários (trinta a cinquenta anos), a obra e o serviço revertem ao Estado, que pode optar entre renovar a concessão ou fazer nova licitação.

10. O sistema moderno da concessão é dinâmico e flexível, em oposição ao tradicional que, numa primeira fase, foi rígido e desapareceu — inclusive em virtude da inflação — e, posteriormente, transformou-se numa operação *cost-plus* ou de rentabilidade garantida com base no investimento, sem qualquer risco empresarial, correspondendo a um verdadeiro cartório que não deve perdurar. Trata-se, agora, de restabelecer, na concessão, o risco empresarial e a eficiência, que geram tanto as tarifas menores, quanto o maior lucro. Por outro lado, a concessão deve ser outorgada, após licitação, de preferência a entidades privadas e eventualmente a estatais, com gestão privada, sob pena de significar uma simples descentralização, sem efeitos sobre o Tesouro Nacional.

11. No mundo inteiro, a concessão modernizada fez com que o antigo sistema *turn-key* fosse substituído pelo BOT (*Built, Operate Transfer*), com sucesso nos Estados Unidos, na Inglaterra, no Sudeste Asiático e na França. É a concessão de obra que está permitindo a construção do Eurotúnel, de auto-estradas em vários países europeus e na Malásia, do metrô de Bangcoc, da nova ponte de Sidney, na Austrália, de um trem de alta velocidade na Flórida,

de pontes na Inglaterra e em Hong-Kong e de projetos de geração de energia na Turquia.

12. No Brasil, falta legislação adequada e garantidora a respeito da concessão de obra, o que tornou discutíveis as tentativas de concessões realizadas, no passado, no plano ferroviário e rodoviário e complica as atuais, pois, sem lei adequada para garantir um investimento relevante de longo prazo, nenhuma concessão pode ter êxito.

13. Recentemente, a concessão de obras foi prevista nos acordos do Brasil com a Argentina e já há algumas leis estaduais na matéria, sendo as dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo as mais minuciosas e completas. Por outro lado, está em funcionamento, como projeto-piloto, um contrato de concessão, em virtude do qual foi finalizada a construção da terceira ponte de Vitória, com desempenho adequado, comprovando que o sistema pode funcionar, no interesse comum do concedente, do concessionário e dos usuários. O Ministério dos Transportes, por sua vez, acaba de publicar editais para a concessão de várias estradas.

14. Embora a concessão de obras não constitua um remédio milagroso, nem uma panacéia para todos os problemas, pode atender às necessidades brasileiras de desenvolvimento e modernização da infra-estrutura nos casos e condições seguintes:

- obras de alta ou razoável rentabilidade assegurada, que admitam o auto financiamento;
- garantia de manutenção das tarifas contratualmente fixadas e reajustadas;
- compatibilidade entre essas tarifas e a capacidade financeira do usuário;
- garantia da não-modificação das regras de jogo (eventuais tratados de garantia dos investimentos);
- manutenção do risco econômico por conta do concessionário, que é o empresário, mas assunção pelo Estado dos riscos políticos e sociais (eventual compensação pelo Estado de tarifas reduzidas no interesse social);
- possibilidade de agrupar concessões distintas numa mesma licitação, para que os recursos decorrentes de uma delas possa constituir o *funding* da outra.

15. Por outro lado, a implantação de um regime legal para a concessão de obras permitiria, no momento, a retomada imediata de algumas grandes obras públicas, consideradas

inadiáveis pelo próprio Governo, mas para as quais inexistem recursos financeiros suficientes. Uma política de implantação do sistema de concessões também evitaria a ameaça de desemprego nas áreas da construção e das indústrias de bens de capitais, que estão operando com grande capacidade ociosa.

16. Em todos os países que desenvolveram a concessão, ela se caracterizou como sendo um contrato de cooperação entre os empresários privados e o Estado, exigindo, pois, uma legislação própria para incentivar a captação de recursos e o fortalecimento econômico-financeiro das empresas concessionárias, às quais deve ser assegurado, de acordo com a lei e a nossa tradição legislativa, não só o equilíbrio econômico, mas também o financeiro, referente ao fluxo de caixa, que pressupõe a simultaneidade da entrada e saída dos recursos necessários ao bom desempenho dos serviços e à realização das obras públicas.

17. Na realidade, as constituições anteriores, especialmente a Emenda Constitucional, n.º 1, de 1969, asseguravam o equilíbrio econômico e financeiro das concessionárias (art. 1.º), que foi reiterado pela legislação ordinária (Decreto-Lei n.º 2.300, art. 55, II, alínea *d* e art. 65, II e § 6.º da Lei n.º 8.666) e a Constituição vigente também foi enfática ao garantir amplamente a manutenção, durante toda a vigência do contrato, das condições inicialmente estabelecidas na proposta (art. 37, inciso XXI).

18. Tanto a jurisprudência quanto a doutrina universalmente consagrada entendem que o equilíbrio, no contrato administrativo, é dinâmico, podendo o Estado, no uso dos poderes que lhe concedem as chamadas "cláusulas extravagantes", modificar unilateralmente as normas contratuais, desde que faça o pagamento de uma justa indenização. (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª edição 1992, pág. 199), como aliás foi demonstrado em excelente tese do Professor Caio Tácito, que foi pioneiro na sistematização da matéria.

19. A doutrina, já adotada, no particular, pela jurisprudência, admitiu pois que o contrato administrativo constitui uma verdadeira dívida de valor, na qual o débito deve acompanhar a inflação, impondo-se, pois, que as tarifas possam preservar o seu valor real, considerando-se o poder aquisitivo da moeda (Arnold Wald, *Estudos e Pareceres de Direito Co-*

mercial, 1ª série, Revista dos Tribunais, págs. 98 e seguintes).

20. As mais recentes leis referentes às concessões contêm previsão de estabilização ou até de redução das tarifas pelo poder público, garantindo a modicidade das mesmas ao usuário, desde que fique assegurada "ao concessionário a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato" (art. 14 da Lei Estadual Paulista n.º 7.835).

21. Cabe, pois, à lei que pretende dar a adequada estrutura financeira às concessões, não somente garantir às empresas concessionárias um fluxo de recursos e a criação dos instrumentos necessários para a utilização do mercado de capitais, como ainda torna-se indispensável recuperar a credibilidade do Estado, que não mais pode ser meramente programática. Por este motivo, deve a própria lei criar mecanismos adequados e eficientes para que as concessionárias, que confiaram no poder público, não venham a se tornar vítimas da prepotência e do arbítrio das autoridades, dependendo, para o seu ressarcimento, da propositura de ações judiciais que são demoradas e nem sempre asseguram a compensação da totalidade dos prejuízos.

22. Numa fase em que somos obrigados a reconhecer a situação de relativa insolvência do Estado e a escassez de capitais privados disponíveis a médio e longo prazo, a luta contra a recessão e a chamada *estagnação* (estagnação com inflação) exigem a concepção de novas medidas criativas para a utilização do crédito e do mercado de capitais, a fim de assegurar, com recursos privados atuais, que podem ser internos ou externos, e recursos públicos futuros, a realização imediata das obras e a consequente modernização dos serviços, que não mais pode ser adiada.

23. É dentro desse contexto que, paralelamente com as normas já existentes sobre a privatização, os projetos referentes às concessões e às licitações e as recentes decisões governamentais referentes ao contrato de gestão, concebeu-se um instrumento próprio para o sistema das empresas concessionárias que é a *debênture de infra-estrutura*, que é objeto de um projeto de lei de autoria do Deputado Messias Gois atualmente em tramitação no Congresso Nacional.

24. Trata-se de criar um título de crédito de longo prazo, ao qual, inclusive, poderá ser dado um tratamento fiscal privilegiado, como

aconteceu com os *municipal bonds* americanos existentes no setor, e que se destina a financiar as obras de infra-estrutura e a modernização dos serviços públicos já existentes, com a renovação dos seus equipamentos e o fortalecimento econômico-financeiro das empresas, muitas delas tendo sido, no passado, vítimas de uma política de tarifas demagógicas, que abalou a sua estrutura e fez com que perdessem parte substancial do seu capital.

25. As debêntures de infra-estrutura que poderão ser avalizadas pelo BNDES, terão como garantia o próprio contrato de concessão, a receita futura das concessionárias que, assim, poderá ser securitizada, e os bens de uso da concessão, ouvida a autoridade concedente, sempre que couber. Permite-se, assim, uma ampliação da base do crédito que as concessionárias poderão obter, com garantias fidejussórias ou reais e abrangendo nestas bens que, anteriormente, não seriam facilmente suscetíveis de ter essa utilização, sem maiores riscos para os eventuais credores nacionais e estrangeiros, ou seja, os poupadores e instituições especializadas que investem no setor.

26. O projeto de lei prevê, ainda, que, na medida em que existam verbas orçamentárias para realização de determinadas obras ou para investimentos em determinados setores nos orçamentos plurianuais representando recursos já alocados no futuro, mas não utilizáveis no presente, admitir-se-ia a subscrição das debêntures pela União (ou pelo seus agentes financeiros), ou a promessa, pela mesma, de adquiri-las no momento oportuno.

27. Prevê-se, também, a colocação de debêntures em moeda estrangeira e sua eventual colocação no exterior, com custos menores do que aqueles com os quais costumam arcar no mercado interno.

28. Existindo débitos importantes da União em favor das concessionárias, em virtude da política de congelamento das tarifas, o projeto de lei aplica o regime já consagrado nas privatizações, permitindo-se a utilização dos créditos correspondentes para pagamento de eventuais débitos que as concessionárias tenham no setor público, moralizando, assim, as relações entre o Estado e o particular e garantindo uma liquidação oportuna e equitativa das dívidas estatais, sem que haja emissão de moeda. Restaure-se, assim, a credibilidade do poder público abalada por sucessivos calotes.

29. Para apuração do valor desses débitos,

admite-se tanto a decisão judicial, como a apuração administrativa ou o juízo arbitral, que é um meio moderno e mais rápido de solução dos conflitos, que a nossa legislação está consagrando, cada vez com mais amplitude, inclusive nas relações internacionais, não havendo motivo para que não possa ser usado normalmente no plano interno.

30. Para fortalecimento financeiro das concessionárias credoras da União, ou do Estado, que não puderem compensar os seus créditos com débitos, o projeto admite que possa haver a emissão de títulos que seriam pagos, no seu vencimento, pela pessoa de direito público.

31. Enquanto na privatização, as moedas utilizadas não têm caráter inflacionário, por ser a União a vendedora dos bens e ensejar-se, assim, uma verdadeira compensação de créditos e débitos, o mesmo não ocorre na concessão, que é uma forma de evitar a estatização futura, mas exige investimentos imediatos e reais em moeda, ou seja, em dinheiro novo.

32. Para tanto, o Projeto de Lei, na sua versão original, entendeu que parte substancial das ações, que a União e os Estados possuem em sociedades de economia mista não destinadas à privatização, poderá funcionar como moeda de conversão na concessão, desde que mantido o controle da sociedade, inclusive mediante eventual liberação da relação existente, nessas empresas, entre as ações ordinárias e preferenciais, estas sem direito de voto, ou criação de certificados de investimento com direitos exclusivamente patrimoniais e sem interferência na gestão da empresa.

33. Ocorre, aliás, que já existe legislação permitindo que, nas sociedades mistas, haja mais do que dois terços do capital representados por ações preferenciais sem direito de voto, tendo sido recentemente superadas as dúvidas que existiam quanto à vigência do Decreto-Lei n.º 6.464/44 e sua eventual revogação pela Lei n.º 6.404/76. Trata-se, pois, de definir a possibilidade de conversão de ações ordinárias em preferenciais, em tais sociedades, para utilizar essas novas ações sem direito de voto como moeda para as concessionárias, devendo o resultado da venda das ações ser, necessária e exclusivamente, utilizado em investimentos para a modernização da infra-estrutura.

34. Ainda de acordo com a versão original do projeto de lei, a mudança de proporção entre as ações ordinárias e preferenciais na soci-

idade de economia mista não ensejará o direito de recesso dos dissidentes, em virtude da existência de interesse público na modificação ora prevista e de não ocorrer qualquer prejuízo para os demais acionistas, em virtude da própria natureza e estrutura da empresa.

35. Cabe lembrar que situações análogas surgiram no direito estrangeiro, como, por exemplo, na França, onde foram criados os chamados certificados de investimento, que correspondem às nossas ações preferenciais, mas não se transformam em ações ordinárias, mesmo no caso de não distribuição de dividendos por mais de três anos.

36. Admite, também, o projeto de lei, a conversão da dívida externa, nos limites e formas a serem definidos pelo Poder Executivo, em situação análoga à existente em matéria de privatização, sem que haja emissão de papel moeda, pois a conversão ocorrerá em ações preferenciais de empresas mistas não privatizáveis, devendo o capital investido ser mantido no setor pelo prazo de dez anos, que corresponde ao período de maturação e até de amortização de parte substancial do investimento feito na concessão.

37. A utilização da conversão da dívida externa em obras públicas ensejaria, em certo sentido, a repetição moderna do milagre divino da multiplicação dos pães, permitindo, simultaneamente, a utilização dos mesmos recursos do Estado:

- como investimento para obras inadiáveis;
- como pagamento da dívida externa via concessão, pois os recursos oriundos da conversão que forem investidos na infra-estrutura acabarão sendo reembolsados aos credores, em virtude dos pagamentos das tarifas ou pedágios pelos usuários das obras e serviços públicos. Ao contrário, sem a concessão e a utilização da conversão, o Estado jamais reaveria o seu investimento e não teria pago a sua dívida externa. É, pois, um só gasto para liquidar simultaneamente dois débitos, o correspondente ao investimento que irá ser realizado e o decorrente da dívida externa já existente e objeto dos acordos internacionais pelos quais o Brasil se obrigou a pagá-la.

38. Se houver garantias adequadas de tarifas e de manutenção da concessão no tempo, os bancos estrangeiros, credores do Brasil, poderiam estar interessados na conversão em relação a obras e serviços rentáveis. Cabe-nos,

assim, conceber uma fórmula que uniria, no projeto de concessão de obra, os empresários nacionais da construção civil, os industriais de bens de capital, os investidores particulares, via mercado de ações, e os credores estrangeiros, estes na base de uma fórmula de *project financing*.

39. Cabe salientar que, com maior ou menor sucesso, os bancos estrangeiros realizaram a operação do Eurotúnel, que liga a França à Inglaterra, sob o Canal da Mancha, emprestando ou investindo cerca de US\$10 bilhões, e acabaram de financiar um oleoduto na Colômbia, utilizando, a grosso modo, o sistema do *project financing*.

40. O financiamento de projetos, que se desenvolveu, em todos os países, a partir da década de 70, tem as suas peculiaridades, pelo fato de garantir o reembolso dos recursos investidos, com base na obtenção da receita a ser paga pelo usuário final da obra ou do serviço, e foi adotado, inicialmente, em operações com particulares. Nos últimos tempos, há, todavia, uma tendência a utilizar o *project financing* para permitir formas de financiamentos privados de serviços públicos geralmente vinculados à concessão. Na realidade, a concessão e o financiamento privado de projetos de obras e serviços públicos formam um conjunto de técnicas que, separadas, ou cumulativamente, pode permitir investimentos privados importantes e inadiáveis na infra-estrutura, desde que fixadas, com clareza, tarifas adequadas e rentáveis e garantias e prazo para amortização do capital.

41. Além das garantias necessárias e de uma mudança cultural da administração em relação ao contrato de concessão, que deve ser considerado como uma forma de parceria e colaboração entre o Estado e a iniciativa privada, seria preciso mobilizar os principais interessados diretos, na realização das obras de infra-estrutura. Caberia aos bancos e às empresas de consultoria a montagem da operação, que pode envolver, além de financiamentos, a venda futura do produto (venda de energia, por exemplo), que já hoje é objeto de securitização, e a criação de mecanismos que induzam o investimento privado na concessão, desempenhando um papel de promotor análogo àquele que lhes foi atribuído nas privatizações das empresas.

42. No tocante aos incentivos, cabe lembrar que a França tem concedido financiamentos

subsubsidiados às concessionárias, e os Estados Unidos atribuem uma isenção fiscal aos *bonds* vinculados a projetos de concessão realizados na área da infra-estrutura. Há, assim, a necessidade de redirecionar parte da poupança privada para a exploração dos serviços públicos, como acontece em todos os países, mediante a criação de mecanismos adequados para esse fim, que inclusive podem abranger tanto os fundos imobiliários, quanto as *venture-capital*, que estão sendo objeto de regulamentação pelo poder público.

43. Justifica-se, assim, a transformação facultativa em capital da empresa concessionária de certos débitos do poder público, nos planos interno e externo, e a abertura do capital das concessionárias. Há a possibilidade de colocação das suas ações no país e no exterior — como acontece com as empresas de serviço público da Espanha, do Chile e do México, que estão sendo negociadas na Bolsa de Nova Iorque —, com a conseqüente possibilidade de colocá-los nos fundos imobiliários já referidos, como também se pode cogitar da criação de fundos especializados em ações de concessionárias, que constituiriam um segundo leque de alternativas complementares na busca de recursos.

44. A conversão facultativa de empréstimos compulsórios em debêntures de infra-estrutura e a emissão de bônus assegurando ao investidor o recebimento do produto do investimento realizado, representado por energia elétrica, constituem outros pontos merecedores do estudo. Já houve a securitização da promessa de venda de eletricidade negociada no BMF, que está sendo objeto de regulamentação em resolução do Conselho Monetário Nacional, e não há por que não generalizar o uso do bônus de eletricidade, indexado pelo custo da energia elétrica que pode facilitar a colocação dos papéis no mercado, e o pagamento alternativo dos mesmos em energia.

45. Em relação às obras atualmente paralisadas ou que necessitem de investimento para poderem prosseguir, a concessão de obra mediante licitação também pode ser uma solução que deve ser examinada.

46. Quanto aos eventuais riscos políticos e sociais e mesmo aos vinculados à manutenção do valor real das tarifas, é possível criar um sistema de garantias e seguro, inclusive no plano internacional, que dê a credibilidade necessária ao novo sistema, mobilizando-se, para

tanto, o Banco Mundial ou outras entidades estrangeiras ou internacionais.

47. Na história da concessão, tivemos a fase da tese, que a admitiu sob gestão exclusivamente privada e com caráter estático. Posteriormente, houve a antítese, a concessão relativamente dinâmica, mas explorada geralmente pelo próprio Estado, através de entidades paraestatais, ou pelos particulares, com garantia de lucro (sistema *cost-plus* ou percentual do investimento realizado). Agora chegamos à síntese, com a distinção entre as obras que, pela sua natureza e reduzida rentabilidade, não devem ser concedidas e as obras e serviços rentáveis, suscetíveis de serem dados em concessão, com gestão e riscos privados e a colaboração, regulamentação e fiscalização do Estado.

48. Do mesmo modo que a antiga antinomia entre o Ocidente e os países comunistas desapareceu com a derrubada do Muro de Berlim, não há mais hoje a distinção tradicional rígida entre a área pública e privada, entre o direito público e o direito privado. A Constituição consagra o planejamento indicativo do Estado e admite a concessão como forma de exploração dos serviços públicos. Não há mais, no caso, conflitos de interesses entre o concedente e o concessionário, mas um contrato de colaboração e parceria entre ambos realizado de boa-fé para resolver as dificuldades do mundo da incerteza e da descontinuidade em que vivemos.

49. A concessão é, pois, hoje, um contrato associativo no qual se conjugam os interesses de participantes e usuários. Para renascer, a concessão depende, além de uma legislação clara e inequívoca, destinada a, se possível, ser imutável por algum tempo, de recursos que as autoridades e o mercado devem procurar juntos, no país e no exterior, num esforço de criatividade e compreensão dos interesses em jogo, e de uma verdadeira revolução cultural na relação entre o empresariado e o poder público.

50. O mundo do aleatório da década de 90 exige uma mudança básica no direito administrativo que rege as concessões. Ele deve deixar de ser o que era no passado, o direito do comando, da burocracia, do privilégio, do controle e da desconfiança, para transformar-se no direito construtivo da associação, da *partnership* entre o público e o privado, do esforço comum para dar soluções, da confiança recíproca, num clima de liberdade com responsabilidade, mediante garantias mútuas e adequadas que cada uma das partes deve à outra.

51. Dentro da sistemática do novo direito administrativo, a concessão em geral e, especialmente, a de obras, há de ser um instrumento importante e fecundo para restabelecer o círculo virtuoso da economia brasileira, eliminar o *deficit* da infra-estrutura, sem ensejar a inflação, e ser um dos catalisadores da aceleração do nosso desenvolvimento, dentro do Estado de direito.

Direitos políticos, cidadania e a teoria das necessidades

ANTÔNIO CARLOS WOLKMER

SUMÁRIO

1. Aspectos preliminares: novos sujeitos sociais. 2. As "necessidades": expressão de valores e desejos. 3. Cidadania e as necessidades históricas. 4. Direitos como conquista e afirmação de necessidades. 5. Ordenação dos "novos" direitos enquanto "necessidades" da comunidade.

1. Aspectos preliminares: novos sujeitos sociais

Levando em conta que as novas fontes de produção jurídica são encontradas na própria sociedade, nada mais preciso que realçar o processo de formação da normatividade em função das contradições, interesses e necessidades de sujeitos sociais emergentes. Este direcionamento ressalta a relevância de se buscarem formas plurais de fundamentação para a instância da juridicidade, contemplando uma construção comunitária solidificada na realização existencial, material e cultural dos atores sociais. Trata-se, principalmente, daqueles agentes que, na prática cotidiana de uma cultura político-institucional e um modelo sócio-econômico particular, são atingidos na sua dignidade pelo efeito perverso e injusto das condições de vida impostas, pelo alijamento do processo de participação social e pela repressão da satisfação das mínimas necessidades. Na singularidade da crise que atravessa o imaginário instituído e que degenera as relações da vida cotidiana, a resposta para transcender a exclusão e as privações provém da força contingente de novos sujeitos coletivos que, por vontade própria e pela consciência de seus reais interesses, são capazes de criar e instituir novos direitos. Assim, as contradições de vida experimentadas pelos diversos grupos volun-

Antonio Carlos Wolkmer é Professor Titular de História das Instituições Jurídicas dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da UFSC, Doutor em Filosofia do Direito e da Política, Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ) e sócio efetivo do IARGS. Autor do livro: "Pluralismo Jurídico — Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito" (SP, Alfa-Omega, 1993).

tários e movimentos associativos, basicamente aquelas condições negadoras da satisfação das necessidades identificadas com a sobrevivência e a subsistência, acabam produzindo reivindicações que exigem e afirmam direitos. Não há dúvida de que a situação de privação, carência e exclusão constituem a razão motivadora e a condição de possibilidade do aparecimento de direitos. Os direitos objetivados pelos sujeitos coletivos expressam a intermediação entre necessidades, conflitos e demandas.

2. As "necessidades": expressão de valores e desejos

Aprofundando a discussão, há que se constatar, na lógica de desenvolvimento e reprodução da vida material em sociedades periféricas (Brasil e países latino-americanos), como se representa a estrutura das necessidades essenciais. Obviamente, para um maior rigor conceitual, importa aclarar que a estrutura do que se chama "necessidades humanas fundamentais" não se reduz meramente às necessidades sociais ou materiais, mas compreende necessidades existenciais (de vida), materiais (subsistência) e culturais. Ora, na real atribuição do que possa significar "necessidade", "carência" e "reivindicação", há uma propensão natural, quando se examina o desenvolvimento capitalista das sociedades latino-americanas, de se enfatizar uma leitura "economicista" dessas categorias, ou seja, priorizar-se as necessidades essenciais como resultantes do sistema de produção. Entretanto, ainda que se venha inserir grande parte da discussão das "necessidades" ou "carências" nas condições de qualidade, bem-estar e materialidade social de vida, não se pode desconsiderar as variáveis culturais, políticas, filosóficas, religiosas e biológicas. A dinâmica das necessidades e das carências que permeia o indivíduo e a coletividade refere-se, tanto a um processo de subjetividade, modos de vida, desejos e valores quanto a constante "ausência" ou "vazio" de algo almejado e nem sempre realizável¹. Por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e recriação. Entende-se, as-

sim, a razão de novas motivações, interesses e situações históricas impulsionem o surgimento de novas necessidades. Igualmente, por vezes, a validade da satisfação das necessidades humanas fundamentais resulta na implementação obrigatória daqueles "bens ou meios que durante muito tempo foram considerados como indispensáveis (...), como alimentação, saúde, moradia etc."².

As experiências cotidianas dos indivíduos e dos movimentos coletivos, quer por suas próprias relações sociais relativamente autônomas, quer pelos influxos ordenadores das instituições, acabam direcionando as escolhas dos valores, interesses e carências. Pode-se consignar, no lastro de Edson Nunes, que o conjunto das carências enquanto formalização de intentos individuais ou coletivos, "em sociedades modernas, marcadas pela industrialização, capitalização e pela presença de valores democráticos, ao menos como idéia regulativa, (...) apresenta um aspecto pluralista. Vale dizer: cada indivíduo deve optar entre determinadas carências em detrimento de outras, dado que existem inclusive contradições entre carências, bem como a criação de novas carências é uma possibilidade real. Essa escolha, por sua vez, é guiada pela opção entre valores, cuja somatória numa sociedade pluralista também apresenta inúmeras incongruências e contradições"³.

A interação de fatores que permitem práticas reivindicatórias, numa lógica distinta de organização social, está estreitamente conectada com as formas de consciência assumidas por atores coletivos. Tais movimentos sociais passam por um processo preliminar de vivência objetiva na negação das necessidades e da insatisfação de carências, acabando, tanto por adquirir consciência de seu estado de marginalidade concreta, quanto por constituir uma identidade autônoma capaz de se autodirigir por uma escolha emancipada que se efetiva a nível de mobilização, organização e socialização. No exame atento das condições, verifica-se a relevância do elemento "conscientização" que está imbricado na contextualização de múltiplas identidades participantes, inter-relacionadas com as bases comunitárias. Não se

¹ Cf. NUNES, Edson. Carências urbanas, reivindicações sociais e valores democráticos. *Lua Nova*. S. Paulo, n.º 17, jun. 1989. p. 68; FALEIROS, Vicente de Paulo. *A Política social do Estado Capitalista*. 4.ª ed. S. Paulo: Cortez, 1985. pp. 25-35.

² JACQUES, Manuel. Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho. *El Otro Derecho*. Bogotá, Ilsa, n.º 1, ago. 1988. p.24.

³ NUNES, Edson et al. *A saúde como direito e como serviço*. São Paulo: Cortez, 1991. p. 133.

trata de mobilizações marcadas por relações mecânicas entre necessidades e demandas, carências e reivindicações, mas por uma prática humana que necessariamente expressa a "conscientização" de sua condição de historicidade presente⁴. Nessa perspectiva, é perfeitamente possível entender que os elementos que atingem a mobilização dos segmentos sociais marginalizados e oprimidos não estão apenas vinculados à percepção de necessidades comuns, mas, sobretudo, à noção essencial da "ausência" de direitos. O direito aparece aqui como um fator articulador que internaliza a passagem da necessidade à reivindicação. Isso projecta o que Eunice Durham caracteriza como um amplo processo de alargamento dos horizontes da cidadania, espaço que propicia uma conceituação do jurídico, assentado numa nova legitimidade que é "medida por sua capacidade de respeitar e promover os direitos que a população está se atribuindo"⁵.

3. Cidadania e as necessidades históricas

Uma constatação histórica de conflitos, lutas e conquistas, que evidenciam necessidades individuais, políticas e sociais e que revelam a "ausência" e a "negação" da noção básica de direitos, pode ser demonstrada na própria formação da cidadania. Em largo panorama que se estende sobre diferentes épocas históricas, T. H. Marshall concebe, em seu clássico trabalho *Cidadania e Classe Social*, o avanço lento e gradual da conquista de direitos. De um período que abrange do século XVIII ao século XX, a evolução da cidadania englobará três momentos jurídicos diferenciados que corresponderão aos valores, interesses e concepções de necessidades desejadas em cada época: liberdade individual, participação política e igualdade sócio-econômica. Assim, a cidadania como *status*, que identifica e integra, em direitos, garantias e obrigações, sujeitos de uma mesma comunidade, emergiu, no século XVIII, como proposta da burguesia triunfante por "novos" direitos necessários à liberdade individual. Na sua luta contra a arbitrariedade do poder aristocrático, as necessidades históricas da burguesia se cingiam aos direitos civis individualizados, como o direito a ser reconhecido como pessoa, o direito de liberdade, de loco-

moção, de pensamento e o direito de propriedade. Diante das transformações ocorridas na sociedade burguesa, ao longo do século XIX, tais direitos civis tornaram-se insuficientes e limitados frente ao "preconceito de classe e à falta de oportunidade econômica" para parcelas emergentes e significativas da população. Daí que diante de "novas" necessidades, histórico-políticas, seguiu-se a ampliação dos direitos civis através dos direitos políticos. O reconhecimento dos direitos políticos se efetivou mediante lutas reivindicatórias diante das necessidades por direitos relativos à democratização do sufrágio e à participação dos cidadãos no exercício do poder político. Segundo Marshall, foi graças ao "aumento da participação nas comunidades locais" e ao "interesse crescente pela igualdade como princípio de justiça social" que se criaram as condições iniciais para a revelação de direitos sociais mínimos⁶. No entanto, somente no século XX, com o desenvolvimento da educação primária pública e as tentativas de superação das desigualdades do sistema de classe é que se implantam os direitos sociais, complementando o ciclo formador dos direitos de cidadania.

Refletindo na perspectiva de Marshall, verificar-se-á que as condições históricas da sociedade burguesa liberal-capitalista desencadearam necessidades conjunturais de época que se afirmaram através do direito à liberdade individual (expressa nos direitos civis, do século XVIII), do direito de participação política (direitos políticos, do século XIX) e do direito à igualdade econômica (direitos sociais, do século XX)⁷. A necessidade e reivindicação em torno de direitos civis (direitos por liberdade) denotam uma participação dos atores sociais hegemônicos que constituem limites à ação e ao poder do Estado. Já os direitos políticos e sociais surgem não mais como contenção ao Estado, mas como expressão positiva de necessidades que clamam por participação

⁶ MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. pp. 63-70. Sobre a questão dos direitos de cidadania no Brasil, observar: WEFFORT, Francisco C. A cidadania dos trabalhadores. In: LAMOUNIER, B., WEFFORT, F., BENEVIDES, M. (Orgs.). *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1981; SANTOS, Wanderley Guilherme. *Cidadania e justiça. A política social na ordem brasileira*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Campus, 1987.

⁷ Cf. MARSHALL, T. H., op. cit., pp. 75, pp. 75, 83, 87-88.

dos cidadãos. Na verdade, ainda que se reconheça o grau de avanço representado pelos direitos civis e políticos, não se pode deixar de ressaltar que muitas necessidades sociais básicas não estavam aí contempladas. Daí ter-se desenvolvido nos horizontes de lutas, conflitos e demandas, a dimensão imperativa por "novos" direitos do homem, não mais expressão única de individualidades, mas reflexos de relações e necessidades sociais, envolvendo sujeitos coletivos concretamente engajados. A afirmação desses "novos" direitos de cunho social é proclamada, não mais para restringir radicalmente o poder estatal, mas para exigir uma certa ação positiva do Estado, objetivando assegurar e garantir a efetivação de direitos nascidos no âmbito da própria sociedade. Esses direitos introjetados a partir de carências vitais e sociais, obtidos por confrontos e reivindicações permanentes, vão exigir, quase sempre, a presença dos poderes públicos para implementar as condições necessárias à sua realização. Explicita-se, ademais, que o fundamento da eclosão dos direitos sociais contemporâneos deve ser encontrado na permanente insatisfação de um corpo social cada vez maior que não consegue saciar as necessidades materiais e culturais, geradas pela sociedade industrial de massa e pelo paradigma centralizador de cultura política instituída. Neste quadro, tem razão Ivo Lesbaupin, que, reforçando o presente argumento, assinala que é somente em função das necessidades humanas fundamentais "que o conteúdo dos direitos são estabelecidos. Por essa razão, os direitos sociais não são uma lista completa e acabada, pois novas situações históricas permitem aparecer novas necessidades, novos direitos enfim"⁸.

4. *Direitos como conquista e afirmação de necessidades*

Concretamente, o que se pode afirmar é que toda essa tradição linear de afirmação e conquistas de direitos a partir de necessidades por liberdade individual, participação política e maior igualdade econômica se processou na maioria das democracias representativas das nações centrais industrializadas do Ocidente capitalista. Sob os influxos de um legado progressivo, advindo dos princípios da modernidade iluminista, dos ideais de racionalidade formal e da plena cidadania democrática, os

países do Primeiro Mundo em grande parte já conseguiram o reconhecimento e a garantia dos direitos civis, políticos e sociais básicos. Tais conquistas dos direitos de primeira, segunda e terceira gerações permitem que, hoje, as democracias burguesas avançadas caminhem para a materialização dos chamados direitos de quarta geração. A prioridade das nações pós-industrializadas não são mais os direitos políticos e sociais mínimos, mas a materialização normativa de suas necessidades por segurança. Daí a razão de suas lutas e reivindicações por direitos difusos, direitos das minorias e direitos relativos à proteção ecológica, ao desarmamento etc.

Ao contrário das condições sociais, materiais e culturais reinantes nos países centrais do Primeiro Mundo, nas sociedades latino-americanas e, fundamentalmente, no Brasil, as reivindicações se dão, sobretudo, a nível de direitos civis, políticos e sociais. Assim, as demandas e as lutas históricas, na América Latina, têm como objetivo a implementação de direitos em função das necessidades de sobrevivência e subsistência da vida. Muitos dos direitos reivindicados, de dimensão formal e material, apresentam-se misturados, pois alguns ainda nem sequer foram consagrados concretamente, outros já foram admitidos oficialmente mas sem efetividade prática. Por conseguinte, a mobilização dos segmentos sociais oprimidos excluídos dos direitos implica tanto a luta para tornar efetivos os direitos proclamados e concebidos formalmente quanto a exigência para impor "novos" direitos que ainda não foram contemplados por órgãos oficiais estatais e pela legislação positiva institucional. Por isso, em países como o Brasil, marcados por um cenário de dominação política, espoliação econômica e desigualdades sociais, nada mais natural que configurar a pluralidade permanente de conflitos, contradições e demandas por direitos. Direitos calcados em necessárias prerrogativas de liberdade e segurança (tradição de governos autoritários, violência urbana, criminalidade, acesso à justiça etc.), de participação política e democratização da vida comunitária (restrições burocráticas, poder econômico dirigente e o papel da mídia na condução dos processos eleitoral-participativos) e, finalmente, de direitos básicos de subsistência e de melhoria de qualidade de vida.

Neste espaço de sociedades divididas em estratos sociais com interesses profundamente antagônicos, instituições político-jurídicas pre-

⁸ LESBAUPIN, Ivo. *As classes populares e os direitos humanos*. Petrópolis: Vozes, 1984. pp. 67-68.

cárias, emperradas no formalismo burocrático e movidas historicamente por avanços e recuos na conquista de direitos, nada mais significativo do que constatar que o pluralismo dessas manifestações por "novos" direitos é uma exigência contínua da própria coletividade frente às novas condições de vida e às crescentes prioridades impostas socialmente. Naturalmente as mudanças e a evolução no modo de viver, produzir, relacionar e consumir de indivíduos, grupos e classes podem perfeitamente determinar anseios, desejos e interesses que transcendem os limites e as possibilidades do sistema, propiciando situações de privação, carência e exclusão.

Tomando em conta a contextualização do cenário periférico brasileiro, há de se convir que a tônica das reivindicações e das demandas, legitimadas pelos movimentos coletivos, pelas múltiplas classes populares e comunidades intermediárias, incidem em direitos à vida, ou seja, direitos básicos de existência e de vivência com dignidade. Tais direitos, sem deixarem de refletir a dimensão personalizada e política, afirmam-se, sobretudo, como direitos materiais e sociais. Isso se deve à percepção de que os oprimidos, pobres e marginalizados socialmente "... encontram-se às voltas com problemas básicos de sobrevivência: desde a dificuldade de encontrar emprego, a exploração no trabalho, os baixos salários, a carestia, até a conservação da saúde, (...)". Trata-se de direitos relacionados às "necessidades sem as quais não é possível 'viver como gente': trabalho, remuneração suficiente, alimentação, roupa, saúde, condições infra-estruturais (água, luz etc.), educação, lazer, repouso, férias etc."⁹. Essa especificidade explica a razão de a maioria das ações coletivas se organizarem e se mobilizarem para a implementação de "novos" direitos, pois, quase sempre, estão em busca de "necessidades não atendidas, com seus direitos desrespeitados, excluída, de fato, a cidadania"¹¹.

Ainda que os chamados direitos "novos" nem sempre sejam inteiramente "novos", na verdade, por vezes, o "novo" é o modo de obtenção de direitos que não passam mais pelas vias tradicionais — legislativa e judicial —, mas provêm de um processo de lutas e conquistas das identidades coletivas para o reconhecimento pelo Estado. Assim, a designação

⁹ LESBAUPIN, Ivo, op. cit., p. 164.

¹⁰ Idem, ibidem.

¹¹ Idem, ibidem, op. cit., p. 165.

de "novos direitos refere-se à afirmação e materialização de necessidades individuais (pessoais) ou coletivas (sociais) que emergem informalmente em toda e qualquer organização social, não estando necessariamente previstas ou contidas na legislação estatal positiva.

O lastro de abrangência dos "novos" direitos, legitimados pela consensualidade de forças sociais emergentes, não está rigidamente estabelecido ou sancionado por procedimentos técnico-formais, porquanto diz respeito a direitos concebidos pelas condições de vida e exigências de um devir, direitos que "só se efetivam, se conquistados"¹².

5. Ordenação dos "novos" direitos enquanto "necessidades" da comunidade

Certamente, pode-se descortinar, a partir de algumas necessidades imperiosas, justas e indispensáveis, a justificativa para a eficácia e a legitimidade dos direitos de novo tipo. Dentre alguns, mencionam-se:

a. direito às necessidades existenciais: alimentação, saúde, água, ar, segurança etc.;

b. direito às necessidades materiais: direito à terra (direito da posse, direito dos sem-terra), direito à habitação (direito ao solo urbano, direito dos sem-teto), direito ao trabalho, ao salário, ao transporte, à creche etc.;

c. direito às necessidades sócio-políticas: direito à cidadania em geral, direito de participar, de reunir-se, de associar-se, de sindicalizar-se, de locomover-se etc.;

d. direito às necessidades culturais: direito à educação, direito à liberdade de crença e religião, direito à diferença cultural, direito ao lazer etc.;

e. direito às necessidades difusas: direito à preservação ecológica, direito de proteção ao consumo etc.;

f. direito às minorias e às diferenças étnicas: direito da mulher, direito do negro, do índio, da criança e do idoso¹³.

¹² DEMO, Pedro. *Participação e conquista*. São Paulo: Cortez, 1988. p. 61. Ver, também: ALDUNATE, José (Coord.). *Direitos humanos, direitos dos pobres*. São Paulo: Vozes, 1991. p. 191.

¹³ Esta tipologia dos direitos como mediação das necessidades reivindicadas foi elaborada a partir das contribuições de DEMO, Pedro. *Participação e conquista*. São Paulo: Cortez. Autores Associados, 1988. p. 63; JACQUES, P., Manuel. Una concepci-

Essa conjunção tipológica, é claro, objetiva dar uma certa singularidade expositiva e uniformizadora, uma vez que tais direitos atravessam um mesmo espaço público em cujo cenário de necessidades e interesses adquirem, ora mais, ora menos prioridade. Na pluralidade de experiências e práticas de acesso para uma determinada espécie de direito, a eficácia do procedimento dependerá do desejo consciente e do grau de carência, calcado numa ação coletiva organizada por segmentos sociais excluídos e marginalizados.

Não se trata, ademais, de avocar o que está na sistematização do legal ou na aprovação normativa do "instituído", mas configurar uma nova ordenação político-jurídica pluralista, duradouramente redefinida na minimização das insatisfações e na plena vivência de "direitos comunitários". Direitos comunitários que se impõem como exigências de uma vida que vai dialeticamente se constituindo. Afinal, neste processo de afirmação de "novos direitos, fundados na legitimidade de ação dos novos sujeitos coletivos, a inscrição plural e cotidiana do "jurídico" alcança uma humanização mais integral. Ademais, nos marcos de configuração da vida associativa, enquanto contingência interativa histórico-social, que se pauta pela finalidade e direção de realizar o "humano" em sua dimensão existencial, material e cultural, a emanação do direito vivo não se revelará como mera atribuição de uma natureza imutável ou de um *a priori* racional-metafísico, mas essencialmente, das exigências reais e concretas de um devir¹⁴.

A imprevisibilidade, a autenticidade e a autonomia que transgride e escapa do "instituído" deve ser redimensionada num pluralismo comunitário-participativo, cuja fonte de direito é o próprio homem projetado a nível de ações coletivas, internalizadoras da historicidade concreta e da liberdade emancipada. Enfim, a formação de sujeitos coletivos e a ampliação de focos de poder social autodeterminados, num espaço de "invenção democrática" se processam, concomitantemente, com a "subversão contínua do estabelecido", com a

"reivindicação permanente do social e do político" e "a criação ininterrupta de novos direitos"¹⁵, direitos que vão se refazendo na circunstancialidade das situações, direitos que vão se definindo a cada momento.

Eis, portanto, que a emergência de uma juridicidade "nova", paralela e informal, passa, presentemente, pela delimitação do conceito de "necessidades".

ón metodológica del uso alternativo del derecho. *El Otro Derecho*. Bogotá, n.º 1, pp. 23-24, ago. 1988; LESBAUPIN, Ivo. *As classes populares e os direitos humanos*. Petrópolis, 1984. pp. 95-158.

¹⁴ Cf. ALDUNATE, José (Coord.), op. cit., pp. 95, 191, 195.

¹⁵ LEFORT, Claude. *A invenção democrática*. São Paulo: Brasiliense, 1983. pp. 11 e 55-69.

Stare Decisis

EDWARD D. RE

Nota da Tradutora

Pedra angular do sistema do Common Law, o poder vinculante dos precedentes judiciais ou stare decisis, como é usualmente referido, tem sido objeto de constante curiosidade entre nós. A aplicação da doutrina nas jurisdições anglo-americanas demonstra vantagens que podem ser resumidas em três aspectos. Ela permite que o juiz se beneficie da experiência de seus predecessores; uniformiza a aplicação do direito e, sobretudo, torna esse direito mais previsível, acrescentando ao ideal de segurança jurídica. Mas pode, também, em contrapartida, introduzir um indesejável elemento de rigidez no ordenamento jurídico e propiciar o estabelecimento de cerebrinas e diáfanas distinções entre decisões semelhantes.

A doutrina do stare decisis evoluiu e continua a evoluir através de uma intrincada rede de decisões vinculativas e não vinculativas. As últimas, embora sem força de precedente, podem ter efeito persuasivo sobre as futuras manifestações jurisdicionais. O peso específico das decisões (a hierarquia da corte de que promanam), bem como o peso relativo desses julgados (qualificação de seus prolores, bem como o fato de derivarem de manifestações unânimes ou apenas, eventualmente, majoritárias), faz do sistema um sutil jogo comparativo.

No trabalho que se segue, o Prof. Edward D. Re apresenta, com extrema clareza de exposição, o processo evolutivo da doutrina nos Estados Unidos da América e seu estágio atual de aplicação. Juiz Federal perante a Customs Court (tribunal alfandegário hoje extinto), desde 1968, o Prof. Re assumiu em novembro de 1980 como primeiro Presidente da então formada Corte Norte-Americana de Comércio Internacional, função que exerceu até sua aposentadoria, em maio de 1991. Re-

Edward D. Re é Professor na Faculdade de Direito da St. John's University — New York e Juiz Presidente Emérito da Corte de Comércio Internacional dos E.U.A.

Tradução de Ellen Gracie Northfleet

tornou, então, em dedicação exclusiva às atividades de magistério, na Faculdade de Direito da St. John's University, em Nova Iorque onde leciona desde 1947.

“O direito deve ser estável, no entanto, não pode ser estático”. A frase é de Roscoe Pound. Ela aponta dois ideais que precisam ser harmonizados e conciliados: estabilidade e mudança. A estabilidade exige uma continuidade com o passado e é necessária para permitir que os membros da sociedade conduzam suas atividades diárias com um razoável grau de certeza quanto às conseqüências jurídicas de seus atos. A mudança implica numa variação ou alteração daquilo que está fixo ou estável. Sem mudança, no entanto, não pode haver progresso. Vamos explorar as funções do *stare decisis* no processo judicial, como tentativa de alcançar esses objetivos aparentemente contraditórios.

A compreensão de que, no sistema do *common law*, uma decisão judicial desempenha dupla função é fundamental para nossa análise. A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a doutrina da *res judicata*, as partes não podem renovar o debate sobre as questões que foram decididas. Em segundo lugar, no sistema do *common law*, consoante a doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial também tem valor de precedente. A doutrina, cuja formulação é *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se disturbe o que foi decidido) tem raízes na orientação do *common law*, segundo a qual um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro. Na essência, esta orientação indica a probabilidade de que uma causa idêntica ou assemelhada que venha a surgir no futuro seja decidida da mesma maneira.

No sistema do *common law*, onde o direito é enunciado e desenvolvido através das decisões judiciais, a doutrina do *stare decisis* é absolutamente essencial. Ela era indispensável nos primórdios do *common law* quando as provisões legislativas eram poucas e, geralmente, limitavam-se ao campo do direito público.

O *stare decisis* foi recebido nos Estados Unidos da América como parte da tradição do *common law*. Além de prestigiar a estabilidade e permitir o desenvolvimento de um direito consistente e coerente, também servia a outras

benéficas funções. Ele preservava a continuidade, manifestava respeito pelo passado, assegurava igualdade de tratamento aos litigantes em idêntica situação, poupava os juizes da tarefa de reexaminar as regras de direito a cada caso subsequente e assegurava à lei uma desejável medida de previsibilidade. Esses conceitos, desenvolvidos ao longo de séculos de experiência judicial, necessitam ulterior consideração como resultado da massiva atividade legislativa dos dias atuais. Uma vez que a doutrina do precedente continua a servir a uma função útil e benéfica, é sempre apropriado que se examine e reexamine sua aplicabilidade e limitações.

O que é a doutrina do *stare decisis* e quais são suas inerentes limitações? É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um *ponto de partida*. Diz-se que o caso decidido estabelece um *princípio*, e ele é na verdade um *principium*, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra.

Um princípio é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o juiz, no sistema do *common law* afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo, moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto que tem diante de si. O processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do direito.

Ao discorrer sobre precedentes em seu *The Nature of the Judicial Process*, Cardozo, Ministro da Suprema Corte Americana, escreveu:

“...num sistema tão altamente desenvolvido quanto o nosso, os precedentes já cobriram o campo de tal forma que eles fixam o ponto inicial a partir do qual o trabalho do juiz começa. Quase invariavelmente, seu primeiro passo é examiná-los e compará-los. Se eles forem adequados, talvez nada mais seja necessário. O *stare decisis* é pelo menos a ferramenta de trabalho diária do nosso direito.”

¹ CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* 20 (1921).

Na aplicação de um precedente, o jurista precisa determinar a *autoridade* desse precedente. Será ele vinculativo ou meramente persuasivo? Se ele for vinculativo, o princípio estabelecido no caso antecedente deve ser aplicado e define o julgamento do caso subsequente. Se for apenas persuasivo, uma variedade de fatores adicionais deve ser considerada para que se decida sobre sua aplicação e sobre a extensão e o grau desta aplicação.

Uma acurada descrição da doutrina do *stare decisis* deverá conter uma declaração das limitações postas à sua aplicabilidade.

Algumas definições adiantadas por aqueles que estudaram a doutrina em profundidade podem ser úteis. Por exemplo, Henry Campbell Black, em seu *Law of Judicial Precedent*, afirmou²:

“Uma decisão não faz autoridade em relação a quaisquer questões de direito que não tenham sido suscitadas ou apresentadas perante a Corte e que não tenham sido levadas em consideração e decididas por ela, ainda que estivessem logicamente presentes no caso e possam ter sido abordadas, ainda quando tais questões conduzissem a uma decisão diversa da que foi proferida, se houvessem sido apreciadas pela Corte.”

Black salienta assim a importância das *questões* apresentadas no caso anterior. Teriam essas questões sido suscitadas, consideradas e decididas? Se não foram, embora pudessem ter sido, a decisão anterior não é um precedente vinculativo.

Naturalmente as questões suscitadas num processo derivam dos fatos apresentados. Os fatos do caso, conseqüentemente, são da maior importância. A máxima latina *ex facto oritur jus* nos afirma que o direito deriva dos fatos. As seguintes observações do Professor Brumbaugh são de especial relevância³:

“As decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes, para solver as disputas entre os litigantes. Sua utilização em casos posteriores é uma decorrência incidental. Uma decisão, conseqüentemente, extrai suas peculiares qualidades de

justiça, solidez e profundidade dos fatos e condições particulares do caso que ela pretendeu adjudicar. Conseqüentemente, para que essa qualidade possa ser transmitida com absoluta acuidade, torna-se às vezes necessário limitar expressamente sua aplicação ao peculiar conjunto de circunstâncias que lhe deram origem.”

Dai que a autoridade do precedente depende e é limitada aos “fatos e condições particulares do caso” que o processo anterior “pretendeu adjudicar”.

Conseqüentemente, os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para determinar a posição atual da Corte com relação ao caso anterior. Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*. Apenas os fundamentos da decisão merecem reconhecimento e acatamento com força vinculativa. Um *dictum* é apenas uma observação ou opinião e, como tal, goza tão-somente de força persuasiva. Os fatores que afetam ou determinam o grau de persuasão que podem alcançar os *dicta* são muitos e de diversa natureza. Que grau de pertinência ou relevância tem o *dictum* no contexto da decisão de que é integrante? A Corte ou o Juiz que o proferiu goza de especial respeito por sua sabedoria ou cultura jurídica? O *dictum* é razoável?

A distinção entre os fundamentos de uma decisão e seus *dicta* é garantida pela natureza do sistema adversário que prevalece no *common law*. A razão para a distinção foi assim expressada por John Marshall, Presidente da Suprema Corte⁴:

“Constitui máxima que não deve ser desconsiderada o fato de que as expressões gerais em qualquer decisão devam ser consideradas em relação ao caso no qual tais expressões são utilizadas. Se elas tiverem uma amplitude que exceda ao caso, elas podem ser respeitadas, mas não devem controlar o julgamento em processo subsequente, quando a questão propriamente dita for apresentada para decisão. A razão dessa máxima é óbvia.

² BLACK, *Law of Judicial Precedent*, 37 (1912).

³ BRUMBAUGH, *Legal Reasoning and Briefing*, 172 (1917).

⁴ *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 399 (1821).

A questão que de fato está submetida ao juízo é cuidadosamente investigada e considerada em toda sua extensão. Outros princípios que podem servir para ilustrá-la são considerados na sua relação com o caso decidido, mas sua possível influência sobre todos os outros casos é raramente investigada em profundidade.”

Logo, a força vinculativa de um caso anterior limita-se ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas. Todos os pronunciamentos que não são indispensáveis à decisão constituem *dicta*.

Que uma decisão vinculativa surja apenas como resultado do litígio tem conduzido a críticas da doutrina dos precedentes. Allen, em *Law in the Making*, observou⁵:

“Nem constitui crítica inteiramente injusta afirmar que os precedentes tendem a fazer com que o desenvolvimento do direito dependa de acidentes do processo litigioso. Pontos importantes podem permanecer obscuros, simplesmente porque ninguém se interessou em questioná-los. Um julgamento errôneo pode permanecer e adquirir autoridade imerecida, simplesmente porque a parte sucumbente deixa de recorrer — geralmente pela boa razão de que não pode mais arcar com os ônus do litígio.”

Uma limitação adicional a respeito da autoridade vinculativa do precedente pode ser notada nesta citação de uma decisão da Corte de Apelação do Estado de Nova Iorque⁶:

“Mas a doutrina do *stare decisis*, como quase todas as outras regras de direito, comporta exceções. Ela não se aplica a um caso onde possa ser demonstrado que o direito foi mal compreendido ou mal aplicado ou onde a decisão anterior seja evidentemente contrária à razão. São tão numerosas as manifestações a advogar que, em tais casos, constitui dever dos tribunais reexaminar a questão.”

Também merece referência manifestação semelhante partida do Chanceler Kent⁷:

⁵ ALLEN, *Law in the Making*, 313 (1964).

⁶ *Rumsey v. New York & New England R.R. Co.*, 133 N.Y. 79,85 (1892).

⁷ KENT, *Commentaries*, 475 (12th ed. 1896).

“Uma decisão formal a respeito de uma questão de direito suscitada em qualquer processo torna-se paradigma para caso semelhante porque constitui-se na maior evidência que podemos ter do direito aplicável à hipótese e os juízes devem acompanhar tal decisão enquanto ela não for superada, a menos que possa ser demonstrado que a lei foi mal compreendida ou mal aplicada naquele caso específico.”

Para o Chanceler Kent apenas uma decisão *solene* merece valor de precedente, com força vinculativa. A regra de direito deduzida através do caso anterior precisa ter sido necessária para a decisão daquele caso, e somente tem aplicação num caso idêntico. Evidentemente, um caso subsequente pode dele se distinguir quanto aos fatos ou à questão de direito suscitada.

O Chanceler Kent também discorreu sobre a possibilidade de uma *revisão* do caso anterior, com base na demonstração de que o direito foi “mal compreendido ou mal aplicado naquele caso específico”. Em reflexão sobre a possibilidade de se demonstrar que um caso precedente foi decidido de forma incorreta, o Ministro da Suprema Corte, Field, afirmou que “é mais importante que o tribunal decida corretamente com base em análise posterior e mais elaborada dos casos do que ele seja consistente com as decisões anteriores”⁸.

Essas citações denotam as limitações que cercam a aplicação da doutrina do *stare decisis*. A experiência indica que na maior parte dos casos os precedentes podem ser identificados com base nos fatos ou nas questões de direito suscitadas. Existe também a possibilidade de demonstrar que o caso anterior foi decidido de forma errônea ou contrária à razão. Desta forma, embora todos os casos anteriores tenham força de precedentes, seu valor enquanto precedentes pode diferir radicalmente.

Indaga-se se o princípio deduzido do caso anterior está contido numa decisão bem fundamentada que, por sua vez, tenha sido baseada em precedentes claros e vinculativos. Ou será que o precedente se encontra enfraquecido por um contundente voto divergente ou por um voto que, embora concorrente, lance dúvida sobre o acerto da decisão da maioria? O

⁸ *Barden v. Northern Pacific Railroad Co.*, 154 U.S. 288 (1894).

princípio aplicável verificou-se num único caso ou terá tido seu valor e adequação social reafirmados? A toda evidência a autoridade dos precedentes varia consideravelmente. Num extremo estão os precedentes tidos como vinculativos; noutra, aqueles que se consideram de todo inaplicáveis ao caso em exame.

A doutrina do *stare decisis* conseqüentemente não exige obediência cega a decisões passadas. Ela permite que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo. Antes de mais nada é necessário que o tribunal determine se o princípio deduzido através do caso anterior é aplicável. Em seguida, deve decidir em que extensão o princípio será aplicado.

Um tribunal pode preferir *estender* um princípio mais além dos limites de um caso antecedente se entender que assim estará promovendo justiça. Caso a aplicação do princípio, entretanto, possa produzir resultado indesejável, o tribunal *estreitará* ou restringirá o princípio, ou ainda aplicará precedente diverso. Por isso, é preciso assinalar que *stare decisis* não é apenas uma doutrina de estabilidade e uniformidade. Suas restrições e limitações inerentes, bem como os fatores que determinam a inaplicabilidade de decisões anteriores, tornam possível a necessária flexibilidade, indispensável para a mudança e o progresso.

Num sistema de *common law*, as discussões sobre o *stare decisis* frequentemente se desenvolvem como se o sistema fosse idêntico ao que vigorava há alguns séculos. O nosso ainda é um sistema de *common law* no qual os casos anteriormente decididos têm força de precedentes. Um novo elemento muito importante, no entanto, foi acrescentado ao conjunto de fontes a ser considerado pelo juiz em sua decisão. No passado, particularmente no campo do direito privado, os juizes consultavam essencialmente os precedentes jurisprudenciais. Raramente os atos legislativos tinham influência sobre as decisões. O sistema do *common law* no mundo moderno, no entanto, precisa tomar em consideração a política legislativa expressa ou implícita numa multidão de dispositivos legais pertinentes.

Porque o sistema do *common law* se desenvolveu caso a caso e a presença de uma política legislativa era mínima ou não-usual, a legislação passou a ser encarada quase como um campo estranho. Cardozo, Ministro da Suprema Corte, reconheceu o senso de desconforto

com a legislação quando disse⁹: “A verdade é que muitos de nós, criados nas tradições do *common law*, encaramos a legislação com uma desconfiança que podemos deplorar, mas não negar.” Stone, Presidente da Suprema Corte, discorrendo sobre a atitude de desconfiança em relação à legislação, afirmou: “os tribunais do *common law* têm dado relativamente pouco reconhecimento à legislação, enquanto ponto de partida para formação de suas decisões, se a compararmos à força que emprestam aos precedentes”¹⁰.

A legislação pode direta e abruptamente alterar ou repelir uma definição legal, princípio ou regra. E os tribunais só podem legislar para preencher uma omissão ou lacuna na provisão legal. Para usar as palavras do Ministro da Suprema Corte, Holmes: “Eu reconheço sem hesitação que os juizes legislam e que precisam fazê-lo, desde que o façam intersticialmente...”¹¹. Não há dúvida de que os juizes, naturalmente, devem decidir um *casus ommissus*, ou seja, na falta de provisão legal. Tanto quanto nos precedentes judiciais, os tribunais podem e de fato fazem por expandir ou restringir a aplicação da política legislativa. Isso, como se sabe, é feito no exercício da função judicial de interpretar a intenção expressa ou implícita do legislador ao redigir determinado provimento aplicável ao caso.

Atualmente a legislação cobre tão extensamente quase todos os ramos do direito, tanto público como privado, que não se pode mais pressupor que o ponto de partida seja um precedente judicial. Comumente o ponto de partida deve ser a política legislativa expressa num texto legal significativo. Os tribunais, naturalmente, devem interpretar e aplicar a legislação. O sistema, no entanto, exige que os tribunais examinem os precedentes judiciais que a interpretaram e aplicaram anteriormente. Nesse ponto, no entanto, uma questão mais séria é introduzida no processo. Os juizes podem tender a atribuir maior significado aos precedentes do que à legislação que aqueles precedentes pretenderam interpretar e aplicar. Os tribunais se defrontam portanto com a difícil ta-

⁹ CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science* 8 (1928).

¹⁰ STONE, *The Common Law in the United States*, 50 Harv. L. Rev. 4,12 (1936).

¹¹ Vide *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917) (voto divergente).

refa de determinar o peso relativo a ser atribuído à política legislativa de um lado e ao precedente jurisprudencial de outro. Naturalmente, constitui função judicial interpretar e aplicar um texto legal. Sob nosso sistema tripartite de governo, entretanto, o tribunal deve ser fiel aos propósitos e política legislativa. O juiz não pode olvidar-se de que o governo comporta três poderes e que, ao decidir o processo, ele está cumprindo uma responsabilidade *institucional* da Corte.

O apoio indevido ou injustificado nos precedentes jurisprudenciais, em face da relevante e, quem sabe, derogatória política legislativa, fez com que Erwin Griswold denunciasse o que ele chamou de avanço aos saltos e queimando etapas. Embora suas afirmações fossem dirigidas contra uma atitude judicial construtivista exageradamente expansiva em relação à Constituição norte-americana, sua crítica é também aplicável à interpretação e aplicação da legislação ordinária. Griswold descreveu os riscos desse desenvolvimento com as seguintes palavras¹²:

“O perigo aqui, como em toda a parte, é de que uma espécie estabeleça um avanço aos saltos, à medida em que um princípio se desenvolva: a primeira decisão é destilada da linguagem da Constituição, mas a próxima expansão começa a partir do raciocínio da última decisão e, assim por diante, até que alcancemos um ponto onde as palavras da Constituição se encontrem tão distantes que sejam virtualmente ignoradas. No final, poderá nos restar apenas algo como, “Bem, é mesmo uma boa idéia! Queremos uma sociedade livre onde todas essas coisas possam ser feitas e queremos que o Governo deixe as pessoas em paz!” Existem processos governamentais para produzir tais resultados, mas é difícil pensar que tais caricaturas da Constituição sejam um exercício apropriado do Poder Judiciário.”

As possibilidades e variações são infinitas. Muitos exemplos podem ser encontrados na literatura jurídica. Um deles se encontra no caso *Girouard v. United States*¹³, decidido pela Suprema Corte em 1946. Girouard requereu sua

naturalização. Ele declarou que compreendia os princípios de organização política dos Estados Unidos, acreditava em sua forma de governo e estava disposto a assumir o compromisso de fidelidade. Tal compromisso corresponde à afirmação de manter e defender a Constituição e as leis dos Estados Unidos da América contra todos os inimigos, externos ou internos. A uma das questões inseridas no formulário de naturalização: “Você está disposto, se necessário for, a pegar em armas na defesa deste país?” Girouard respondeu: “Não (não-combatente), Adventista do Sétimo Dia.”

Num esforço para fazer justiça no caso e, talvez por uma aplicação inconsciente da *epikeia* (*epieikeia*) aristotélica, a primeira instância outorgou a cidadania a Girouard. Com base em três cristalinas decisões da *Suprema Corte*¹⁴, o Tribunal de Apelação reformou a sentença afirmando que os fatos se subsumiam exatamente no princípio derivado dos precedentes invocados. A questão suscitada nos três precedentes era a interpretação construtivista de uma disposição do Congresso, a qual estabelecia que qualquer estrangeiro, para ter sua naturalização deferida, deveria declarar em compromisso solene que estava disposto a “defender a Constituição e leis dos Estados Unidos contra quaisquer inimigos, externos ou internos e manter-se fiel ao cumprimento das mesmas”. Tal interpretação foi adotada pela legislação posterior. Apesar de tão clara indicação da aprovação do Congresso às razões de decidir nos casos *Schwimmer-Macintosh-Bland*, a decisão do caso Girouard reverteu essa orientação.

O princípio dos casos antecedentes era cristalino. A menos que o estrangeiro estivesse disposto a responder pela afirmativa ao questionamento sobre a sua disponibilidade para, se necessário, pegar em armas na defesa do país, sua naturalização não seria deferida. Reafirmando esses três casos, a *Suprema Corte* manifestara-se no mesmo sentido numa quarta oportunidade¹⁵.

Os casos *Macintosh* e *Bland* apresentavam votos divergentes do Presidente da Corte, o Ministro Hughes, que fora acompanhado pelo Ministro Stone. No caso *Girouard*, a *Suprema Corte*

¹² CRISWOLD, *The Judicial Process*, 28 *The Record of the Association of the Bar of the City of New York*. 14, 24-25 (1973).

¹³ 328 U.S. 61 (1946).

¹⁴ *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929); *United States v. Macintosh*, 283 U.S. 605 (1931); e *United States v. Bland*, 283 U.S. 636 (1931).

¹⁵ *Summers*, 325 U.S. 561 (1945).

adotou substancialmente a mesma fundamentação expressa naquelas divergências para reformar a decisão do Tribunal de Apelação. Ao deferir a cidadania a Girouard, embora ele se recusasse a declarar que estava disposto a pegar em armas, o Tribunal afirmou: "Concluimos que os casos *Schwimmer*, *Macintosh* e *Bland* não deduzem corretamente a norma legal".

Seria possível imaginar que o Ministro-Presidente Stone e os outros Ministros que divergiram nos casos anteriores iriam encarar essa expressa rejeição daqueles precedentes e a adoção de seu ponto de vista como uma vitória. No entanto, o Ministro-Presidente Stone dissentiu novamente no caso Girouard. Ele deu início a seu voto afirmando¹⁶:

"Entendo que a decisão deva ser confirmada, pois o tribunal *ad quem*, ao aplicar a legislação que rege o processo de naturalização, o fez tal como anteriormente construída por este Tribunal, interpretação esta que foi a seguir adotada e confirmada pelo Congresso."

Stone indicava que, nos casos anteriores, a "única questão consistia na interpretação construtivista do estatuto o qual o Congresso, em qualquer tempo, tinha plena liberdade de alterar, desde que se manifestasse disconforme com a solução adotada pela Corte". Ele disse ainda que, com três outros juizes, havia dissentido nos casos *Macintosh* e *Bland*, por razões "que agora o Tribunal adota para revertê-las". Dada sua convicção de que o Congresso havia assimilado e confirmado a interpretação construtiva da Corte nos casos anteriores, relativamente à legislação que rege a naturalização, ele entendia que a reversão desses precedentes correspondia a uma ingerência judicial que poderia desencorajar, se não mesmo denegar, "a responsabilidade legislativa".

Com a adesão dos Ministros Reed e Frankfurter, o Presidente Stone concluiu que: "Não é função desta Corte desatender a vontade do Congresso no exercício de seus poderes constitucionais".

Tais casos claramente demonstram os diferentes pontos de vista que prevalecem. Stone, com efeito, afirmou que seus votos divergentes não constituíram a lei do país. Se eles deveriam ser adotados, para produzir alteração na lei, tal como declarada nos casos anteriores, tal modificação política deveria ser fei-

ta pelo Legislativo.

Naturalmente, era preciso saber se o princípio de direito enunciado nos casos anteriores havia sido adotado pelo Congresso. Era preciso definir se houvera aquiescência legislativa para com a construção jurisprudencial do estatuto. Em sua divergência, o Ministro-Presidente assinalou que seis legislaturas sucessivas haviam declinado de adotar projetos ou emendas que teriam revertido as decisões de *Schwimmer*, *Bland* e *Macintosh* — os três casos expressamente desconsiderados pelo caso Girouard. Ele também assinalou que antes de Girouard os tribunais federais e estaduais haviam consistentemente aplicado a regra ou princípio adotado nos três casos anteriores.

Não havia dúvida de que tais precedentes, enquanto não revertidos pelo caso Girouard, representavam a lei do país. Conseqüentemente, os tribunais federais e estaduais tinham agido corretamente ao aplicar o princípio através deles deduzido. O Presidente Stone, de fato, citou de um caso anterior ao caso Girouard uma decisão na qual o Tribunal de Apelação assinalava que as emendas propostas à legislação haviam sido rejeitadas, e afirmava: "Devemos portanto concluir que esses requisitos estatutários, na forma como foram construídos pela *Suprema Corte*, gozam de sanção e aprovação do Congresso".

O exemplo Girouard sugere que a filosofia de cada um a respeito da separação de poderes entre os três ramos do governo também pode desempenhar um papel vital ao determinar as atitudes judiciais em relação aos precedentes e à política legislativa. São muitos os fatores que intuitiva, deliberada ou, mesmo, inconscientemente influenciarão um juiz ao determinar o peso a ser dado aos precedentes judiciais. Trata-se de um precedente isolado ou de uma série de decisões bem fundamentadas? Terá o precedente sido corroido por outras decisões que restringiram sua aplicação? As alterações da situação fática terão tornado o precedente obsoleto? Com que grau de autoridade a Corte se manifestou? Certamente se o Tribunal pode decidir em termos definitivos sobre uma determinada questão, ele determinará o equilíbrio a ser alcançado entre estabilidade e alteração. O Tribunal fará um julgamento de valor quanto à conveniência de seguir o passado ou efetuar mudanças. Se a decisão for pela mudança, só podemos desejar que seja no sentido do progresso.

¹⁶ *Girouard v. United States*, 328 US 61, 70 (1946).

O modelo sindical brasileiro e a revisão da Constituição de 1988: o debate sobre as “cláusulas pétreas”

MAURÍCIO GODINHO DELGADO

O Capítulo II do Título II da Constituição de 1988, composto dos artigos 6.^o até 11 e identificado sob a epígrafe *Dos Direitos Sociais*, contém normas de duas naturezas sumamente distintas. Há, nesse Capítulo II, tanto normas de típicos “direitos sociais”, como há, em contrapartida, normas *restritivas e cerceadoras* de direitos sociais e coletivos que a mesma Constituição busca enfatizar. Nesse Capítulo II existem normas, portanto, que *não* são de direitos sociais ou coletivos, mas instauradoras de uma *modalidade* específica (e muito questionável, sob o ponto de vista democrático) de organização do mercado de trabalho e de sindicalismo.

Os típicos *direitos sociais* estão protegidos pela mesma capa de intangibilidade assegurada pela Constituição aos direitos e garantias individuais, através do artigo 60, parágrafo 4.^o da Carta de 1988. Tais direitos não podem, assim, ser objeto de emendas revisionais restritivas ou supressivas de seu conteúdo. Já as *normas organizadoras do mercado de trabalho e de um certo modelo de estrutura sindical*, insculpidas especialmente em alguns incisos do artigo 8.^o da Carta de 1988, não sofrem qualquer óbice quanto a emendas revisionais que alterem, em qualquer nível, seu conteúdo e vigência.

Maurício Godinho Delgado é Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Juiz Federal do Trabalho em Belo Horizonte/MG. Autor dos livros *Democracia e Justiça — Sistema Judicial e Construção Democrática no Brasil* (Editora LTR/São Paulo) e *Direito do Trabalho e Modernização Jurídica* (Editora Consulex, Brasília). Membro da “Comissão Especial” da Presidência da República Federativa do Brasil, instituída com o objetivo de “identificar propostas de interesse fundamental para a Nação que devam, a critério do Poder Executivo, ser submetidas ao processo de Revisão Constitucional” (Decretos de 5.8.93 e 30.8.93).

Os chamados “direitos sociais” — integrantes do núcleo de intangibilidade material da Carta de 1988 — estão presentes no corpo do artigo 6.^o e ao longo de todo o artigo 7.^o da Constituição da República. Há direitos sociais e coletivos também no artigo 8.^o, incisos I (“autonomia sindical”), III e VI (“prerrogativas sindicais”), V (“liberdade de filiação sindical”), VII (“direitos sindicais do aposentado”) e VIII (“garantias do sindicalizado e da categoria”). O artigo 9.^o assegura o essencial direito coletivo de greve. Os artigos 10 e 11 prescrevem

ampliações nos direitos de representação obreira. Esses direitos sociais e coletivos não podem ser restringidos, enfraquecidos ou suprimidos por propostas revisionais de qualquer origem.

Contudo, há dois dispositivos no mesmo artigo 8.º que não consubstanciam direitos trabalhistas, quer sociais, quer coletivos, muito menos individuais. Ao contrário, emergem como frontais agressões a direitos coletivos já clássicos em experiências democráticas historicamente reconhecidas. Tratam-se dos incisos II e IV do artigo 8.º, que impõem à sociedade civil e ao trabalhador brasileiro tanto a permanência do velho sistema de enquadramento sindical (inciso II) como a permanência de contribuições sindicais cogentes (inciso IV). Esses dois dispositivos podem (e devem) ser objeto de emendas constitucionais revisoras, que permitam, inclusive, à Constituição reconciliar-se com seu núcleo democrático básico, insculpido nos demais preceitos componentes dos Títulos I e II ("Princípios Fundamentais" e "Direitos e Garantias Fundamentais").

Esses dois preceitos (que tratam das contribuições sindicais obrigatórias — inciso IV — e do sistema corporativista de enquadramento sindical — inciso II) não se encontram no núcleo de intangibilidade da Constituição de 1988 (não sendo, pois, "cláusulas pétreas") porque são apenas modelos de organização do mercado de trabalho e de um certo tipo de estrutura sindical, não tendo o caráter de direitos individuais, sociais ou coletivos. De outro lado, não teriam, mesmo, em qualquer hipótese, a natureza de *direitos*, na medida em que emergem como autocráticas *restrições e vedações a direitos sócio-trabalhistas* (caso do enquadramento sindical) e autocráticos *deveres* impostos aos trabalhadores (caso das contribuições sindicais obrigatórias).

Efetivamente, esses dois dispositivos do artigo 8.º despontam como flagrantes incongruências antidemocráticas da Carta de 1988. É que, enquanto o artigo 5.º, XVII, da Constituição assegura o essencial e democrático direito à *plena liberdade de associação para fins lícitos* (vedada a associação de caráter paramilitar) — como típica cláusula pétrea —, o artigo 8.º, II, nega, taxativamente, esse direito aos trabalhadores, através da preservação do ultrapassado critério de enquadramento sindical e da vedação absurda de organização sin-

dical por empresa.

Observe-se, atentamente, outra grosseira e frontal incongruência antidemocrática da Carta de 1988: enquanto o referido artigo 5.º, XVII, assegura a plena liberdade de associação e o inciso XX, desse artigo 5.º, garante que *ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado*, o artigo 8.º, IV, expropria do trabalhador não associado ao sindicato o velho imposto sindical celetista, criando, ademais, uma nova e antidemocrática expropriação, a contribuição confederativa. Desse modo, o trabalhador brasileiro não apenas *não* pode se organizar por empresa (o que fere a cláusula pétrea da liberdade associativa do artigo 5.º, XVII), como tem de sustentar, compulsoriamente, organizações sindicais que não são de sua livre escolha — o que fere, ao mesmo tempo, tanto a cláusula pétrea da liberdade de associação (art. 5.º, XVII), como a cláusula pétrea de vedação de participação compulsória em sindicatos (art. 5.º, XX).

Pior fez o artigo 8.º, IV, da Carta de 1988: não só determina a compulsoriedade da manutenção, pelo trabalhador, de entidade sindical que não escolheu, como dissocia a manutenção econômico-financeira dessa entidade do controle político-jurídico do obreiro sobre a respectiva entidade sindical. Desse modo, a Constituição de 1988 — à semelhança, infelizmente, dos experimentos jurídicos mais elitistas e autoritários do século XX — divorcia, perversamente, as direções e representações sindicais do controle de seus trabalhadores representados. Nada poderia ser mais antidemocrático, portanto, que esses dois preceitos incomodamente incrustados no interior da Carta Constitucional mais democrática que já se escreveu no país.

Em conclusão, esses dois dispositivos não apenas não configuram cláusulas pétreas, como emergem como contraditórios e frontais obstáculos à plena realização, no Brasil, do núcleo democrático básico vitoriosamente consagrado no interior da Carta Constitucional de 1988. Desse modo, somente a suplantação desses anacrônicos, autocráticos e corporativistas preceitos é que irá permitir à Carta Constitucional de 1988 reconciliar-se, na temática trabalhista, com seu núcleo democrático fundamental, tão enfaticamente assumido em outros segmentos do mesmo texto magno de cinco anos atrás.

Eficácia social da prestação jurisdicional

TEORI ALBINO ZAVASCKI

Il est contradictoire que le peuple soit à la fois misérable et souverain. (Tocqueville)¹

SUMÁRIO

1. *Introdução: eficácia jurídica e eficácia do direito.* 2. *Brasil — 1994: ser e dever-ser.* 3. *Poder Judiciário: eficácia social da prestação jurisdicional.* 4. *Conclusão.*

1. *Introdução: eficácia jurídica e eficácia social do direito*

Em direito, o termo “eficácia” não é unívoco, podendo ser compreendido basicamente em dois sentidos. Vista como fenômeno puramente normativo, eficácia é a aptidão da norma jurídica para gerar efeitos no mundo jurídico. “A eficácia da regra jurídica é a sua incidência”, e esta “se passa no mundo dos pensamentos”, ensina com o sentido indicado Pontes de Miranda².

Assim, “eficácia jurídica é a que se produz no mundo do direito como decorrência dos fatos jurídicos e não ... a mudança que atua nas relações jurídicas”, ensina o grande jurista³.

Mas há um segundo sentido de eficácia, em direito: o que designa a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos na realidade social, ou seja, para produzir, concretamente, condutas sociais compatíveis com as determinações

¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *cit. por Henrique P. Haba, in Tratado Básico de Derechos Humanos*, Editorial Juricentro. San José - C.R., 1ª ed. 1986, v. II, p. 881.

² PONTES DE MIRANDA, in *Tratado de Direito Privado*, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed. 1974, t. I, pp. 16/17.

³ PONTES DE MIRANDA, in *op. cit.*, p. 4.

ou os valores consagrados no preceito normativo. Aqui, a eficácia da norma de direito é fenômeno que se passa não no plano puramente formal, mas no mundo dos fatos e por isso mesmo é denominada eficácia social ou efetividade. Uma norma pode, destarte, ser juridicamente eficaz sem, no entanto, ser socialmente eficaz, como observou José Afonso da Silva⁴.

Enquanto a eficácia jurídica da norma representa, pela sua incidência, a juridicização de certo fato ou estado de fato, a eficácia social representa a concretização da vocação prospectiva e transformadora da norma do direito.

A eficácia social do direito foi e continua sendo tema de preocupação dos juristas. Léon Duguit salientou que o efetivo respeito da regra é condição para que ela deixe de ser uma regra moral ou econômica e se transforme em regra jurídica⁵.

Hans Kelsen, ele próprio, considerou que, em determinadas circunstâncias, a eficácia da norma — que “consiste em que esta em geral é cumprida, e se não cumprida é aplicada” — é condição de sua própria validade⁶.

Entre nós, Miguel Reale, após definir eficácia como sendo a “aplicação ou execução de norma jurídica, ou, por outras palavras, é a regra jurídica enquanto conduta humana”, afirmou que “o direito autêntico não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz”⁷.

Essa perspectiva é que dá sentido ao direito como tendo “caráter de força social propulsora” que “visa proporcionar, por via principal, aos indivíduos e por via de consequência à sociedade, o meio favorável ao aperfeiçoamento e ao progresso da humanidade”, segundo anotou Vicente Ráo⁸.

⁴ SILVA, José Afonso da, in *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1982, pp. 55/56.

⁵ DUGUIT, Leon, in *Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª ed. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1928, p. 124.

⁶ KELSEN, Hans, in *Teoria Geral das Normas*, Tradução de José Florentino Duarte, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986, pp. 177/178.

⁷ REALE, Miguel, in *Lições Preliminares de Direito*, Saraiva, São Paulo, 7ª ed. 1980, pp. 112/113.

⁸ RÁO, Vicente, in *O Direito e a Vida dos Di-*

Do exposto, colhe-se, portanto, que a eficácia social da norma jurídica está vinculada a dois referenciais: o conteúdo normativo (o dever-ser), de um lado, e, de outro, as condutas sociais (o ser). A norma será tanto mais eficaz quanto maior for a aproximação e a atração que o plano da normatividade puder exercer sobre o plano da realidade.

2. Brasil - 1994: ser e dever-ser

No campo do direito constitucional, a eficácia social das normas tem merecido atenção especialíssima dos juristas. “Constituição e realidade não podem restar isoladas uma da outra”, observou Konrad Hesse⁹.

Mais agudamente, Celso Antônio Bandeira de Mello observa que “a Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos ... A seriedade do ato constituinte impediria a suposição de que os investidos em tão alta missão dela se servissem como simples válvula de escape para emoções antecipadamente condenadas, por seus próprios emissores, a permanecerem no reino da fantasia”¹⁰.

Com efeito, é no plano constitucional, igualmente, que se pode verificar, com nitidez absoluta, os contrastes entre a realidade e a normatividade, entre o ser e o dever-ser, entre a práxis e o valor, a comprovar a importância das preocupações em torno da eficácia social das normas. No caso brasileiro, alguns exercícios de comparação são favorecidos com a publicação do *Anuário Estatístico do Brasil — 1992*, da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹¹.

Assim, por exemplo, no plano da normatividade, a Constituição de 1988 erigiu, entre os objetivos fundamentais da Nação, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir desigualdades sociais e regionais, garantir o desenvolvimento nacional, promover o bem a todos, sem

reitos, Editora RT, São Paulo, 3ª ed. 1991, p. 30.

⁹ HESSE, Konrad, in *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 28.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, in *Revista de Direito Público*, v. 57/58, 1981, pp. 236 e 238.

¹¹ *Anuário Estatístico do Brasil*, Rio de Janeiro, v. 52, 1992.

qualquer espécie de preconceito, enfim, construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º). Os dados estatísticos, à sua vez, demonstram, com crueza, o grande fosso que separa o ideário constitucional e a realidade nacional. Apenas como ilustração, atente-se para os seguintes dados colhidos do *Anuário do IBGE*: a renda *per capita*, na última década, apresentou um decréscimo de 5,6% e, pior ainda, acentuaram-se as desigualdades na sua distribuição, pois enquanto 10% das pessoas mais pobres detinham em 1990 apenas 0,8% da riqueza nacional, os 10% mais ricos cumulavam quase a sua metade (48,7%). Dos cerca de sessenta e dois milhões de brasileiros que compõem a população economicamente ativa, 24% recebem, no máximo, um salário mínimo como remuneração e 52% têm como remuneração máxima dois salários mínimos. Mais: 8% deste universo (cerca de 5 milhões de pessoas) nada ou quase nada recebem, a não ser, quem sabe, alguns favores *in natura* para sua sobrevivência; apenas 3% ganham mais de 20 salários mínimos mensais; 53,7% da população mais jovem (entre 0 e 17 anos) integram famílias com renda de até meio salário mínimo *per capita*. As desigualdades regionais são alarmantes e podem ser resumidas nos dados sobre esperanças de vida: a média brasileira de esperança de vida ao nascer é de 60,08 anos, mas na Região Sul é de 66,98 e no Nordeste é de 51,57. Quem nasce no Rio Grande do Sul tem expectativa de viver 70,62 anos, mas se nascer na Paraíba este número cai para apenas 44,35 anos. A taxa de mortalidade infantil é, na média, 87,88 por mil, mas na Região Sul é de 61,80 por mil e no Nordeste 121,36 por mil. A taxa de analfabetismo, que na média brasileira é de 19,6%, é de 11% na Região Sul e de 39,1% na Região Nordeste, e assim por diante.

Veja-se o que a realidade mostra no campo dos preconceitos de cor: a taxa de analfabetismo, como disse, é de 19,6%. Entre os brancos, porém, a taxa é de 12% e entre os negros de 30%. Em termos de remuneração, os trabalhadores de cor negra ou parda recebem, em média, 41% e 48% menos que os de cor branca. No campo da educação (que, no plano normativo constitucional é "direito de todos e dever do Estado e da família" (art. 205), os dados, como se viu, são preocupantes, com média de 19,6% de analfabetos entre pessoas com mais de sete anos de idade, o que significa uma legião de cerca de vinte milhões de pessoas. De cada mil alunos que entram na escola, apenas

22% concluem o primeiro grau; 31,7% dos adolescentes (que no plano normativo gozam de proteção especialíssima — art. 227 da CF) são obrigados a deixar a escola para ajudar no sustento familiar. Enfim, estes são alguns poucos exemplos colhidos das estatísticas oficiais a demonstrarem o distanciamento existente entre o ideal normativo e a realidade social. Outros tantos poderiam ser anotados para demonstrar como os direitos constitucionais, especialmente os chamados direitos de segunda geração (direitos sociais), estão assegurados apenas no plano da normatividade, sem correspondência no plano real: direito a salário mínimo suficiente para sustentar a família; direito à moradia, à saúde, proteção à infância, à adolescência.

O quadro de dessintonia entre o dever-ser e o ser traz à baila, portanto, com inteira atualidade, o tema da eficácia social do direito. "Cumprida toda uma trajetória de avanços sociais", diz Paulo Bonavides, "das Constituições já não se reclamam direitos, mas garantias. Os direitos existem de sobra, com tamanha abundância na esfera programática que formalmente o texto constitucional resolveu com o voto do constituinte todos os problemas básicos de educação, saúde, trabalho, previdência, lazer e, de último, até mesmo a qualidade de vida, consagrando um capítulo à ecologia ou, com mais propriedade, ao meio ambiente"¹². "Mas o verdadeiro problema do direito constitucional da nossa época", diz ele, "está, ao nosso ver, em como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas e institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos"¹³. Está lançado, assim, o desafio aos juristas e, especialmente, aos juizes, e as observações abaixo terão por meta apontar alguns possíveis caminhos.

3. Poder Judiciário: eficácia social da prestação jurisdicional

Transformar o ideário constitucional em condutas e realidades concretas não é, certamente, tarefa da alçada exclusiva do Poder Judiciário. Ao contrário, trata-se de empreendimento necessariamente compartilhado entre os Poderes do Estado e a própria sociedade. Urge,

¹² BONAVIDES, Paulo, in *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros Editores, São Paulo, 1993, 4ª ed., p. 307.

¹³ Op. cit., p. 299.

porém, que esta grande causa seja de uma vez encetada, com coragem e vontade política, e o papel do Judiciário será, indubitavelmente, da maior importância. É certo que a efetivação dos programas constitucionais dependerá fundamentalmente da iniciativa dos demais Poderes, aos quais compete a formulação de políticas públicas adequadas e a aprovação dos mecanismos institucionais e legais para a respectiva implementação. Mas o Judiciário não poderá se eximir da sua fatia de responsabilidade, que consiste, essencialmente, em prestar jurisdição mediante pronunciamentos que extraíam do sistema normativo soluções as mais adequadas possíveis à produção dos resultados previstos pelo constituinte.

A questão que se coloca, portanto, é a de saber que caminhos poderá trilhar o Judiciário para que o exercício de sua missão constitucional resulte em aprimoramento do grau de eficácia social das normas. Esta preocupação implica, por si só, uma tomada de posição: a do abandono das orientações segundo as quais a interpretação e a aplicação do direito é simples operação mecânica, meramente silogística, calcada unicamente em fórmulas e formas positivamente estabelecidas. Na verdade, os tempos atuais já não comportam juizes de costas para a realidade, pena de dar razão aos que acham que os juristas "pelos seus tresnoitadas teorias, conceitos e formulações, sejam olhados, pela generalidade dos demais seres humanos, como espécimes de uma fauna em vias de extinção e, por isso mesmo, cada dia menos decisiva no curso da vida social, enquanto juristas"¹⁴. O caminho do positivismo, próprio do estado liberal — individualista —, é obsoleto frente à atual configuração do Estado social de direito, quanto a isso, parece, ninguém mais põe dúvida.

Por outro lado, ao Judiciário não se permite o caminho radicalmente oposto, de substituição de juízos de legalidade por juízos de conveniência, ou da substituição da ideologia constitucional por ideologias pessoais e, muito menos, da substituição das normas criadas pelo Estado democrático de direito por normas de sistemas ditos alternativos. Tal caminho, além de importar usurpação pelo Judiciário, das funções dos outros Poderes (estes ungidos pelo voto

popular), representaria a negação da sua única base de legitimidade, que é a Constituição, e transformaria seus atos em atos de puro arbítrio. Já se disse, com propriedade, que "o Estado de direito não pode renunciar, nem às leis bem pensadas, nem a uma magistratura que tome a sério a sua vinculação à lei e ao direito"¹⁵.

Assim, a busca de decisões judiciais que levem à eficácia social do direito deve ser empreendida exaurindo-se os mecanismos oferecidos pelo próprio sistema jurídico do Estado de direito constitucional. Muitas trilhas aguardam ser exploradas, algumas abertas há mais tempo, outras desbravadas por doutrinas interpretativas mais modernas. German J. Bidart Campos, por exemplo, indica uma excelente relação com nada menos que quinze itens, "para interpretar constitucionalmente os direitos humanos", de modo a dar-lhes mais efetiva proteção¹⁶. De nossa parte, permitimo-nos indicar, entre os muitos caminhos apontados pela doutrina, algumas sugestões de pautas de trabalho que, se exploradas com determinação, poderão certamente oferecer resultados satisfatórios.

No que se refere à interpretação da Constituição, além dos instrumentos tradicionais e clássicos, merecem indicação os seguintes veios, ainda não exaustivamente aproveitados pela jurisprudência:

a) reconhecimento do grau de eficácia jurídica e da normatividade dos princípios constitucionais, que devem funcionar "como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral ao sistema", e como "elementos de construção e qualificação" dos conceitos constitucionais básicos, exercendo ainda "uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da força expansiva que possuem (e de que se acham desprovidos os conceitos, desde logo por causa de suas amarras verbais)"¹⁷;

b) exploração máxima da normatividade e da eficácia vinculante das normas programáticas, normas que, segundo vozes influentes do moderno constitucionalismo, teriam condão de

¹⁵ LARENZ, Karl, in *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2ª ed., p. 421.

¹⁶ BIDART CAMPOS, German J., in *Teoria General de los Derechos Humanos*, Editora Astrea, Buenos Aires, 1991, pp. 394/399.

¹⁷ MIRANDA, Jorge, in *Manual de Direito*

¹⁴ NOVOA MONREAL, Eduardo, in *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*, trad. de Gérson Pereira dos Santos, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, p. 36.

determinar até mesmo “a cessação de vigência, por inconstitucionalidade superveniente, das normas legais anteriores que disponham em sentido contrário”, além de proibir “a emissão de normas legais contrárias”, bem como “a prática de comportamentos que tenham a impedir a produção de atos por ela impostos — donde inconstitucionalidade material em caso de omissão”¹⁸;

c) reconhecimento da juridicidade e normatividade dos “direitos fundamentais de terceira geração”, baseados no princípio da solidariedade social e da fraternidade e decorrentes da *evolução expansiva dos direitos fundamentais*. “Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade”, ensina Paulo Bonavides, “os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”¹⁹. Dentre eles destacam-se o direito ao desenvolvimento, ao trabalho, à saúde, à alimentação, ao meio ambiente sadio e os direitos difusos de um modo geral²⁰. É certo que a implementação de tais direitos favorecerá — porque dela será necessariamente dependente — a implementação dos direitos sociais básicos, denominados direitos de segunda geração;

d) outro importante instrumento de eficácia social do direito é a devida valorização dos deveres sociais, aliás previstos no art. 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. “Fala-se muito mais dos direitos do que dos deveres humanos”, diz, com acerto, Adolfo Gelsi Bidart. Entretanto, “... uns e outros têm a mesma fonte e ponto de partida, e ambos, entre si, se relacionam e se assistem para alcançar sua efetiva realização”²¹. Referimo-nos a deveres, não do Estado mas dos indivíduos, em prol dos demais integrantes da comunidade, e “sem que o sujeito obrigado ative e universalmente personalize e concretize com cada

um destes indivíduos um vínculo obrigacional particularizado”²². A valorização, pelo intérprete, dos deveres do indivíduo para com a comunidade pode oferecer resultados importantes no campo da hermenêutica. Além de conter ímpetos demagógicos, o aplicador do direito, ao examinar interesses particulares e individuais, será levado a estabelecer critérios de ponderação que melhor conciliem demandas individuais com os interesses do bem comum. É o caso, por exemplo, dos avanços que se operam nas Cortes Constitucionais da Europa relativamente à interpretação do princípio da isonomia, que, segundo refere Paulo Bonavides, é considerado como princípio que encerra em si uma igualdade concreta, niveladora, “operada na esfera fática propriamente dita e não em regiões abstratas ou formais do direito”, sendo que “a igualdade material faz livres aqueles que a liberdade do Estado de direito da burguesia fizera paradoxalmente súditos”²³.

No que se refere às normas infraconstitucionais, o que de mais prioritário se evidencia para que a interpretação leve a resultados eficazes, é, inquestionavelmente, o resguardo da unidade do ordenamento jurídico, unidade que, como se disse, deve se estabelecer a partir da Constituição. Imantado pela força ordenadora dos princípios e normas programáticas da Carta Magna, o intérprete será levado a vestir o direito ordinário com as cores constitucionais, e a *interpretá-lo e aplicá-lo à luz dos valores constitucionais*, da ideologia constitucional, do ideário constitucional. A partir daí, como se pode perceber, haverá uma gama expressiva de instrumentos hermenêuticos a serem explorados.

Para finalizar, é indispensável que se alerte para um ponto mais. Por maiores e melhores que sejam os recursos hermenêuticos disponíveis, eles, por si só, podem ser absolutamente insuficientes, e até mesmo inúteis em certas circunstâncias. É que, como sempre enfatizava Calamandrei²⁴, há um componente na atividade jurisdicional que não é alcançado por soluções de racionalização ou de técnica interpretativa. É o componente, ditado pelas con-

Constitucional, Coimbra Editora, 1968, t. II, 2ª ed., pp. 199/200.

¹⁸ MIRANDA, Jorge, in op. cit., pp. 219/220.

¹⁹ Op. cit., p. 481.

²⁰ BIDART CAMPOS, German J., in op. cit., pp. 189/191 e 340.

²¹ GELSI BIDART, Adolfo, in *De Derechos*,

Deberes y Garantías del Hombre Común, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, p. 119.

²² BIDART CAMPOS, German J., in op. cit., p. 148.

²³ Op. cit., pp. 304/305.

dições pessoais do juiz, seus sentimentos, sua formação, seu grau de independência, seu caráter e, de certo modo, sua própria vontade. Dirigir a força deste componente na direção de sentenças socialmente eficazes é atividade que dependerá, única e exclusivamente, dos padrões de compromisso pessoal do juiz para com o direito e a sociedade.

4. Conclusão

Em suma: as normas do direito têm, por sua própria natureza, uma vocação prospectiva e transformadora da sociedade. Visto sob

este enfoque, o direito somente alcançará efetiva realização quando operar transformações no plano da realidade, aproximando-a do ideal normativo. Caberá, portanto, aos operadores do direito e, de modo especial, ao Poder Judiciário — que é seu operador por excelência — interpretá-lo e aplicá-lo pelo modo que proporcione, em grau o mais elevado possível, os resultados sociais previstos idealmente pelo legislador. Com isso e só assim o direito estará consagrado como instrumento legítimo de regulação do Estado e da sociedade.

²⁴ CALAMANDREI, Piero, in *Estudios sobre el Proceso Civil*. Ediciones Jurídica Europa-América. Buenos Aires, 1986, v. III, pp. 235/236.

Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem

GILMAR FERREIRA MENDES

Muito se tem discutido entre nós sobre os limites de liberdade de imprensa e da liberdade artística em relação aos direitos de personalidade, especialmente em relação ao direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem.

Afirma-se, muitas vezes de forma categórica, que, tendo a Constituição estabelecido a proibição de censura, não poderia a autoridade pública, no caso, órgão do Poder Judiciário, intervir para evitar a divulgação de notícias ou obra artística lesiva aos direitos de personalidade de qualquer cidadão. Sustenta-se que, nesse caso, eventual abuso haveria de resolver-se em perdas e danos.

Significa dizer que, após a violação do direito tido pela Constituição como *inviolável*, poderá o eventual atingido pedir a reparação pela lesão sofrida.

Diante dos termos peremptórios em que se encontra formulado o art. 5.º, X, da Constituição — *são invioláveis à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas (...)* —, parece evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual direito de reparação ao eventual atingido. A referência que consta da parte final do dispositivo — *assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação* — somente pode dizer respeito aos casos em que não foi possível obstar a divulgação ou a publicação da matéria lesiva aos direitos da personalidade.

Esse entendimento mostra-se tão evidentemente correto que mais parece a enunciação de um truísmo. Ou, como diria o Conselheiro Acácio, *aquilo que é inviolável não pode ser violado*.

Mais ainda. Se a Constituição assegura não só a inviolabilidade do direito, mas também a

Gilmar Ferreira Mendes, Procurador da República, é Mestre em Direito pela UnB e Doutor em Direito pela Universidade da Münster – RFA.

efetiva proteção judiciária contra lesão ou ameaça de lesão a direito (CF, art. 5.º, XXXV), não poderia o Judiciário intervir para obstar a configuração da ofensa definitiva, que acaba acarretando danos efetivamente irreparáveis? Que significaria a garantia de proteção judiciária efetiva contra lesão ou ameaça de lesão a direito se a intervenção somente pudesse se dar após a configuração da lesão? Pouco, certamente, muito pouco!

Não é verdade, ademais, que o constituinte concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. Já a fórmula constante do art. 220 da Constituição explicita que "a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

É fácil de ver, pois, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzissem limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades haveria de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

Mais expressiva, ainda, parece ser, no que tange à liberdade de informação jornalística, a cláusula contida no art. 220, § 1.º, segundo a qual "nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV".

Como se vê, a formulação aparentemente negativa contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de imprensa, tendo em vista sobretudo a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Do contrário, não haveria razão para que se mencionassem expressamente esses princípios como limites para o exercício da liberdade de imprensa.

Tem-se, pois, aqui expressa *reserva legal qualificada*, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a

preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral.

Essas colocações não de servir, pelo menos, para demonstrar que o tema não pode ser tratado da maneira simplista ou até mesmo simplória, como vem sendo apresentado até por alguns juristas.

Como se vê, há uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, que pode gerar uma situação conflituosa, a chamada *colisão de direitos fundamentais* (*Grundrechtskollision*).

É fecunda a jurisprudência da Corte Constitucional alemã sobre o assunto, especialmente no que se refere ao conflito entre a liberdade de imprensa ou a liberdade artística e os direitos da personalidade, como o direito à honra e à imagem. Ressalte-se, ainda, que, tal como o ordenamento constitucional brasileiro, a Lei Fundamental de Bonn proíbe, expressamente, a censura à imprensa (LF, art. 5.º, I).

A propósito da problemática, mencionem-se duas decisões importantes proferidas pela Corte Constitucional alemã.

Na decisão de 24 de fevereiro de 1971, relativa à publicação do romance *Mephisto*, de Klaus Mann, reconheceu-se o conflito entre o direito de liberdade artística e os direitos de personalidade enquanto derivações do princípio da dignidade humana¹. O filho adotivo do falecido ator e diretor de teatro Gustaf Gründgen postulou perante a justiça estadual de Hamburgo a proibição da publicação do romance *Mephisto* com o argumento de que se cuidava de uma biografia depreciativa e injuriosa da memória de Gründgen, caricaturado no romance na figura de Hendrik Höfgen. O tribunal estadual de Hamburgo julgou improcedente a ação. O romance foi publicado em setembro de 1965 com uma advertência aos leitores, assinada por Klaus Mann, afirmando que "todas as pessoas deste livro são tipos, não retratos de personalidade" (*Alle Personen dieses Buchs stellen Typen dar, nicht Porträts*. K. M.).

Com fundamento em uma medida liminar deferida pelo Tribunal Superior de Hamburgo, acrescentou-se à publicação uma advertência aos leitores na qual se enfatizava que, embora constassem referências a pessoas, as persona-

1. BVerfGE 30, 173.

gens haviam sido conformadas, fundamentalmente, pela "fantasia poética do autor" (*dichterrische Phantashie des Verfassers*)².

Posteriormente, concedeu o tribunal o pedido de proibição da publicação, tanto com fundamento nos direitos subsistentes de personalidade do falecido teatrólogo, quanto em direito autônomo do filho adotivo. Como o público dificilmente poderia distinguir entre poesia e realidade, sendo mesmo levado a identificar na personagem Höfgen a figura de Gründgen, não havia como deixar de reconhecer o conteúdo injurioso das afirmações contidas na obra³. O direito de liberdade artística não teria precedência sobre os demais direitos, devendo, por isso, o juízo de ponderação entre a liberdade artística e os direitos de personalidade ser decidido, na espécie, em favor do autor⁴.

O Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) rejeitou a revisão interposta sob a alegação de que o direito de liberdade artística encontra limite imanente (*immanente Begrenzung*) no direito de personalidade assegurado constitucionalmente⁵. Esses limites são violados se, a pretexto de descrever a vida ou a conduta de determinadas pessoas, se atribui a elas prática de atos negativos absolutamente estranhos à sua biografia, sem que se possa afirmar, com segurança, que se cuida, simplesmente, de uma imagem hiperbólica ou satírica⁶.

A editora recorrente sustentou na *Verfassungbeschwerde* impetrada que as decisões dos tribunais violavam os artigos 1, 2, I, 5, I e III, 14 (direito de propriedade) e 103, I, todos da Lei Fundamental, bem como os postulados da proporcionalidade e da segurança jurídica.

O Tribunal Constitucional reconheceu que a descrição da realidade integra o âmbito de proteção do direito de liberdade artística, isto é, a chamada arte engajada não estaria fora da proteção outorgada pelo art. 5.º, III, da Lei Fundamental⁷.

A ementa do acórdão fornece boa síntese dos fundamentos da decisão:

2. BVerfGE 30, 173 (177).
3. BVerfGE 30, 173 (178).
4. BVerfGE 30, 173 (178).
5. BVerfGE 30, 173 (181).
6. BVerfGE 30, 173 (181).
7. BVerfGE 30, 173 (190-191).

"N.º 16

1. Art. 5.º, III, 1.º período da Lei Fundamental representa uma norma básica da relação entre o Estado e o meio artístico. Ele assegura, igualmente, um direito individual

2. A garantia da liberdade artística abrange não só a atividade artística, como a apresentação e a divulgação das obras de arte.

3. O direito de liberdade artística protege também o editor.

4. À liberdade artística não se aplicam nem a restrição do art. 5.º, II, nem aquela contida no art. 2.º, I, 2.º período.

5. Um conflito entre a liberdade artística e o âmbito do direito de personalidade garantido constitucionalmente deve ser resolvido com fulcro na ordem de valores estabelecida pela Lei Fundamental; nesse sentido, há de ser considerada, particularmente, a garantia da inviolabilidade do princípio da dignidade humana consagrada no art. 1, I" (Decisão da Corte Constitucional, vol. 30, p. 173).

Reconheceu-se, pois, que, embora não houvesse reserva legal expressa, o direito de liberdade artística não fora assegurado de forma ilimitada. A garantia dessa liberdade, como a de outras constitucionalmente asseguradas, não poderia desconsiderar a concepção humana que balizou a Lei Fundamental, isto é, a idéia de homem como personalidade responsável pelo seu próprio destino, que se desenvolve dentro da comunidade social⁸.

O não-estabelecimento de expressa reserva legal ao direito de liberdade artística significa que eventuais limitações deveriam decorrer, diretamente, do texto constitucional. Enquanto elemento integrante do sistema de valores dos direitos individuais, o direito de liberdade artística estava subordinado ao princípio da dignidade humana (LF, art. 1.º), que, como princípio supremo, estabelece as linhas gerais para os demais direitos individuais⁹. O modelo de ser humano, pressuposto pelo art. 1.º, I, da Lei Fundamental, conformaria a garantia constitucional de liberdade artística, bem como esta seria influenciada, diretamente, pela

8. BVerfGE 30, 173 (193).

9. BVerfGE 30, 173 (193).

concepção axiológica contida no art. 1.º, I^o.

No caso em apreço, considerou-se que os tribunais não procederam a uma aferição arbitrária dos interesses em conflito, mas, ao revés, procuraram avaliar, de forma cuidadosa, os valores colidentes, contemplando, inclusive a possibilidade de determinar uma proibição limitada do romance (publicação com esclarecimento obrigatório)¹¹.

Contemple-se, por derradeiro, o chamado “caso Lebach”, de 5 de junho de 1973, no qual se discutiu problemática concernente à liberdade de imprensa face aos direitos de personalidade. Cuidava-se de pedido de medida liminar formulado perante tribunais ordinários por um dos envolvidos em grave homicídio — conhecido o “assassinato de soldados de Lebach” — *Der Soldatenmord von Lebach* — contra a divulgação de filme, pelo Segundo Canal de Televisão (*Zweites Deutsches Fernsehen — ZDF*), sob a alegação de que, além de lesar os seus direitos de personalidade, a divulgação do filme, no qual era citado nominalmente, dificultava a sua ressocialização. O Tribunal estadual de Mainz e, posteriormente, o Tribunal Superior de Koblenz não acolheram o pedido de liminar, entendendo, fundamentalmente, que o envolvimento no crime fez com que o impetrante se tornasse uma personalidade da história recente e que o filme fora concebido como um documentário destinado a apresentar o caso sem qualquer alteração¹².

Eventual conflito entre a liberdade de imprensa, estabelecida no art. 5.º, I, da Lei Fundamental, e os direitos de personalidade do impetrante, principalmente o direito de ressocialização, haveria de ser decidido em favor da divulgação da matéria, que correspondia ao direito de informação sobre tema de inequívoco interesse público¹³.

O recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) foi interposto sob alegação de ofensa aos artigos 1.º, I (inviolabilidade da dignidade humana), e 2.º, I, (...) da Lei Fundamental.

A Corte Constitucional após examinar o documentário e assegurar o direito de manifestação do Ministério da Justiça, em nome do Governo Federal, do Segundo Canal de Tele-

visão, do Governo do Estado da Renânia do Norte-Vestfália, a propósito do eventual processo de ressocialização do impetrante na sua cidade natal, do Conselho Alemão de Imprensa, da Associação Alemã de Editores, e ouvir especialistas em execução penal, psicologia social e comunicação, deferiu a medida postulada, proibindo a divulgação do filme, até a decisão do processo principal, se dele constasse referência expressa ao nome do impetrante¹⁴.

Ressaltou o Tribunal que, ao contrário da expressão literal da lei, o direito à imagem não se limitava à própria imagem, mas também às representações de pessoas com a utilização de atores¹⁵.

Considerou, inicialmente, o Tribunal que os valores constitucionais em conflito (liberdade de comunicação e os direitos da personalidade) configuram elementos essenciais da ordem democrático-liberal (*freiheitlich demokratische Ordnung*) estabelecida pela Lei Fundamental, de modo que nenhum deles deve ser considerado, em princípio, superior ao outro. Na impossibilidade de uma compatibilização dos interesses conflitantes, tinha-se de contemplar qual haveria de ceder lugar, no caso concreto, para permitir uma adequada solução da colisão.

Em apertada síntese, concluiu a Corte Constitucional:

“Para a atual divulgação de notícias sobre crimes graves tem o interesse de informação da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade. Por isso, nem sempre se afigura legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação.

A proteção da personalidade não autoriza que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e a esfera íntima do autor de um crime ainda que sob a forma de documentário.

A divulgação posterior de notícias

10. BVerfGE 30, 173 (195).

11. BVerfGE 30, 173 (199).

12. BVerfGE 35, 202 (207).

13. BVerfGE 35, 202 (207-208).

14. BVerfGE 35, 202 (204).

15. BVerfGE 35, 202 (224).

sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificultar a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional, ou mesmo após a sua soltura, ameaça seriamente o seu processo de reintegração social”¹⁶.

No processo de *ponderação* desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar sobre fatos

criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito de personalidade¹⁷.

Como demonstrado, a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o estabelecido no art. 5.º, X.

Portanto, tal como no direito alemão, afigura-se legítima a outorga de tutela judicial contra a violação dos direitos de personalidade, especialmente do direito à honra e à imagem, ameaçados pelo exercício abusivo da liberdade de expressão e de informação.

16. BVerfGE 35, 202 (203).

17. Cf., a propósito, Rüter, Wolfgang, Grundrechtskonflikte, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, v. II, p. 469.

Un Derecho de la víctima: el Proceso en "conviction-sentencing"

ANTONIO BERISTAIN

SUMARIO

1. En Toledo, escuela de traducción. 2. Participación ciudadana en la determinación de la pena. 3. Las víctimas más que "objetos" merecedores de reparación. 4. Mediación, conciliación y reconciliación. 5. Un caso en San Sebastián. 6. Un nuevo objeto del proceso penal. 7. Posterior recomendación del Consejo de Europa.

Estas páginas recogen y amplían el artículo publicado en el Libro-Homenaje a los Profs. Walter Stree y Johannes Wessels: W. KÜPER, J. WELP (Comps.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 653-662. Se apoyan en mi Comunicación (inédita) presentada en Toledo, el día 2 de abril de 1992, en el Coloquio sobre "Los movimientos de reforma del proceso penal y los Derechos Humanos", organizado por el Grupo Nacional Español de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

1. En Toledo, escuela de traducción

Del especialista en Historia y Antropología cultural y social, Julio Caro Baroja, hemos leído páginas bellísimas sobre Toledo, la ciudad que nos cobija estos días. "Toledo en sí es un lujo que tiene España... Toledo simboliza una traducción constante. Hay una lengua y una religión que son las que dominan en un momento: pero hay que traducir de otras lenguas y conocer las otras culturas y religiones coexistentes"¹. Estas atinadas consideraciones pueden introducirnos en lo que pretende exponer esta comunicación.

Indudablemente en el proceso penal hay una llamémosle lengua o estructura procesal

Antonio Beristain es Catedrático Emérito de Derecho Penal — San Sebastián

¹ BAROJA, Julio Caro. *Toledo*, Edic. Destino, Barcelona, 1988, pp. 235, 91.

penal y victimológica, que es la que domina en este país y en este momento. Pero, seamos conscientes de que hay también otras lenguas, realidades, instituciones jurídicas, en el amplio sentido de la palabra, que nosotros los juristas debemos traducir, conocer y asimilar. Son realidades coexistentes de un macrocosmos que ojalá no sigamos ignorando. Sería funesto que continuásemos más tiempo ciegos... y, a pesar de ello o por ello, juzgando a personas y condenándoles. Será muy satisfactorio que conociéramos, traduzcamos y aprendamos esas coetáneas (aunque para algunos ajenas y lejanas) lenguas y culturas y estructuras criminológicas y procesales para que nos abran los ojos, como ya profetizaron Juan del Rosal, Rodríguez Devesa y otros juristas.

2. Participación ciudadana en la determinación de la pena

A la luz de las consideraciones que algunos especialistas exponen, parece deseable que en el proceso penal español se amplíe el espacio reservado a las víctimas de los delitos, y para ello se establezca (o quizás más exactamente, se restablezca desde algunas instituciones consuetudinarias) la división del proceso penal en dos fases. Es decir, nuestra legislación y praxis procesal penal deberían distinguir dos (sub) fases o etapas dentro de la fase del juicio oral del proceso penal; separar por una parte las actividades procesales destinadas a la declaración de que el imputado es considerado culpable del delito que se le acusa (etapa primera denominada *Conviction*, en inglés) y después, por otra, en la segunda etapa (denominada *Sentencing*), se determina la sanción concreta que justamente conviene imponer al delincuente. Se pide, pues, establecer separación formal entre la constatación de la culpabilidad y la fijación de la pena, como se pregunta en el Cuestionario concerniente al Tema n.º 3 del XXV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, que se celebrará en Río de Janeiro (4-10 septiembre 1994)².

² Cfr. *International Review of Penal Law. International Convention on the Rights of the Child. XVth. International Congress of Penal Law*, Association Internationale de Droit Pénal, 3.º y 4.º trimestres 1991, p. 1008: "Y a-t-il dans la phase du jugement (audience) une césure formelle entre la constatation de la culpabilité et la fixation de la peine?"; p. 1051: "(c) Is there any 'interlocution of guilt'; is the main proceeding divided into two parts, one which determines whether or not the accused is guilty, and another which deals with the sentencing?"

En la segunda etapa además de todas o algunas de las personas que intervinieron en la primera etapa, intervendrán otras con estudios y formación en ciencias clínicas y criminológicas³. Ya en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal (Madrid, 1983), indirectamente se indica algo de esto al hablar del informe criminológico, en varios artículos: 75, 1ª; 84, 1, 3ª; 87, 2ª; 77, 1ª; 100, 3.

Nuestra petición en favor de las víctimas como sujetos *activos* en la determinación de la respuesta justa y ajustada al delito y al delincuente se apoya, sobre todo, en la doctrina y legislación victimológica, pero también en otros argumentos, que deseamos comentar en un futuro próximo, apoyándonos en la importante legislación y doctrina en otros países. Hoy y aquí baste citar, en España, a M. Barbero⁴, en Francia a M. Ancel⁵, en Alemania a J. Herrmann⁶ e C. Roxin⁷, en Portugal a J. de Figueiredo⁸ y en Austria a R. Moos⁹.

3. Las víctimas más que "objetos" merecedores de reparación

La división del proceso parece obligada si se consideran los derechos de los sujetos pasivos del crimen y de las otras víctimas desde la perspectiva de la moderna ciencia victimológica. En concreto, a la víctima (incluyendo en

³ Cfr. BERJSTAIN, A. "Preguntas desde la Constitución (Artículo 25.2)", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, agosto 1989, pp. 251 ss.

⁴ BARBERO, M. "La división en dos fases del proceso penal", en *Idem, Estudios de Criminología y derecho penal*, Universidad de Valladolid, 1972, pp. 193 ss.

⁵ ANCEL, M. *la défense sociale nouvelle*, 3ª edic., Paris, 1981.

⁶ HERRMANN, J. "Ein neues Hauptverhandlungsmodell", *Zum Alternativ-Entwurf, Novelle zur Strafprozessordnung, Reform der Hauptverhandlung*, herausgegeben von einem Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer, Tübingen, 1985; *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtsw.*, 1988, pp. 41 ss.

⁷ ROXIN, C. *Strafverfahrensrecht*, 21 edic., München, 1989, pp. 280 ss., 439 s.

⁸ FIGUEIREDO, J. de. *Direito processual penal*, vol. I, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1974, pp. 279 ss.

⁹ MOOS, R. "Ausgewogenere Kommunikationsstruktur der Hauptverhandlung durch Wechselverhör und Teilung in zwei Abschnitte", *ZStW*, 1991, pp. 553-583.

esta palabra también los sujetos pasivos) del delito debe reconocérsele el derecho a intervenir cuando se determine la respuesta concreta al delito objeto del juicio.

Nuestra cuestión merece ser estudiada a la luz de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. También aclara algo el tema la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre, "De los juzgados de lo penal y por la que se modifican diversos preceptos de las leyes Orgánicas del Poder Judicial y de enjuiciamiento Criminal", y, con anterioridad, el Convenio Europeo de 1983 sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, adoptó y aprobó esa Declaración que había recomendado el Séptimo Congreso de Las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre del mismo año. Esta Declaración significa un paso de gigante en favor de las víctimas, a pesar de sus limitaciones e incluso de su orientación general menos acorde de lo deseable con la doctrina actual. Es de lamentar el tono dominante de esta Declaración, casi exclusivamente asistencial respecto a la víctima. Sólo en cierto sentido le reconoce su papel de sujeto activo.

La casi totalidad de las Disposiciones de la Declaración formulan postulaciones meramente pasivas: que las víctimas sean tratadas con compasión y respeto, que se les repare del daño sufrido, que se les preste asistencia apropiada, que se minimicen las molestias causadas a ellas, que se garantice su seguridad, que se les conceda indemnizaciones, que sean resarcidas equitativamente (devolución de sus bienes, etc.), que se les preste asistencia material, médica, psicológica y social, que el personal de policía, etc., sea receptivo a sus necesidades, que se les garantice su ayuda, atención a los daños que han sufrido, que se les proporcione remedios como asistencia y apoyo social, médico, etc.¹⁰

Los comentaristas de esta Declaración ge-

¹⁰ Cfr. NACIONES UNIDAS, *Derechos Humanos. Recopilación de instrumentos internacionales*, Nueva York, 1988, pp. 262-265.

neralmente se dejan llevar por este talante principal y casi exclusivo de pasividad; y no piden con suficiente claridad que se considere a las víctimas como sujetos activos, sobre todo (pero no únicamente) en el proceso penal.

Aquí y ahora nos interesan las importantes (aunque escasas) disposiciones de la Declaración que reconocen (o, al menos, sugieren) la misión activa de las víctimas. En concreto, cuando habla de "derecho al acceso a los mecanismos de la justicia", de "adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas", de informarles "de su papel" en la marcha de las actuaciones, "de facilitar la conciliación"...

Parece oportuno reflexionar sobre estas frases que leídas objetivamente, según la *voluntas legis* (distinta quizás de la *voluntas legislatoris*), pueden permitirnos o exigirnos llegar más adelante que lo que quiso decir el legislador. Quizás fueron formuladas pensando sólo en la asistencia a las víctimas como mero sujeto pasivo, pero pueden admitir preferentemente una segunda lectura alternativa desde una perspectiva científica más moderna de las víctimas como sujeto activo que nos permita exigir, como uno de sus derechos, el derecho a que el proceso penal se divida en dos fases para que puedan intervenir eficazmente en la segunda fase, que tan directa y positivamente puede afectarles a ellas.

Paralelamente a la doctrina internacional, en España se están reconociendo cada día más los derechos de la víctima, aunque todavía menos de lo deseado y lo justo. Todavía, como explican G. Landrove y muy concretamente A. Martínez-Arrieta¹¹, no se evita totalmente la victimización secundaria durante el proceso. Lo comprueban empíricamente las investigaciones de V. Garrido Genovés y R. Berenguer, y E. Neuman¹² refiriéndose especialmente a Ar-

¹¹ LANDROVE, G. "La víctima y el juez", en *Victimología*, comp. por A. Beristain, J. L. de la Cuesta, San Sebastián, 1990, pp. 187 s.;

MARTÍNEZ-ARRIETA, A. "La víctima en el proceso penal (II)", *Actualidad penal*, núm. 4, 28 enero 1990, pp. 49 ss.

¹² Cfr. "Victimology in Spain: The Empirical Studies", en *Victims and Criminal Justice. Victimological Research: Stocktaking and Prospects*, compilado por G. Kaiser, H. Kury y H. —J. Albrecht, Freiburg i. Br., 1991, pp. 95 ss.; E. NEUMAN, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, 1984, pp. 189 s.

gentina, cuando se trata de menores y jóvenes.

Nuestro avance positivo más importante en el campo procesal-penal se ha plasmado en la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre. Esta ley favorece a las víctimas, pues pone algunos medios para evitar la tan lamentable lentitud en la actividad procesal, y abre la puerta a las víctimas como sujeto activo de sus derechos.

Aquí merece destacarse que el nuevo art. 781, número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pide al Fiscal velar "por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito", así, como subraya Gimeno Sendra, este nuevo precepto incide "tanto en el derecho de defensa del imputado, como en el derecho a la tutela de los ofendidos y perjudicados por el delito"¹³.

Uno de los derechos de la víctima, como hemos indicado, es el derecho a intervenir mucho más activamente en el proceso, para lo cual ayudará la división en dos fases.

Esta segunda fase se presta, no menos que la primera, para alcanzar las metas que pretende la doctrina y la legislación victimológica contemporánea. Concretamente, por ejemplo, para llegar con frecuencia a la mediación, la conciliación y/o la reconciliación.

4. Mediación, conciliación y reconciliación

El Convenio Europeo, n.º 116 (Estrasburgo, 24 de noviembre de 1983), sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos (terminología inadecuada, según indica V. Fairén¹⁴, para evitar la denominación de terroristas que sería la propia) recomienda que "las necesidades y los intereses de las víctimas deberían ser tomados más en cuenta en todas las fases del proceso de justicia penal". Y, en su Recomendación Final, 1, apunta positiva y acertadamente hacia los "sistemas de mediación y conciliación". Posteriormente, el año 1985, la Declaración de las Naciones Unidas, en su Disposición 7, vuelve a referirse a la conciliación.

¹³ Cfr. SENDRA, V. Gimeno. "Las partes acusadoras", en *El nuevo proceso penal (Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988)*, Tirant lo Blanch, Reformas, Valencia, 1989, p. 87.

¹⁴ FAIREN, V. "Acción, proceso y ayuda a las víctimas del delito", *La Ley*, año XII, núm. 2788, 16 julio 1991, pp. 1 ss.

Una prueba patente de la apatencia en muchas personas de lograr la conciliación nos ofrecen los numerosos proyectos que en diversos países se están llevando a cabo sobre este tema. Respecto a Alemania, nos informa ampliamente F. Dünkel¹⁵

Durante la *Sentencing* pueden cultivarse semillas de reconciliación mucho mejor que durante el proceso desconocedor de esta fase como autónoma, separada de la *conviction*.

En el Comentario y el Cuestionario del Professor Tiedemann para el Tema 3 del próximo Congreso internacional de nuestra Asociación, con satisfacción puede leerse una palabra que va bastante más adelante que la mediación y la conciliación, pues se habla de reconciliación, lo cual resulta inusitado en Europa central, salvo excepciones que confirman la regla. En Alemania (y otros países) los victimólogos suelen pedir la compensación (*Ausgleich*), pero la inmensa mayoría se niega a mencionar la reconciliación (*Versöhnung*). Rechazan su entrada en el campo jurídico. Quizás desean mantener la *Ent-zauberung* de Max Weber¹⁶.

En contra de lo profetizado y deseado por el inteligente sociólogo alemán, algunas (aunque no muchas) personas, a pesar de su victimación, no viven desencantadas; sus "necesidades" en cuanto víctima no son sólo, ni tan siquiera principalmente, necesidades de recibir compensación económica y de asistencia, sino más bien necesidades también de *dar*. Para satisfacer su generosidad ellas, las víctimas, desean se les informe "de su papel", y de que éste sea activo en la marcha de las actuaciones procesales; que se les reconozca como sujetos, no como meros objetos que se reparan. Algunas (aunque no muchas) veces esas víctimas desean — más allá de recibir lo suyo (el *suum cuique* de los romanos ha sido rebasado por la cosmovisión de la persona "excéntrica", según Lacan, Laín Entralgo, Martín Buber, Zubiri, etc.) — colaborar al bien común, en general y en particular, procurando la reconciliación del delincuente con todas sus vic-

¹⁵ DÜNKEL, F. "La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho penal y de la práctica del Derecho penal en el Derecho comparado", en *Victimología*, San Sebastián, 1990, pp. 113 ss.

¹⁶ Cfr. STREE, W. en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24 edic., München, 1991, § 46, pp. 649 s.

timas¹⁷. No olvidemos que éstas en algunos casos, como el del terrorismo, pueden ser varios miles de personas, indirecta pero intensamente afectadas. Con frecuencia los ciudadanos, e incluso algunos especialistas, se olvidan de que las víctimas pueden ser muchas más, en número, que los sujetos pasivos del delito¹⁸.

5. Un caso en San Sebastián

Actualmente, en el País Vasco está dirigiendo el movimiento más conocido y eficaz en cuanto a concienciación pública contra el terrorismo unilateral de ETA la joven Cristina Cuesta, cuyo padre fue asesinado por los miembros de esa organización terrorista (1982). Esta mujer hubiera visto con muy buenos ojos que el procedimiento judicial le hubiera brindado más posibilidades de satisfacer las "necesidades" que siente de actuar como sujeto activo en favor de la reconciliación con los asesinos de su padre y en pro de la concienciación pública en contra del terrorismo y en favor de la paz. Ella fundó el año 1986 el Movimiento "Asociación por la paz" (hoy denominado "Coordinadora Gesto por la Paz") para, entre otros fines, celebrar concentraciones de 15 minutos de silencio al día siguiente de cualquier acción terrorista con víctimas. Hoy se celebran más de noventa.

Probablemente se pueden aducir otros casos semejantes probatorios de que algunas o muchas víctimas desean intervenir como sujetos activos en el proceso — y especialmente en la determinación de la sanción — no sólo para lograr el resarcimiento de sus daños (muchas veces el "daño" principal no se puede reparar, como en el caso de Cristina Cuesta nadie puede resucitar a su padre) sino también, o más aún, para que la justicia, la paz y la armonía se robustezcan y que los delincuentes se reconcilien con sus víctimas.

Como indica el Prof. H. J. Schneider, "toda nueva reglamentación legal debe servir para la mejor pacificación entre el autor y la víctima"¹⁹.

Quizás los legisladores, los comentaristas

¹⁷ Cfr. KAISER, G. "Victim-Related Research at the Max-Planck-Institute. Point of Departure", en *Victims and Criminal Justice. Victimological Research: Stocktaking and Prospects*, pp. 4 y 11.

¹⁸ Cfr. MARTINEZ-ARRIETA, A. "La víctima en el proceso penal (I)", *Actualidad penal*, núm. 4, 28 enero 1990, pp. 46 s.

y los jueces debemos reflexionar sobre el grado de altruismo de nuestros pensamientos y sentimientos para evitar que — por mimetismo — defraudemos a las víctimas. Muchas de éstas son personas "excéntricas" en el sentido lacaniano, que desean y "necesitan" mirar y actuar por encima de sus necesidades, perjuicios y beneficios individuales.

6. Un nuevo objeto del proceso penal

La separación del proceso penal en dos fases encuentra apoyos en muchas otras consideraciones jurídicas. Aquí nos limitamos a indicar que si "la justicia emana del pueblo", según reconoce el art. 117 de nuestra Constitución, fluye como consecuencia lógica de este principio que "Los ciudadanos (sin necesidad de pertenecer a la carrera judicial) podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado (en alguna de sus formas tradicionales o en una nueva forma que resulte más oportuna y justa) así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales" (art. 125)²⁰.

La participación de los ciudadanos en la *Sentencing*, es decir, en la selección y decisión de qué sanción concreta se deba imponer a una persona declarada culpable de haber cometido un delito, importa más de lo que puede parecer. El hecho de que puedan intervenir todos los ciudadanos, también los dotados con formación criminológica, contribuirá a que se cumpla menos difícilmente el art. 25 de nuestra Constitución, que pide la resocialización de los condenados a penas privativas de libertad.

Desde cierto punto de vista, la conclusión de lo hasta aquí dicho es muy sencilla, de no mucha transcendencia y sin obstáculos mayores, pues todos estamos de acuerdo y nadie se opone a que se tome más en consideración a las víctimas. Para lograrlo pedimos "únicamente" la división del proceso penal en dos fases.

Pero, desde otra perspectiva, el tema ad-

¹⁹ SCHNEIDER, H.J. "La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal. Nuevos desarrollos en la política criminal de los Estados Unidos, de la República Federal de Alemania, del Consejo de Europa y de Naciones Unidas", en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 392.

²⁰ Cfr. SENDRA, V. GIMENO, et al., *Derecho procesal*. T. II: *El Proceso penal*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 47 s.

quiere complejidades, dificultades y trascendencias inesperadas, muy positivas, pues se puede y debe llegar a propuestas (o al menos a preguntas) radicales, como las siguientes:

1 — La urgencia de que las cátedras de Derecho penal y de Derecho procesal penal se fusionen, como sucede tradicionalmente en muchos países de nuestra cultura. Los derechos penal sustantivo y procesal exigen un tratamiento unitario, según señala el Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, E. Ruiz Vadillo²¹.

2 — La conveniencia de que los penalistas, cuando estudiamos el tema tan preocupante en la actualidad de las alternativas a la privación de libertad, acudamos inexorablemente al campo procesal donde se esconde, en mi opinión, una de las claves principales para solucionar ese problema.

3 — La necesidad de que penalistas y procesalistas, ante el nuevo y más amplio espacio que obtiene (mejor dicho, que recupera) la víctima, reflexionemos acerca de cuál es propiamente hoy el objeto del proceso penal (sin olvidar la libertad de decisión del delincuente)²².

Comento únicamente esta última propuesta. El prestigioso procesalista José Almagro Nosete²³, después de estudiar el problema, define así el objeto del proceso penal: "enjuiciamiento de una supuesta acción u omisión aparentemente delictiva para determinar, en su caso, con carácter de certeza su naturaleza delictiva y la responsabilidad criminal del agente, declarando la culpabilidad o inocencia del mismo, mediante la condena a la pena correspondiente o mediante su absolución con las demás consecuencias jurídico-civiles que sean menester".

Esta definición logra totalmente evitar los "factores míticos" que, como bien indica Almagro Nosete, se ocultan o pueden ocultarse en el "hecho penal"; logra mantenerse fiel a una concepción objetiva del delito, y así responde a un planteamiento político de libertad

²¹ VADILLO, E. Ruiz, "La sociedad y el mundo penitenciario (La protección de los derechos fundamentales en la cárcel)", *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 4, 1990, p. 67.

²² Cfr. WESSELS, J., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 21 edic., 1991, Heidelberg, pp. 112 s.

²³ NOSETE, J. Almagro. Cfr. VICENTE GIMENO SENDRA et al., *Derecho procesal*, T. II, p. 192.

por la garantía que esa cosmovisión objetiva ofrece al ciudadano de evitar una consideración subjetivista. Así se solidariza con un Derecho penal de hechos frente a un Derecho penal de autor²⁴.

Ciertamente, en el proceso penal se ocultan o pueden ocultarse factores míticos²⁵; pero, quizás por el propósito de huir de ellos se ha ido excesivamente lejos y se ha "caído" en una concepción maxweberiana de lo social, en un desencantamiento tan total que se ha desvanecido la dimensión humana. Se ha llegado a un grado excesivo de objetivismo, peligro del que ya hace treinta años nos previnieron Jiménez de Asúa, Quintano Ripollés, Welzel y otros autores, cuando analizaron la delincuencia con los vehículos de motor²⁶. Recientemente recuerda el fondo del problema C. Perelman²⁷ y explica cómo la justicia surge y se desarrolla, nace y crece, aflora y florece tanto desde la religión como desde la moral, desde la política y desde el derecho.

Tanto la persona como la personalidad del autor y de la víctima deben tomarse mucho más en consideración durante todo el proceso penal, y no menos cuando se decide la determinación de las penas concretas. El proceso penal no debe limitarse a los hechos, con olvido total de quien los hizo y quien los sufrió. A veces, se patentizan planteamientos excesivamente apersonales en muchas Sentencias, incluso de Tribunales superiores.

La definición transcrita del objeto del proceso penal nos ofrece, indirectamente, una descripción acertada del blanco a que se dirige la primera (sub) fase del juicio oral: "declarando la culpabilidad o inocencia" del agente u omitente. Pero, al mostrar que esa declaración de la culpabilidad (o inocencia) con la condena y "las demás consecuencias jurídico-civiles que sean menester" se decide mediante una acción tan (en muchos sentidos) sencilla y tan poco subjetiva-humana como es el "enjuiciamiento

²⁴ Idem, pp. 190 s.

²⁵ SENDRA, V. Gimeno. *Derecho procesal*, T. II, pp. 78 s.

²⁶ Cfr. BERISTAIN, A. "Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico", en Idem. *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, 1979, pp. 93 ss.

²⁷ PERELMAN, C. "Le juge, la règle de droit et la justice", en *Mélanges offerts à Robert Legros*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1985, p. 497.

de una supuesta acción u omisión”, sin referencias al autor y a la víctima, parece excesivamente simples, acabar (sin más problema) todo el proceso con la condena a la pena lógica y matemáticamente correspondiente, según la letra del Código penal. Con sobrados motivos reprochaba Radbruch a los jueces que miraban sólo a la acción delictiva pero olvidaban al autor. En nuestros días autorizados tratadistas insisten atinadamente desde diversos puntos de vista²⁸.

Desde la ciencia victimológica contemporánea resulta lamentable la ausencia de las víctimas en la concepción y descripción del objeto del proceso penal. Quizás legitimem esa ausencia los procesalistas y/o jueces que admitan la posibilidad de delitos sin víctima. Nosotros, con eximios penalistas (entre otros el actual Presidente de la Asociación Internacional de Derecho penal, M. Cherif Bassiouni), rechazamos tal opinión. Lógicamente, consideramos necesario incluir en el objeto del proceso penal (y hacer referencia expresa a) la figura de las víctimas con un papel activo en todo él, especialmente en la fase destinada a determinar la respuesta concreta al autor del delito, para lo cual pedimos la separación formal de la segunda etapa (fase) del juicio oral.

Así, se abrirá otra puerta al tan necesario diálogo de las personas que se sientan en el estrado con las — también — personas que se sientan o están de pie abajo. Así, se evitará parte del actual silencio procesal que, de hecho, se impone a los ciudadanos que acuden o son llamados a los “palacios” de Justicia (con frecuencia, meros invitados de piedra), como testimonia la juez Manuela Carmena cuando escribe: “Le costó mucho relajarse algo y, para normalizar la conversación, intenté persuadirle de que no se cohibiera. Me dijo: “Nunca estuve hablando con un juez”. Cuando le contesté: “¡Pero hombre, si con los juicios que has tenido tienes que estar acostumbrado!”, me respondió: “todas las otras veces en que he hablado con jueces todo consistió en: “yo no lo he hecho”, “yo no estaba allí”, “yo no era ése”...

No era ése, no estaba allí, no había sido. Ese había sido el único intercambio entre el Poder Judicial y un ciudadano que había de cumplir, por delitos contra la propiedad, una

larguísima condena.

La burocratización del proceso permite que no se juzgue una conducta sino un expediente, un sumario, un conjunto de papeles que expresan el supuesto de hecho de lo que parece un ejercicio escolar, un problema, un caso práctico que hay que resolver, cuya resolución se encuentra en la hoja siguiente, y que es fruto de una aplicación de la lógica formal que ahora multiplica la informática facilitando resoluciones idénticas para condenas de personas distintas y tan diversas como son siempre dos seres humanos, en las que sólo se cambia la fecha y nombre y apellidos de los sujetos²⁹.

Para tomar en consideración las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho criminal conviene conocer la técnica de los silogismos, pero no basta. No. También hay que conocer el *arte* de juzgar³⁰ y de dialogar, y hay que actualizar las estructuras del procedimiento procesal-penal, introducir cambios radicales en ellas, pues se basan, mantienen y reproducen una cosmovisión tradicional (pero tiempo ha superada) de las relaciones entre el Estado, el Señor Juez, el ciudadano y la víctima.

7. Posterior recomendación del Consejo de Europa

Pocos meses después de presentada en Toledo esta comunicación, el Consejo de Europa adoptó la Recomendación n.º R (92) 17 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a la coherencia en la *sentencing* (determinación de la pena), adoptada por el Comité de Ministros el 19 de octubre 1992, en la 482 reunión de Delegados de los Ministros.

De ella merecen especial atención aquí, al menos, tres párrafos. Pero, antes conviene llamar la atención sobre la dificultad, mejor quizás imposibilidad, de traducir del inglés al francés y castellano, el contenido de esta Recomendación, puesto que la *sentencing* no coincide ni mucho menos con la *determinación de la pena*. Difieren en muchos aspectos objetivos y subjetivos, en cuanto a las personas que actúan y las decisiones que toman, etc., ya que la *sentencing* se lleva a cabo en la segunda fase, que, como sabemos, no existe en nuestro pro-

²⁸ VERHAEGEN, J. “Le fait qualifié infraction”, en *Mélanges offerts à Robert Legros*, pp. 749 ss.; C. HENNAU, J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruylant, Bruxelles, 1991, pp. 9 s.

²⁹ CARMENA, M. “Prólogo”, en J. VALVERDE, *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*, Ed. Popular, Madrid, 1991, p. 9.

³⁰ MEEUS, A. “L’art de juger”, en *Mélanges offerts à Robert Legros*, pp. 437 ss.

ceso penal.

En el párrafo 6.º, referente al principio básico de la *sentencing*, se afirma que las condenadas fundamentales de la determinación de la pena deberán ser compatibles con las políticas criminales modernas y humanas, en particular en lo que se refiere a la reducción de las penas privativas de libertad, procurando aplicar medidas y sanciones en la comunidad, fomentar una política de descriminalización y utilizar las medidas de "diversión", tales como la mediación y la indemnización a las víctimas.

En cuanto a estudios e información en materia de *sentencing* (I. 1.), esta Resolución aconseja que deben ser tomadas medidas para que los magistrados y el público en general estén informados regularmente del funcionamiento general del sistema de la justicia penal y notablemente de la práctica seguida en materia de la *sentencing*.

Respecto a la investigación, el Consejo de Europa decide que conviene se lleven a cabo investigaciones regularmente (J. 3.) para conocer con precisión el volumen de las variaciones en la *sentencing* en lo que respecta a qué

clase de infracciones se sancionan, qué personas son las condenadas y los procedimientos empleados.

Estas investigaciones deberán prestar particular atención a los efectos que producen las reformas de la *sentencing*. Estos procesos decisoriales (J. 4.) deberán ser objeto de investigaciones cuantitativas y cualitativas que permitan conocer de qué manera los tribunales toman sus decisiones y cómo algunos factores exteriores (prensa, actitud del público, contexto local, etc.) pueden modificar los procesos de la *sentencing*.

Por fin, tratando de la cooperación europea en cuanto a la información sobre la *sentencing* (K. 2.), aconseja concretamente la creación de un boletín europeo regular sobre este tema para información de los magistrados y de otras personas interesadas en este problema. Añade también que los Estados deberán examinar la oportunidad de llevar a cabo reuniones de jueces y de otras personas que juegan un papel importante en el sistema de la justicia penal, de manera que susciten una mayor toma de consciencia de los problemas comunes, y se informe sobre las soluciones posibles.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

Os pedidos deverão ser acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ou de vale postal remetido à agência APT-Senado (no valor de cada publicação já estarão incluídos os acréscimos referentes à remessa pela ECT). Para solicitar informação sobre preços, escreva para

Praça dos Três Poderes, Anexo 1, 22.º andar
70165-900 Brasília, DF

Telefones: (061)311-3576, 311-3577 e 311-3578

Fax: (061)311-4258 e 321-7333; Telex: (061) 1357

Venda direta ao usuário no Senado Federal:

Via N-2, Unidade de Apoio 1 (fundos do CEGRAF, pelo estacionamento à esquerda)

Atendimento aos Senadores:

Ramais 3579, 3589 e 3578

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA
N.ºs 1, 10, 12, 17, 22 e 23, 28, 82 a 84, 87 a 120.

— Publicação trimestral de trabalhos e pesquisa jurídica, com circulação ininterrupta desde 1964.

ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. N.ºs 1 a 110

— Índice temático dos artigos publicados; índice onomástico dos autores e colaboradores; sumários.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Edição de bolso

— Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 1/92 a 4/93.

ELABORANDO A CONSTITUIÇÃO NACIONAL

— Edição fac-similar da obra *Elaboran-*

do a Constituição Nacional, de José Affonso Mendonça de Azevedo: atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto Constitucional de 1932/1933.

FONTES DE INFORMAÇÕES SOBRE A ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

— Descrição dos acervos da Assembléia Nacional Constituinte de 1987.

LEGISLAÇÃO INDIGENISTA

— Coletânea de textos jurídicos e legislação correlata relativos aos direitos indígenas.

CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Série com 6 volumes; edição de 1987

— *Volume 3:* Angola; Cabo Verde; Moçambique; São Tomé e Príncipe.

— *Volume 4:* Dinamarca; Finlândia; Noruega; Suécia.

— *Volume 5:* Áustria; Iugoslávia.

— *Volume 6:* Coreia; Filipinas; Suriname.

CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS: 1989. 5 volumes

— Textos das Constituições estaduais promulgadas em 1989; índice comparativo.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS. 4 volumes; edição de 1984, com suplemento de 1986

— Edição anterior à Constituição Federal de 1988.

LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO. N.ºs 59/88 a 70/91

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º 11, DE 1984: QUADRO COMPARATIVO

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA. Comentários por João Barbalho Uchoa Cavalcanti

— Edição fac-similar dos comentários à Constituição Federal de 1891.

LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA. Suplemento à 7.ª edição, 1990

LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA. 10.ª edição

CÓDIGO CIVIL: ANTEPROJETOS. 6 volumes; edição de 1989

- *Volume 1:* Anteprojeto de Código das Obrigações: Parte Geral (1941); Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1964).
- *Volume 2:* Anteprojeto de Código Civil (1963); Anteprojeto de Código Civil: revisto (1964).
- *Volume 3:* Anteprojetos de Código de Obrigações: Negócio Jurídico, Obrigações em geral, Contratos e outros títulos de ordem geral (1963); Sociedades e Exercício da Atividade Mercantil (1964); Títulos de Crédito (1964).
- *Volume 4:* Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (1965); Projeto de Código de Obrigações (1965).
- *Volume 5* — tomo 1: Anteprojeto de Código Civil (1972); tomo 2: Anteprojeto de Código Civil: revisto (1973); Índice comparativo (volumes 1 a 5).

DECRETOS-LEIS. Série: volumes 13 e 15
— *Volumes 13* (1972) e *15* (1973).

REGIMENTO INTERNO: SENADO FEDERAL

- Resolução n.º 93, de 1970: texto consolidado, com as alterações adotadas pelas Resoluções n.ºs 51, 58 e 63, de 1989, e 1, 9, 17 e 52, de 1990.

LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS. 3 volumes; 2.ª edição, 1987

- Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados; índice comparativo. Edição anterior à Constituição Federal de 1988.

ANAIS DO SEMINÁRIO SOBRE MODERNI-

ZAÇÃO LEGISLATIVA E DESENVOLVIMENTO POLÍTICO. Edição de 1976

VULTOS DA REPÚBLICA. Homenagem a Afonso Arinos de Melo Franco

- Ciclo de estudos comemorativo do Centenário da República, organizado pelo Instituto de Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas.

DADOS BIOGRÁFICOS DOS PRESIDENTES DO SENADO: 1826 A 1993

OS INCONFIDENTES JOSÉ DE RESENDE COSTA (PAI E FILHO) E O ARRAIAL DA LAJE. Rosalvo Gonçalves Pinto

- Homenagem ao sesquicentenário da morte de José de Resende Costa, Filho (17/6/1841–17/6/1991), e ao bicentenário da morte de Tiradentes e da condenação de José de Resende Costa, Pai, e José de Resende Costa, Filho.

ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO

- *1.º volume:* Defesa da Concorrência no Mercosul.
- *2.º volume:* A Defesa contra as Práticas Desleais na Europa: um Exemplo a Seguir?
- *3.º volume:* O Regime Comum de Origem no Mercosul.
- *4.º volume:* ZPEs Brasileiras: A Necessidade de Mudanças no Contexto do Mercosul.
- *5.º volume:* Disciplina da Concorrência e Controle das Concentrações de Empresas no Mercosul.

MANUAL DE PADRONIZAÇÃO DE TEXTOS DO CEGRAF. 2.ª edição

- Normas básicas de editoração para a elaboração de originais, composição e revisão.

GUIA DAS ELEIÇÕES DE 94

- Comentários à Lei nº 8.713/93 e informações complementares

LEI DE EXECUÇÃO PENAL E LEGISLAÇÃO

CORRELATA. 2.^a edição
— Lei n.º 7.210, de 1984 e legislação correlata.

COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO NO SENADO FEDERAL

— Sua história e desempenho no período de 1946 a 1989. Edição de 1990 de autoria de Mauro Márcio Oliveira.

OBRAS NO PRELO

REGIMENTOS DO SENADO E COMUM

— Regimento Interno do Senado Federal e Regimento Comum do Congresso Nacional.

REGIMENTOS DA CÂMARA E COMUM

— Regimento Interno da Câmara dos

Deputados e Regimento Comum do Congresso Nacional.

ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO

— 6.^o volume: Os Efeitos do Art. 98 do Código Tributário Nacional e o Processo de Integração do Mercosul.

— 7.^o volume: "El establecimiento de una Política Común de Protección al medio ambiente — Su necesidad dentro de un mercado común.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

— Nº 121, Jan/Mar — 1994

— Nº 122, Abr/Jun — 1994

— Nº 123, Jul/Set — 1994

TEXTOS POLÍTICOS DA HISTÓRIA DO BRASIL. Volume 2, tomo 2, e volume 3.

Assinatura da

Revista de Informação Legislativa

(N.ºs 121 a 124, jan./mar. a out./dez. 1994)

Os interessados deverão escrever ou telefonar para a Subsecretaria de Edições Técnicas solicitando o Catálogo de Publicações com os preços das obras. Os pedidos deverão ser acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT-Senado.

Nome:

Endereço:

CEP: Cidade: UF:

Telefone: Fax: Telex:

Data:/...../.....

Assinatura: