

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JANEIRO/MARÇO 1998 • BRASÍLIA • ANO 35 • Nº 137



SENADO FEDERAL  
SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES  
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 137

janeiro/março – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

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 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (061) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (061) 311-4258. E-Mail: ssetec@admass.senado.gov.br

Diretor: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS

João Evangelista Belém e Wellington de Araújo Moreira

REVISÃO DE PROVAS

Alessandra da Silva Moreira, Eloisa N. de Moura Silva, Helena Maria Vieira da Silva  
e Fábio José Dantas de Melo

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Angelina Almeida Silva e Paulo Henrique Ferreira Nunes

IMPRESSÃO

Secretaria Especial de Editoração e Publicações

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.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

---

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. - -  
Ano 1, n. 1 (mar. 1964) - . - - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de  
Edições Técnicas, 1964- .  
v.

Trimestral.

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

1. Direito — Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria  
de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)

---

# Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 35 · nº 137 · janeiro/março · 1998

Flávio Sátiro Fernandes	Admissão irregular de servidores públicos e suas conseqüências jurídicas 5
Willis Santiago Guerra Filho	A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição 13
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha	A reelegibilidade dos Vices e a desincompatibilização à luz da Emenda Constitucional nº 16/97 23
Orlando Venâncio dos Santos Filho	O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade 31
Mauro Roberto Gomes de Mattos	Do enquadramento do Banco Central no Regime Jurídico Único 41
Sebastião Alves dos Reis	Uma visão do Direito: Direito Público e Direito Privado 63
Antônio Carlos Lessa	<i>A vertente perturbadora</i> da política externa durante o governo Geisel: um estudo das relações Brasil-EUA (1974-1979) 69
Marcílio Toscano Franca Filho	Princípios da tributação internacional sobre a renda 83
José Alfredo de Oliveira Baracho	A prática jurídica no domínio da proteção internacional dos direitos do homem (A Convenção Européia dos Direitos do Homem) 91
Paulo de Bessa Antunes	Auditorias ambientais: competências legislativas 119
Fernando Braga	Pombal e o Positivismo como indicadores de influência 125
Álvaro Melo Filho	“Projeto Pelé”: inconstitucionalidades e irrealidades 129
Sálvio de Figueiredo Teixeira	A formação do juiz contemporâneo 137
Otto Eduardo Vizeu Gil	A mecânica da prestação alimentícia 145
Fernando Cunha Júnior	Prisão-albergue domiciliar. Discrepância da realidade social com a positivação penal. Dissonância jurisprudencial 151

Inocência Mártires Coelho	As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro 157
Gustavo Henrique Justino de Oliveira	A disponibilidade remunerada dos servidores públicos à luz da Constituição de 1988 165
Dilvanir José da Costa	Direito e hermenêutica multidimensionais 179
Candido Alberto Gomes	A nova Lei de Diretrizes e Bases e o cumprimento da obrigatoriedade escolar 185
A. Marcos da S. de Jesus	Tentativas de criação da justiça agrária após a Constituição Federal de 1988 195
Luiz Edson Fachin e Maria Francisca Carneiro	Aspectos da avaliação institucional dos programas de pós-graduação em Direito: instrumentos e concepções 203
Antonio Fonseca	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial 215
Cármem Lúcia Antunes Rocha	A Reforma do Poder Judiciário 239
Celso Antônio Bandeira de Mello	A democracia e suas dificuldades contemporâneas 255
James Giacomoni	A Lei de Diretrizes Orçamentárias e a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento 265
Rossini Corrêa	Da anarquia para a polícia (Elysio de Carvalho, lacuna na história do Direito Nacional) 281
Carlos A. Moreira Leite, Jamile B. Mata Diz e Daniel de Sá Rodrigues	A questão agrícola no Mercosul e na União Européia (UE) 297
Arnoldo Wald e Rodrigo Garcia da Fonseca	O <i>habeas data</i> na Lei nº 9.507/97 303
Gustavo Just da Costa e Silva	Observações sobre a proposta de convocação de uma Assembléia Constituinte em 1999 313
Edivaldo Machado Boaventura	A Região Administrativa Especial de Macau e o legado de Portugal 323

# Admissão irregular de servidores públicos e suas conseqüências jurídicas

FLÁVIO SÁTIRO FERNANDES

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Abrangência da norma. 3. Registro dos atos de admissão. 4. Admissões irregulares. 5. Conseqüências jurídicas da admissão irregular ao serviço público. 6. Conclusões.

### 1. Introdução

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 erigiu os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade como norteadores da administração pública no Brasil, a qual se insere em um sistema nacional, de que participam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, conforme o disposto no seu artigo 37, *caput*.

Como exigência da moralidade e da impessoalidade, vislumbrou o constituinte a necessidade de impor a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, como requisito indispensável à admissão de qualquer pessoa ao serviço estatal, como ocupante de cargo ou emprego. Excepcionado dessa regra ficou o provimento de cargos em comissão, tendo em vista, em primeiro lugar, a confiança que deve presidir a escolha do nomeando, em segundo, a temporariedade do exercício e, em terceiro, a demissibilidade *ad nutum* dos ocupantes de tais cargos.

Em termos literais está assim disposta a prescrição constitucional:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

I - .....

Flávio Sátiro Fernandes é Professor da Universidade Federal da Paraíba e Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado.

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”;

## 2. Abrangência da norma

A simples leitura do dispositivo acima dá-nos algumas indicações dos propósitos do constituinte de 1988 e da abrangência por ele atribuída à norma em apreço.

Inicialmente, há de se salientar que a obrigação se dirige tanto para o provimento de cargos quanto para o preenchimento de empregos. Trata-se, como se sabe, de inovação da Carta Magna em vigor. Os textos constitucionais anteriores determinavam a realização de concurso público apenas para os cargos públicos. Os empregos eram providos livremente pelos administradores. Hoje, os empregos, em qualquer setor da administração, também se sujeitam a concurso público, com o que se depreende a maior amplitude dada pela Constituição à exigência do artigo 37, II.

Verifica-se, outrossim, como acima já fizemos ver, que a sujeição da admissão ao serviço estatal à prévia aprovação em concurso público satisfaz aos princípios da moralidade e da impessoalidade, porquanto:

a) evita o favorecimento de afilhados ou terceiros, o que ocorre sempre em detrimento daqueles que, embora capazes, não tenham aproximações com o administrador e não possam beneficiar-se de seus favores;

b) privilegia o mérito, apurado de maneira impessoal e comprovado mediante a aprovação em certame no qual se observem as normas comezinhas da correção, decência e transparência;

c) assegura a lealdade à administração, na medida em que o administrador só convocará os mais capazes, que demonstrem aptidão para o serviço público, rejeitados os que não preencham tais requisitos.

Por outro lado, com referência ao âmbito de aplicação da norma, fácil é constatar que toda a administração pública a ela se sujeita. Nesse sentido, quer sejam da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quer sejam da administração, direta, indireta ou fundacional, os órgãos estatais só podem admitir servidores após sua prévia aprovação em concurso público.

Por algum tempo discutiu-se sobre a inclu-

são das sociedades de economia mista e empresas públicas no rol das entidades submetidas ao acatamento da disposição constitucional acima transcrita. Na discussão que se travou, no começo da vigência da nova Constituição, pensavam uns, pouquíssimos aliás, que a administração indireta estaria excluída da exigência do concurso público para admissão de pessoal; outros consideravam que somente as empresas que prestassem serviço público se achavam obrigadas ao cumprimento daquele preceito, ficando deste desobrigados os órgãos da administração indireta que se dedicassem à exploração de atividade econômica, por força do disposto no artigo 173, § 1º, da CF.

“A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”.

Finalmente uma terceira corrente defendia o ponto de vista de que todas as entidades paraestatais, componentes da administração indireta estariam vinculadas à realização de concurso público para admissão de pessoal.

A grande maioria, porém, de cujo entendimento resultou a mansa e indubidosa jurisprudência em vigor, concluiu estarem todos os órgãos da administração indireta sujeitos ao princípio da prévia aprovação em concurso público para admissão de servidores, independentemente de suas finalidades, ou seja, destinem-se à mera prestação de serviços ou à exploração de atividade econômica.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar matéria constante do Mandado de Segurança nº 21.322-1-DF (*DJ*, 23 abr. 1993), determinou a realização de concurso público para admissão de empregados em empresas paraestatais, em cumprimento ao que dispõe o art. 37, II, da Constituição Federal.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, o entendimento é tão reiterado que originou a Súmula 231, segundo a qual:

“A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a administração indireta, nela compreendidas as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada”.

Em nosso Estado, o Tribunal de Contas foi um dos primeiros a filiar-se à corrente vencedora, ao dar pela ilegalidade da admissão de servidores pela Sociedade Anônima de eletrificação da Paraíba (Saelpa) e pelo Banco do Estado da Paraíba (Paraiban).

Em suma, o que rege a admissão de servidores públicos, com o advento da Constituição de 1988, sob o manto da universalidade, é o princípio da prévia aprovação do nomeando em concurso público. Disso resulta que ninguém, em nenhum órgão público, quer federal, estadual, distrital ou municipal, quer, ainda, da administração direta, indireta ou fundacional, poderá ser admitido ao serviço público sem que satisfaça aquela exigência constitucional.

### 3. Registro dos atos de admissão

Ao mesmo tempo em que tornou obrigatória a prévia aprovação em concurso público, para admissão válida ao serviço estatal, a Constituição de 1988, suprimindo lacuna existente nos ordenamentos políticos anteriores, determinou que os atos respectivos fossem apreciados por um órgão competente para lhes conferir registro.

Digo que a Carta Magna em vigor supriu lacuna, porque, efetivamente, essa era uma medida que se impunha e que jamais fora adotada pelas Constituições ou pelas legislações anteriores. Os atos de admissão de pessoal eram prolatados e quaisquer que fossem seus defeitos passavam a vigorar sem nenhum questionamento, justamente pela falta de um exame ou verificação, por um órgão a quem fosse dada a atribuição de analisá-los e certificar a sua correção.

De acordo, pois, com mandamento constitucional em vigor, cabe aos Tribunais de Contas apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão.

Mais uma vez se vê que a exigência estende-se a toda a administração direta, indireta e fundacional de todas as esferas estatais – União, Estados, Municípios e Distrito Federal –, a todos os atos de admissão seja em cargos ou empregos, e a que título for.

A negativa de registro do ato pelo Tribunal de Contas decorre da sua nulidade e acarreta uma série de conseqüências que vão desde o

seu desfazimento até a aplicação de multa ao responsável pelo não atendimento às determinações do Tribunal.

### 4. Admissões irregulares

Como já vimos, a atual Constituição brasileira, em seu artigo 37, II, dispõe, expressamente:

“A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”;

Importante é, sem dúvida, cotejar a dicção constitucional em vigência com a que vigorava no texto constitucional derogado.

A Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, em relação à matéria aqui tratada, assim dispunha (art. 97, § 1º):

“A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei”.

Do enunciado supra, duas conclusões podem ser extraídas:

a) sabendo-se que são mais de uma as formas de investidura em cargo público, somente para a primeira exigia a Constituição de 1967 a prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos;

b) a própria Constituição autorizava, expressamente, que a lei criasse exceções ao princípio da prévia aprovação em concurso público.

Como está claro, o texto constitucional em vigor trilhou caminho diametralmente oposto ao anterior e, nesse passo, não limitou a exigência de concurso à primeira investidura, nem tampouco autorizou a lei indicar casos em que a mesma possa ser dispensada.

Assim, a investidura em cargo público podia-se dar mediante nomeação (primeira investidura) após aprovação em concurso público, e por meio dos chamados provimentos derivados, dos quais são exemplos costumeiros a transferência, a ascensão, o acesso etc. O art. 37, II, da atual Constituição da República é enfático ao dispor que “a investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público”. Ao fazê-lo, pois, não se refere, restritamente, à *primeira investidura*, como o fazia a Constituição anterior, mas, ao contrário, reporta-se a investidura, de maneira geral. Da dicção constitucional, a unanimidade dos



intérpretes entende que o constituinte direcionou-se no sentido de considerar que o novo ordenamento constitucional não mais permite as formas derivadas de provimento de cargos públicos, salvo os casos expressamente postos no texto da Carta Magna.

Com respeito a tal matéria, veja-se a fulminante decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 231-7, na qual se diz que:

“O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até o final dela, pois para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a *promoção*.”

Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados.

O inciso II do artigo 37 da Constituição Federal também não permite o *aproveitamento*, uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo”.

No corpo do Acórdão proferido na supra-citada ADIn, esclarecem-se melhor os seus fundamentos, inclusive com apelo à justificativa dada aos dispositivos correspondentes, durante os trabalhos constituintes:

“Não mais aludindo a atual Constituição, em seu artigo 37, II, à (primeira) investidura, nem admitindo que a lei possa dispensar o concurso público de provas ou de provas e títulos, é evidente que caíram por terra os argumentos que compatibilizavam os institutos da trans-

ferência e da ascensão (ou acesso) com o artigo 97, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1/69, por exigir este concurso público, e serem aqueles institutos formas de provimento derivado de quem já fora investido, originariamente, em cargo público por concurso.

Essa interpretação que decorre, inequivocamente, do próprio texto constitucional, independentemente do elemento histórico de sua formação, é corroborada categoricamente por este, que demonstra que se trata de modificação consciente e que visou exatamente – como resulta da justificativa da emenda que suprimiu o adjetivo ‘primeira’ que qualificava a ‘investidura’ – impedir o que a expressão ‘primeira investidura’ permitia”.

Ou seja:

“O texto, da forma como está redigido, permite o ingresso no serviço público através de um concurso público para carreira cujas exigências de qualificação profissional sejam mínimas como mero trampolim para, por mecanismos internos, muitas vezes escusos, atingir cargos mais especializados.

Da mesma forma, por este dispositivo, nada impede que alguém ingresse por concurso em um órgão “x”, onde não há grande concorrência, e isto sirva como justificativa para admissão em outro órgão sem qualquer concurso” (Emenda supressiva 2T00736-1, apresentada em 11.7.88 e aprovada em votação plenária).

Lembra, porém, o Supremo Tribunal Federal ainda persistirem algumas formas de provimento derivado, porquanto expressamente admitidas no texto constitucional, a exemplo do “aproveitamento” para os casos de servidores em disponibilidade que devam voltar ao serviço ativo (art. 41, § 3º) e a “promoção”, por merecimento ou antiguidade. A promoção é imprescindível, tendo em vista que a Constituição prevê a existência de carreira no serviço público e esta, segundo o entendimento da Suprema Corte, sem a promoção seria uma mera “sucessão ascendente de cargos isolados”.

Lembraríamos, ainda, que a Constituição autoriza, expressamente, outras formas de provimento derivado, tais como, a reintegração e a recondução. A primeira quando invalidada por sentença judicial a demissão de servidor estável; a segunda quando, na mesma ocasião, o eventual ocupante daquela vaga tiver de ser

reconduzido ao cargo de origem. Nenhuma outra forma de provimento derivado é permitida.

Também alijou-se a possibilidade de a lei estabelecer exceções ao princípio de que ora tratamos, como permitia a Carta Magna derogada, por meio de enquadramentos, inclusões, aproveitamentos etc.

Em resumo, apenas mediante prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, pode alguém ser investido em cargo público.

Em que pese a expressa vedação constitucional à admissão de servidores sem a satisfação dessa exigência, inúmeros são os exemplos de atos violadores do preceito constitucional, acarretando a corrida ao Poder Judiciário daqueles que se vêem prejudicados em face de medidas saneadoras tomadas por órgãos encarregados de fazer prevalecer a Constituição e a Lei.

As irregularidades mais encontradas, em tal matéria, dizem respeito à:

a) admissão sem a prévia aprovação em concurso público;

b) admissão mediante aprovação em concurso público em cuja realização não se seguiram os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade;

c) admissão mediante aprovação em concurso público regularmente instituído e realizado, mas violando a ordem de classificação oficialmente divulgada;

d) admissão mediante aprovação em concurso público regularmente instituído e realizado, mas procedida após decorrência do prazo de validade do certame, com violação ao disposto no artigo 37, III;

e) admissão mediante qualquer uma das antigas formas derivadas de provimento, tais como, transferência, enquadramento, ascensão etc.

## 5. Conseqüências jurídicas da admissão irregular ao serviço público

Ao chegarmos a este ponto, cabe-nos indicar as conseqüências jurídicas da admissão irregular ao serviço público.

A própria Constituição Federal já prescreve, de maneira taxativa, o resultado desse procedimento anômalo. Segundo o texto constitucional (art. 37, § 2º),

“a não-observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da Lei”.

Assim sendo, as conseqüências da admissão irregular de servidores, com infringência do artigo 37, II e III, da Constituição, centram-se em dois pólos: nulidade do ato e punição da autoridade responsável.

Tocante ao primeiro deles, cabe observar que, sendo o ato nulo, nenhum efeito ocasionará. E a nulidade, no caso, tem sede constitucional, o que representa um dado fundamental para análise da questão. A violação ao preceito maior fulmina de nulidade o ato, impedindo-o de gerar efeitos.

A jurisprudência tendente a determinar a nulidade dos atos irregulares de admissão de pessoal é copiosa, avolumando-se dia-a-dia, e não poderia ser diferente. Tratando-se de questão eminentemente de ordem pública, reconhece-se até que tem prevalência sobre certos aspectos de ordem individual.

Uma visão, perfunctória, do decisório jurisprudencial dá-nos uma idéia de como o problema tem sido visto pelos Tribunais:

1) A primeira medida que o ato irregular de admissão de pessoal exige é o seu desfazimento pela própria administração. Se o administrador não o faz *sponte sua*, haverá de fazê-lo por decisão judicial, por determinação de autoridade superior ou por deliberação do Tribunal de Contas correspondente, quando do exame do ato, nos termos do artigo 71, III, da Constituição Federal.

É entendimento pacífico, aliás, sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, que à administração cabe anular seus próprios atos, quando se mostrarem irregulares. Mas se ela não o faz, espontaneamente, haverá de fazê-lo compulsoriamente, por imposição de qualquer dos órgãos acima mencionados, sob pena de sujeitar-se a cominações de natureza administrativa, penal ou civil.

2) Se o caráter irregular da admissão de pessoal decorre de vícios que contaminaram o concurso público correspondente, nasce para a administração a necessidade imperiosa de, anulando o certame, anular igualmente as admissões dele decorrentes.

É entendimento assente e revelado em sucessivas decisões de nossos Pretórios. A propósito, é tão relevante a questão, do ponto de vista do interesse público, sobrepondo-se ao interesse individual, que o Supremo Tribunal Federal já deliberou no sentido de que a anulação de concurso público viciado dispensa a notificação dos interessados e beneficiários dos atos nulos originados de certame inválido.

No julgamento do RE nº 85557-SP, que assim decidiu, o Ministro Moreira Alves enfatizou:

“Decidiu o acórdão recorrido que a Administração Pública pode declarar a nulidade de concurso público em virtude de ilegalidades ocorridas na sua realização, independentemente de ouvir, em processo administrativo, os candidatos nomeados em virtude dele, e em período de estágio probatório”.

E, a meu ver, decidiu corretamente:

Com efeito, dispõe a Súmula nº 346 que a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

E, declarada a nulidade do ato – que opera *ex tunc* – não há que se falar em direitos dele decorrentes.

A circunstância de os candidatos nele aprovados já terem sido nomeados e se encontrarem em estágio probatório em nada modifica a questão. Nulo o concurso, nulas as nomeações e investiduras.

Hipótese, evidentemente, diversa daquela a que se refere a Súmula nº 21:

“Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”.

A exoneração ou a demissão pressupõem investidura válida, sendo formas de ruptura de vínculo preexistente entre a Administração Pública e o servidor. Por isso, para que se apure a falta ou a incapacidade alegada como fundamento dessa ruptura, é mister, nos termos da Súmula nº 21, que haja processo administrativo em que se possa defender o servidor regularmente investido.

O mesmo, porém, não ocorre quando se trata de nulidade do ato administrativo em virtude do qual houve a investidura do servidor. Nesse caso, como sucede com qualquer outro ato administrativo – que também pode causar prejuízo ao seu beneficiário – o que há é o simples restabelecimento da ordem jurídica, violada pela administração pública, e passível de ser restaurada por ela mesma. Não teria sentido a exigência de processo administrativo em que tomassem a defesa, não de si mesmos – não se trata de falta pessoal ou de incapacidade profissional –, mas do ato impugnado como nulo, por ilegalidade, pela própria

administração que o praticou e que posteriormente reconheceu sua falha, os beneficiários do ato. Ademais, é de considerar-se que a declaração de nulidade do concurso é ato impessoal, já que atinge a todos os classificados nele, e não a este ou àquele candidato.

Por outro lado, os prejudicados com a nulidade poderão atacá-la judicialmente, para demonstrar que ao contrário do que entendeu a administração pública, o ato declarado nulo não o era por inexistirem as razões em que esta se fundou para caracterizar a nulidade.

3) Se nula é a admissão de pessoal, quer pela nulidade do certame, quer pela falta deste, evidentemente nenhum efeito dela decorrerá. Daí resulta que nenhum direito, inclusive pecuniário, têm os servidores admitidos irregularmente.

A questão apresenta uma importância significativa em relação à Justiça do Trabalho, cujos integrantes, em sua grande maioria, abraçam o entendimento de que nenhum direito possuem, em tais casos, os interessados, no tocante às diferentes parcelas asseguradas pela legislação laboral aos empregados.

Entendemos inteiramente procedente a orientação adotada.

Se nulo é o ato de admissão, incapaz se mostra de gerar efeitos. Mesmo frente a direitos trabalhistas, tutelados por justiça especializada. Com respeito a isso, é de todo colacionável o judicioso pronunciamento da 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de João Pessoa, em que se lê:

“É certo que o Direito do Trabalho revela um inquestionável caráter tutelar, almejando proteger o hiposuficiente face à maior força econômica da entidade patronal, e é igualmente verdade que o trabalho é um elemento infungível, sendo impossível retornar ao *status quo* ante após a prestação ao serviço (motivo pelo qual o trabalhador teria direito a uma contraprestação ou indenização pelas tarefas executadas). Assim, uma parte considerável dos juslaboristas defende a tese de que no âmbito trabalhista inexistente a nulidade do contrato de trabalho, mas apenas a sua anulabilidade com efeitos *ex nunc*, sendo anulado o pacto sem retroagir a ineficácia à data da sua celebração (sob pena de permitir o enriquecimento ilícito do tomador dos serviços).

O presente caso concreto, no entanto, revela uma peculiaridade: a nulidade encontra-se expressamente estabelecida em dispositivo constitucional. O parágrafo segundo do artigo 37 dispõe explicitamente sobre a nulidade do ato da contratação. Não se refere a anulabilidade do ato. A primazia da norma constitucional expressa, assim, é indubitável. A contratação de servidor celetista após 5.10.1988, sem a observância de suas regras, torna o elo de emprego nulo de pleno direito. E, registre-se, não pode o obreiro alegar o desconhecimento da norma em seu benefício (artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil: ‘Ninguém escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece’).

Tal é o entendimento dominante no E. TRT da 13ª Região, conforme revela a seguinte ementa: *Contrato nulo. Improcedência do pedido.* Nulo é o contrato de trabalho celebrado com infração às disposições do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, não gerando qualquer efeito na ordem jurídica. Remessa oficial conhecida e provida para decretar a improcedência do pedido. (TRT. 13ª Região. Acórdão nº 16048-REO 452/93. Relator: Juiz Tarcísio de Miranda Monte. *DJPB*, 21 ago. 1994).

Como consequência de tais constatações, incumbe a este colegiado declarar a nulidade absoluta do contrato de trabalho celebrado pelas partes, motivo pelo qual improcede na íntegra a reclamatória quanto às postulações do demandante”.

A propósito da observação acima, de que não pode o obreiro alegar o desconhecimento da norma, devemos atentar também para outro aspecto. É que, quando se trata de atos de corrupção, de suborno, inclusive, nós temos o vezo de censurar apenas aquele que se deixa corromper ou subornar, e nos esquecemos da figura do corruptor ou subornador, quase sempre deixado ao abrigo de acusações. Recentes episódios de repercussão nacional deixaram bem clara essa tendência. É necessário, pois, que tanto um quanto o outro sejam censurados e punidos.

O mesmo ocorre no caso de que ora tratamos, quando há necessidade de punir tanto o agente público, do que falaremos adiante, como o beneficiário do ato irregular. Ambos são responsáveis pela violação à norma constitucional. Não há que falar, no caso em hipossufici-

ência do contratado. Inúmeros são os casos em que os beneficiários do ato irregular são pessoa de nível superior de escolarização, bem cientes, por conseguinte, do caráter irregular de sua contratação.

Alguns Pretórios trabalhistas têm entendido serem devidos os salários, se constantes da reclamação ajuizada. O contrário, porém, parece-me mais aceitável, porquanto se o contrato laboral é nulo, não há de gerar qualquer efeito.

Nesse sentido, veja-se decisão do Tribunal Regional do Trabalho, 8ª Região:

“A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. A não observância desse dispositivo constitucional implicará a nulidade do ato de contratação e a punição da autoridade responsável (art. 37, II, § 2º da Constituição Federal). Tratando-se de nulidade absoluta, a sua declaração judicial independe de provação dos litigantes. Os seus efeitos são *ex tunc*. Incabível, portanto a condenação mesmo a título de verbas salariais, eis que a nulidade, no caso, decorre de norma constitucional, cuja sanção prevalece sobre a doutrina clássica do direito do trabalho. Apenas por equidade não se determina a devolução dos salários e vantagens já percebidas pelo reclamante, ante a impossibilidade de restituição da força de trabalho. O princípio da moralidade pública, consagrado no texto constitucional, deve ser observado”. (TRT. 8ª Região. 2ª Turma. AC. unânime. REX-OF-RO-7457/93. Relator: Juiz Vicente José Malheiros da Fonseca. 16 de março de 1993. *LTr*, n. 58/59, p. 1104).

O Ministro Nogueira de Brito, em voto lapidar, assim se manifesta:

“A natureza e importância do princípio constitucional posto em evidência tem, sem dúvida, significado especialíssimo. Não se está aqui examinando uma relação pura e simples entre patrão e empregado, mas sim uma relação entre Estado, *lato sensu*, e o cidadão. E aqui as normas de ordem pública assumem especial relevância. Se a Constituição, no caso específico da investidura em cargo ou emprego público, penaliza com a nulidade o ato praticado sem observar o

requisito por ela estabelecido – o concurso público – não podemos nós, a pretexto de resguardar suposto direito empreender novo tipo de conspiração a Lei Maior, suavizando os efeitos da penalidade nela contida. Se o ato é nulo, assim deve ser considerado”.

Ao defendermos o ponto de vista de que nem o pagamento de salários deve ser reconhecido em favor do empregado irregularmente admitido, não queremos com isso defender a idéia de que o Estado, em sentido lato, possa se locupletar à custa do trabalho alheio. Se o empregado prestou serviços ao ente público, este tem obrigação de pagar-lhe por essa prestação, mas não a título de salário. Salário é a remuneração paga ao trabalhador legalmente contratado. Na hipótese, como não há contrato válido, não há direito a salários. No entanto, se o contratado prestou serviços, há de ser remunerado pela prestação desses serviços, do mesmo modo como são remunerados todos os prestadores de serviço que usualmente contratam com a administração, sem ter, contudo, tal retribuição caráter salarial.

Tal orientação consubstancia, aliás, o entendimento do Tribunal de Contas da União, “no sentido de dispensar o recolhimento dos valores despendidos a título de remuneração dos empregados irregularmente contratados, uma vez que tais valores correspondem ao pagamento de serviços prestados e, por isso, devidos” (Acórdãos 78/95 e 182/96 - Plenário).

A outra decorrência constitucional da admissão irregular de servidor público é, ao lado da sua nulidade, a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

As punições aplicáveis ao responsável pela admissão irregular de servidores públicos vão desde a aplicação de sanções administrativas, até a aplicação de pena, se configurado algum tipo delituoso, assim definido em lei.

As decisões dos Tribunais de Contas, por exemplo, compreendem o julgamento irregular das contas, por configurar-se, no caso, a prática de gestão ilegal, e a aplicação de multa ao responsável, com todos os seus consectários, entre os quais a possível declaração de inelegibilidade pela Justiça Eleitoral, conforme dispõe a legislação própria. Da mesma forma, a admissão irregular de servidor público, representando um ato que viola os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, pode configurar improbidade administrativa, nos termos da Lei

nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

Não se têm as Cortes de Contas manifestado pela devolução aos cofres públicos, pelo responsável, das quantias pagas, a título de vencimentos, aos servidores admitidos irregularmente, por entenderem, como já dissemos acima, que os valores pagos correspondem aos serviços prestados e, por isso, devidos.

Tocante, particularmente, aos Prefeitos, há legislação específica (Decreto-Lei nº 201/67) que tipifica como crime de responsabilidade, de apuração privativa do Poder Judiciário e punível com pena, principal, de detenção, de três meses a três anos, e com pena acessória de perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo público, eletivo ou de nomeação, o ato de “nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei”.

Do mesmo modo recai sobre os administradores municipais a possibilidade de seu enquadramento como gestores ímprobos, na forma do disposto na lei acima mencionada.

## 6. Conclusões

Do que até aqui expusemos, podemos concluir que:

1) as admissões de servidores em cargos ou empregos, nos órgãos da administração direta, indireta e fundacional, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, só se podem efetuar mediante a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos;

2) em vista da dicção constitucional em vigor, não mais se permitem as formas derivadas de provimento de cargos públicos, tais como, transferência, ascensão, acesso, somente permitidas aquelas expressamente autorizadas pela Constituição: aproveitamento de disponíveis, promoção por antigüidade ou merecimento, reintegração e recondução, nas hipóteses de invalidar-se por sentença judicial a demissão de servidor estável;

3) todos os atos de admissão de pessoal, a qualquer título, têm de ser apreciados pelo Tribunal de Contas correspondente, o qual, para fins de registro, apreciará a sua legalidade;

4) os atos irregulares de admissão de pessoal, por expressa disposição constitucional, são nulos de pleno direito, não gerando quaisquer efeitos, acarretando a sua prática a punição da autoridade responsável, do ponto de vista penal, administrativo, civil e até mesmo político.

# A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

1. Os direitos fundamentais, assim como a Constituição e o próprio Direito, podem ser estudados, projetando-os em muitas dimensões. Essa multidimensionalidade é uma característica do próprio modelo epistemológico que se considera mais adequado para investigá-los<sup>1</sup>. Tal modelo é dito tridimensional, e pode ser visto como uma tentativa de conciliar de modo produtivo as três principais correntes do pensamento jurídico, a saber, o positivismo normativista, o positivismo sociológico ou realismo e o jusnaturalismo.

A primeira dimensão em que devem se realizar os estudos jurídicos é dita *analítica*, sendo aquela em que se busca o aparato conceitual a ser empregado na investigação, num trabalho de distinção entre as diversas figuras e institutos jurídicos situados em nosso campo de estudo. Uma segunda dimensão é denominada *empírica*, por ser aquela em que se toma por objeto de estudo determinadas manifestações concretas do direito, tal como aparecem não apenas em leis e normas do gênero, mas também – e, principalmente –, na jurisprudência. Finalmente, a terceira dimensão é a *normativa*, enquanto aquela em que a teoria assume o papel prático e deontológico que lhe está reservado, no campo do direito, tornando-se o que com maior propriedade se chamaria *doutrina*, por ser uma manifestação de poder, apoiada em um saber, com o compromisso de complementar e ampliar, de modo compatível com suas matrizes ideológicas, a ordem jurídica estudada.

Willis Santiago Guerra Filho é Professor da Faculdade de Direito da UFC, Doutor (Bielefeld/Alemanha) e Livre-Docente (UFC) em Direito.

<sup>1</sup> É o que propõe Robert Alexy, em sua *Habilitationschrift*, tese de livre-docência, versando sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais (TDF), com apoio em seu mestre, Ralf Dreier.

Tomando inicialmente a dimensão analítica, em que se há de elaborar precisamentos conceituais, em trabalho verdadeiramente construtivista, defrontamo-nos com a possibilidade – que logo se revela, igualmente, uma *necessidade teórica* – de situarmos os direitos fundamentais em várias dimensões, quando, então, assumem conotações e uma diversidade tal, que torna recomendável distingui-las, nomeando-as diferentemente.

A primeira dessas distinções é entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, situados em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno.

Já no âmbito do próprio direito interno, há que se distinguir direitos fundamentais dos “direitos de personalidade”, por serem esses direitos que se manifestam em uma dimensão privatista, em que também se manifestam os direitos fundamentais, mas de forma indireta, reflexa, como mostra a doutrina alemã da eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*) desses direitos. Já numa dimensão publicista, não há que se confundir direitos fundamentais com “direitos subjetivos públicos”, pois se os primeiros são direitos que os sujeitos gozam perante o Estado, sendo, portanto, nesse sentido, direitos subjetivos públicos, não há aí uma relação biunívoca, já que nem todo direito subjetivo público é direito com a estatura constitucional de um direito fundamental. Além disso – e o que é mais importante –, como aprendemos ao estudar direito constitucional alemão (v., por todos, o manual de Konrad Hesse, em vias de publicação entre nós), os direitos fundamentais não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também, uma outra, *objetiva*, donde se falar em seu “duplo caráter”, preconizando-se a figura do *status* como mais adequada do que a do direito subjetivo para categorizá-los. A dimensão objetiva é aquela em que os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e

atuar. Enquanto situação jurídica subjetiva o *status* seria a mais adequada dessas figuras porque é aquela donde “brotam” as demais, condicionando-as. Adiante, essa noção será esclarecida, quando abordarmos um determinado direito fundamental de natureza processual que, aliás, é clássico: o direito de ação.

Um outro sentido em que se pode falar em dimensões dos direitos fundamentais é naquele em que se vem falando em “gerações” desses direitos, distinguindo-se a formação sucessiva de uma primeira, segunda, terceira e, para alguns, como nosso Mestre Paulo Bonavides, também, já de uma quarta geração. A primeira geração é aquela em que aparecem as chamadas liberdades públicas, “direitos de liberdade” (*Freiheitsrechte*), que são direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado omita-se de interferir em uma de suas esferas juridicamente intangíveis. Com a segunda geração surgem direitos sociais a prestações pelo Estado (*Leistungsrechte*) para suprir carências da coletividade. Já na terceira geração concebe-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento.

Que ao invés de “gerações” é melhor se falar em “dimensões de direitos fundamentais”, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social e, com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.

2. Feita essa introdução, passemos ao tratamento mais específico de nosso tema. Quando se fala em dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição, introduz-se uma distinção que, como sempre, tem dois lados. Em um dos lados, situa-se aquilo que há de processual nos direitos fundamentais,

que são o seu aspecto garantístico, em que se tem direitos, de natureza processual, que são direitos, material ou formalmente, fundamentais. Um catálogo deles foi fornecido em palestra proferida em Fortaleza pelo Professor Doutor Wolfgang Grunsky, da Universidade de Bielefeld:

1º- Garantia da existência de independência dos juízes para proferirem suas decisões – o que pode vir a ser incrementado com alguma forma de controle externo.

2º- Garantia de acesso à justiça, que não se esgota com a simples previsão do direito (individual) de ação, mas exige também uma efetividade social da prestação de tutela judicial, compensando aqueles mais desfavorecidos e atendendo a reclamos de celeridade, pelo desenvolvimento do processo cautelar e outras técnicas de elaboração judicial.

3º- Garantia de tutela judicial para todas as posições jurídicas subjetivas, tanto por meio de um processo de conhecimento como de um processo de execução aptos a induzirem o adimplemento específico de obrigações fungíveis e infungíveis.

4º- Garantia de devido processo legal, com previsão do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da oralidade e publicidade nos procedimentos.

5º- Garantia de arbitragem privada.

Para bem entender o significado da caracterização desses princípios processuais como princípios constitucionais e como direitos fundamentais, examinemos mais de perto dois deles. Pelos motivos explicitados em seguida, tomemos o princípio do contraditório e o direito de ação.

Primeiramente, lembremos que há, na mais recente doutrina italiana, posição sobre a natureza jurídica do processo, desenvolvida pelos professores da Universidade de Roma N. Picardi e E. Fazzalari, segundo a qual o processo nada mais seria que um procedimento caracterizado pela presença do contraditório, isto é, no qual necessariamente deve-se buscar a participação daqueles cuja esfera jurídica pode vir a ser atingida pelo ato final desse procedimento<sup>2</sup>.

Em consonância com essa noção, temos o inciso LV do artigo 5º da nossa Constituição,

<sup>2</sup> FAZZALARI. *Istituzioni di diritto processuale*. 4. ed. Pádua, 1986. p.77 e segs.

ao determinar a observação do contraditório em todo processo judicial e administrativo. Daí poderemos afirmar que *não há processo sem respeito efetivo do contraditório*, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele *político*, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário. Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade, em direito ao contraditório, ou *Anspruch auf rechtliches Gehör*, como fazem os alemães<sup>3</sup>.

Já naquele que pode ser considerado o primeiro trabalho a explorar em profundidade essa dimensão, a um só tempo processual e constitucional, o estudo de Eduardo Couture, “Las garantías constitucionales del proceso civil”<sup>4</sup>, aparece formulada uma concepção sobre o direito de ação como um direito civil, o direito de petição, que tanto dissolve a aparentemente infundável disputa entre teorias abstratas e concretas sobre a natureza da ação – o direito é abstrato, todo cidadão o possui, estando seu exercício, em uma determinada ação, concretamente, vinculado ao atendimento de determinadas condições<sup>5</sup> –, como fornece um ponto de apoio constitucional para a primeira manifestação do contraditório: a postulação em juízo de um direito em face de outrem. Também, no mesmo estudo, o genial processualista sul-americano refere a segunda manifestação mais evidente do princípio do contraditório como estando acobertada na tradição constitucional anglo-saxônica pela cláusula do “Devido Processo Legal” (*Due Process of Law*), que garante a possibilidade ao demandado de ser cientificado da ação em curso (*notice*) e de ser ouvido perante o juiz (*hearing*)<sup>6</sup>.

A tese de Couture recebeu ampla aceitação no mundo ibérico<sup>7</sup>, ao mesmo tempo em que

<sup>3</sup> Cf., v.g., recentemente, WALDNER. *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*. Colônia: Berlin: Bonn: Munique, 1989, e GUERRA FILHO, Willis S. *Die notwendige Streitgenossenschaft und die Gewährung des rechtlichen Gehörs Drittbetroffener bei Statusurteilen*. Bielefeld, 1994.

<sup>4</sup> *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1948. t. 1, p. 18 e segs.

<sup>5</sup> GUERRA FILHO. *Estudios jurídicos*. Fortaleza, 1985. p. 128 e 153: Análise dos conceitos de ação, pretensão e direito material em face da prescrição.

<sup>6</sup> COUTURE, op. cit., p. 59.

<sup>7</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Barcelona, 1950. t. 2, p. 197-198: *Acción*. FIX



representa um raro exemplo de penetração na Europa de idéias jurídicas gestadas nesse canto do planeta, graças ao sucesso de palestras proferidas pelo processualista uruguaio em Paris, bem como pela publicação do mencionado estudo em italiano e alemão, nos principais periódicos especializados em matéria processual nesses idiomas, a “Rivista di diritto processuale civile” e a “Zeitschrift für Zivilprozess” (ZZP). Assim é que, um dos estudos apontados como pioneiros na investigação da interface processo/constituição, na doutrina alemã, devido a Fritz Baur, trata do princípio do contraditório e o autor referido sobre o tema da tutela constitucional do processo é Couture<sup>8</sup>.

Ao que parece, contudo, o direito de ação como direito fundamental seria melhor compreendido se o visualizássemos como um *status*, uma espécie daquela figura que P. Häberle denominou *status activus processualis*. Dessa situação jurídica subjetiva básica, que é o *status*, derivam outras. No caso do direito de ação, além do direito de petição, que não se exerce junto a órgãos jurisdicionais, haveria o “poder de ação”, que se exerce quando atendidas determinadas condições, para postular em juízo um determinado direito. Desse poder já decorreria um outro, o “poder de recorrer”, e assim por diante.

3. Até aqui, vínhamos tratando de aspectos de um dos lados da distinção entre Constituição e processo. Do outro lado, tem-se aspectos menos explorados teoricamente, mas que se tornam sempre mais evidentes, em virtude do caráter fundamental do processo para que se tenha direitos e uma ordem jurídica digna desse nome. Essa vertente torna-se especialmente saliente no período histórico que atravessamos, o qual vem sendo chamado de “pós-moderno”, pois faltando ainda uma denominação própria, utiliza-se termo caudatário do período imediatamente anterior<sup>9</sup>.

Desde quando recebemos no Brasil uma nova Constituição, muito importa discutir sobre o que vem a ser a chamada Lei Fundamental de uma ordem jurídica, dentro de uma perspectiva também renovada. Cabe, então, buscar um entendimento dessa questão básica que vá além daquilo que tradicionalmente se estabeleceu, desde o advento do ideário constitu-

cionalista, nos primórdios da Idade Moderna. A ambiência social em que contemporaneamente se inserem as Constituições apresenta um grau de complexidade tal, que torna insuficientes as explicações clássicas da sua natureza e significado. Já não basta mais ver em uma Constituição o instrumento de defesa dos membros de uma sociedade política individualmente, diante do poder estatal, ao conferir àqueles direitos fundamentais e organizar esse poder impondo-lhe o respeito a uma delimitação legal de áreas distintas de atuação, na forma de uma tripartição de funções.

Atualmente, uma Constituição não mais se destina a proporcionar um retraimento do Estado frente à sociedade civil, como no princípio do constitucionalismo moderno, com sua ideologia liberal. Muito pelo contrário, o que se espera hoje de uma Constituição são linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece.

A essa mudança de função das Constituições e do próprio Estado, que afinal de contas é por elas instaurado, resultante da forma como historicamente se desenvolveram as sociedades em que aparecem, correspondem também, como não podia deixar de ser, modificações radicais no plano jurídico. As normas jurídicas que passam a ser necessárias não possuem mais o mesmo caráter condicional de antes, com um sentido retrospectivo, quando destinavam-se basicamente a estabelecer uma certa conduta, de acordo com um padrão, em geral fixado antes dessas normas e não, a partir delas, propriamente. A isso era acrescentado o sancionamento, em princípio negativo – i.e., uma conseqüência desagradável – a ser infligido pelo Estado, na hipótese de haver um descumprimento da prescrição normativa. A regulação que no presente é requisitada ao Direito assume um caráter finalístico, e um sentido prospectivo, pois, para enfrentar a imprevisibilidade das situações a serem reguladas ao que não se presta o esquema simples de subsunção de fatos a uma previsão legal abstrata anterior, precisa-se de normas que determinem objetivos a serem alcançados futuramente, sob as circunstâncias que então se apresentem.

Em vista disso, tem-se salientado bastante, ultimamente, a distinção entre normas jurídicas que são formuladas como regras e aquelas que assumem a forma de um princípio. As primeiras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a

ZAMUDIO, H. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. México, 1976. p. 57.

<sup>8</sup> BAUR, Archiv für die civilistische Praxis, 1955. p. 395: *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*. Nota 5.

<sup>9</sup> Cf., extensamente, GUERRA FILHO. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre, 1997.

descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levado em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.

Os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política<sup>10</sup>, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o Direito em vigor, caso ele não contenha uma regra que a refira ou que a discipline suficientemente. A aplicação desses princípios, contudo, envolve um esforço muito maior do que a aplicação de regras, em que uma vez verificada a identidade do fato ocorrido com aquele previsto por alguma delas, não resta mais o que fazer, para se saber o tratamento que lhe é dispensado pelo direito. Já para aplicar as regras, é preciso haver um *procedimento*, para que se comprove a ocorrência dos fatos sob os quais elas haverão de incidir. A necessidade de se ter um procedimento torna-se ainda mais aguda quando se trata da aplicação de princípios, pois aí a discussão gira menos em torno de fatos do

<sup>10</sup> Para uma concepção na qual a autonomia do ordenamento jurídico não implica seu total desligamento da moral e da política, consulte HABERMAS. *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? Kritische Justiz*, 20, p. 1 e segs. 1987. Para ele foi uma mudança na consciência moral na era moderna que trouxe a exigência da diferenciação entre normas (*rectius*: regras), princípios justificadores e procedimentos para examinar a adequação daquelas a esses últimos (p. 6). A “moralidade” do Direito moderno, bem como a sua “racionalidade” e “autonomia”, não resultariam apenas do fato de ter se dado a positividade de exigências morais de racionalização nas Constituições, mas, também, principalmente, da circunstância de haverem sido instituídos procedimentos para (auto) regulação e (auto) controle da fundamentação do Direito, de acordo com esses padrões morais de racionalidade (p. 9 e segs.). Fundamentação moral e política dos princípios jurídicos, i.e. da legitimidade do Direito, e a sua “procedimentalização”, acham-se intimamente relacionados, já que os valores legitimadores do mesmo não se encontrariam propriamente no conteúdo de suas normas, mas sim no procedimento de fundamentação de algum dos possíveis conteúdos (p. 13 e segs.).

que de valores, o que requer um cuidado muito maior para se chegar a uma decisão fundamentada objetivamente.

Sendo assim, é de se esperar, na medida em que aumenta a frequência com que se recorre a princípios para solução de problemas jurídicos, o crescimento também da importância daquele ramo do Direito ocupado em disciplinar os procedimentos, sem os quais não se chega a um resultado aceitável, ao utilizar um meio tão pouco preciso e vago de ordenação da conduta, como são os princípios. Isso significa também que a determinação do que é conforme ao Direito passa a depender cada vez mais da situação concreta em que aparece esse problema, o que beneficia formas de pensamento pragmáticas, voltadas para orientar a ação (grego: *pragma*) daqueles envolvidos na tomada de uma decisão. Procedimentos são séries de atos ordenados com a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão do lapso temporal, para que se considerem aspectos e implicações possíveis.

Entre os procedimentos regulados pelo Direito, podem-se destacar aqueles que envolvem a participação e a influência de vários sujeitos na formação do ato final decisório, reservando-lhes a denominação técnica de “processo”.

4. Há relativamente pouco tempo é que os estudiosos do Direito passaram a dedicar maior atenção ao seu aspecto procedimental, antes considerado como possuidor de uma função subsidiária em relação às normas ditas materiais, portadoras das valorações e modelos da conduta, restando para as normas procedimentais o problema meramente técnico da sua realização. Autores da fase tardia do pandectismo alemão, quando já se inicia a ilação do Direito civil de base romana de uma teoria geral do Direito, proclamam no último quartel do século passado a autonomia da ciência processual e de sua categoria fundamental, o processo, entendido como relação jurídica de caráter público, com a peculiaridade de se desenvolver numa extensão temporal com a concorrência de um representante do Estado (o juiz) e dos sujeitos interessados na decisão que afinal se deveria obter como resultado (as partes)<sup>11</sup>. A importância do procedimento para

<sup>11</sup> SILVA, Clóvis Do Couto E. *Contribution a une histoire des concepts dans le droit civil e dans la procedure civile: l'actualité de pensée d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow. Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 14, p. 243 e segs. esp. p. 248, 1985, quando

o Direito é enfatizada na influente doutrina “pura” de Kelsen, quando propõe que se estude não só a estática jurídica, cujo objeto são as normas, mas também a teoria dinâmica ocupada com a conduta regulada por essas normas, responsável pelo processo de aplicação e concomitante (auto)produção do Direito<sup>12</sup>.

Na mesma época, primeiras décadas do século em curso, o processualista James Goldschmidt realiza uma “crítica do pensamento processual”, propondo a consideração do processo como momento regido pela dinâmica inerente a essa noção mesma, cujo resultado pode perfeitamente estar em desacordo com aquilo que estática e abstratamente prevê o direito material<sup>13</sup>. Semelhante é a formulação de Niklas Luhmann, da legitimidade obtida pelo procedimento, que há duas décadas chamou a atenção para a dimensão filosófica e política do fenômeno, numa

---

aponta a disposição dos juristas alemães, na segunda metade do séc. XIX, de tratar dos conceitos gerais enquanto parte integrante de uma futura Parte Geral do Direito Civil. Por outro lado, não encontra aceitação entre os processualistas tedescos atuais o tipo de abordagem excessivamente abstrato e conceitualista, afastado da realidade dos interesses concretamente envolvidos na determinação do sentido de normas e institutos processuais, tal como se praticou até meados do século em curso na Alemanha, e ainda se pratica bastante nos países latinos, por influência daqueles epígonos de um pretensão processualismo científico. Veja-se, programático, F. v. Hippel, Zur modernen, konstruktiven Epoche der deutschen Prozessrechtswissenschaft. *ZJP – Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, n. 65, 1952. p. 424 e segs., agora tb. na coletânea de ensaios do autor, *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*. Frankfurt, 1964. p. 357e segs. O paradoxo de a Escola Histórica, em sua fase tardia, dominada pelo pandectismo de B. Windscheid, ter se voltado para uma análise formalista do direito positivo, desvinculando-o de condicionantes materiais de natureza histórica ou política, é sublinhado por Böckenförde, *Die Historische Rechtsschule und die Geschichtlichkeit des Rechts*. Basel ; Stuttgart, 1965. p. 24, *passim*; HOLMES, H. J. van Eikema. *Major Trends in the History of Legal Philosophy*. Amsterdam ; New York ; Oxford, 1979. p. 192 e segs. WIEACKER, F. *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*. Frankfurt, 1974. p. 55 e segs., esp. p. 61 e segs. *Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution*.

<sup>12</sup> É reconhecido de um modo geral que se deve a Kelsen a introdução de uma perspectiva dinâmica no estudo do Direito, tal como se encontra em seu *opus magnum*, *Reine Rechtslehre*. 2. ed., Wien, 1960 (reimp. 1967). O caráter “procedimentalista” dessa doutrina é referido por Luhmann, em *Legitimation durch Verfahren*. Neuwied ; Berlin, 1969. p. 11, nota 2. Como se sabe, a obra de Kelsen foi traduzida para o português e publicada em Coimbra sob o título “Teoria Pura do Direito”, enquanto a de Luhmann, “Legitimidade pelo Procedimento”, em tradução sofrível, foi editada pela Universidade de Brasília.

<sup>13</sup> GOLDSCHMIDT, op. ult. cit., cujo subtítulo é “Eine Kritik des prozessualen Denkens”, onde “crítica” deve ser entendida no sentido epistemológico kantiano.

investigação de caráter sociológico tendo-o como objeto<sup>14</sup>.

O final dos anos sessenta e o princípio da década de setenta marcam o advento de uma virtual renovação dos estudos do direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos<sup>15</sup>. Proliferaram, então, as análises da conexão do processo com a Constituição, ao ponto de se poder encarar o direito processual como uma espécie de “direito constitucional aplicado”, como certa feita formulou a Corte Constitucional alemã. Até o momento, porém, essas análises se limitaram a ensejar esforços no sentido de realizar adaptações da dogmática processual às exigências de compatibilidade aos ditames de nível constitucional, relacionados diretamente com o processo, isto é, aquelas garantias do chamado “devido processo legal”: a independência do órgão julgador, o direito de os interessados terem acesso ao juízo e serem tratados com igualdade etc. Inexplorada permanece ainda a via que pode levar a uma completa reformulação do modo de conceber o processo ao se tentar estruturá-lo de acordo com os imperativos de um Estado de direito social e democrático, como atualmente se configuram as sociedades políticas ditas mais desenvolvidas, já que ele se forma modernamente

---

<sup>14</sup> LUHMANN, op. cit. Um outro sociólogo do direito, menos conhecido entre nós, discípulo, como o primeiro, de Arnold Gehler, que chama atenção para a função social e especificamente jurídica de fundamental importância desempenhada pelo procedimento, é Helmut Schelsky. Para ele, é desse último que advém a racionalidade própria ao Direito, que não é puramente cognitiva, mas sim voltada, pragmaticamente, para a orientação da conduta, pois para ela o que importa não é a “verdade” (*das Wahre*), e sim que se faça o “certo” (*das Richtige*) V. Die juristische Rationalität, em SCHELSKY. *Die Soziologen und das Recht*. Opladen, 1980, p. 34 e segs., esp. p. 35 e seg.; Id. Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaftlichen Ausbildung von Juristen. *JZ – Juristen Zeitung*, n. 13, p. 410 e segs., 1974, esp. p. 412. Nesse aspecto, em que sublinha o caráter procedimental da racionalidade jurídica, as idéias de SCHELSKY são corroboradas por aquela linha de pensamento crítico, que ele em vida tanto combateu, representaria por HABERMAS (cf. loc. ult. cit.).

<sup>15</sup> Um fruto típico dessa tendência, na Itália, é obra de Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano, 1974. No Brasil, há estudos nesse sentido da lavra, v.g., de Ada Pellegrini Grinover. As pesquisas reiteradas sobre o tema culminam com sua promoção a objeto do VII Congresso Internacional de Direito Processual, em Wurzburg, RFA, no ano de 1983, cujos relatórios gerais foram publicados em *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung = Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*. W. HABSCHEID, editor, Bielefeld, 1983.

sob o influxo das ideologias de cunho liberal, a partir do século passado, passando depois pela influência do autoritarismo predominante no segundo quartel em curso<sup>16</sup>.

5. O que se pretende realizar a seguir, contudo, não diz respeito tanto ao aprofundamento da relação do processo com a Constituição, tocando mais de perto o exame da “outra face da moeda”, quer dizer, do que leva à estreita associação entre Constituição e processo hoje em dia, quando esse se torna um instrumento imprescindível na consecução daquela. Colocamo-nos, assim, diante de um duplo movimento em sentidos opostos, nomeadamente, uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou “desmaterialização” do direito constitucional, à medida que o processo se mostre indispensável para a realização da “Lei Maior” e, logo, também das “menores”, ou ordinárias. É ao esclarecimento desse último aspecto que se endereçam as considerações que se passa agora a apresentar.

A proposta que se tem em mente sustentar aqui é a de que a Constituição possui a natureza (também) de uma lei processual, assim como institutos fundamentais do direito processual possuem estatuto constitucional e, logo, são (também) de natureza material. Isso pressupõe, de imediato, que se firme a distinção entre esses dois aspectos ou dimensões do direito, o material e o processual, tendo presente que não se trata propriamente de diferenciar ramos da matéria jurídica ou de uma divisão como a que separa direito público e privado. Estamos, na verdade, diante de noções relacionais que se conceituam uma em função da outra e se exigem mutuamente. Materiais são as normas, quando fornecem parâmetros para se realizar o controle e ordenação da conduta intersubjetiva pelo Direito, enquanto normas processuais se ocupam diretamente com essa realização, ou seja, com a determinação das condições para que esses parâmetros venham a ser aplicados concretamente.

Assim sendo, tem-se que, de uma perspectiva formalista, segundo a qual o que é próprio de uma Constituição seria o estabelecimento

<sup>16</sup> Cf., porém, WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied ; Darmstadt, 1978, e SCHONFELD, K. E. *Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und in den übrigen Verfahrensarten : Die Modifikation des Prozessrechts durch das Sozialstaatspostulat*. Frankfurt; Bern, 1981.

de normas para a elaboração e identificação de outras normas da ordem jurídica nela baseada, podemos perfeitamente classificar as normas “por natureza” constitucionais como processuais. De fato, todo o aspecto organizatório, a distribuição de competências e de poderes entre as diversas esferas estatais, reveste-se de um caráter processual, ao tratar de matéria diversa daquela que se considera aqui de direito material, já que não impõem diretamente nenhum padrão de comportamento a ser assumido pelos integrantes da sociedade política. Por outro lado, não se pode deixar de considerar tipicamente constitucional a fixação de certos modelos de conduta, pela atribuição de direitos, deveres e garantias fundamentais, em que se vai encontrar a orientação para saber o que se objetiva atingir com a organização delineada nas normas de procedimento.

O vínculo ligando Constituição e processo, que na época atual – como dissemos, já apelidada de “pós-moderna” – mostra-se tão pronunciado, é uma decorrência natural do *novum* histórico instaurado pela modernidade, no terreno jurídico-social: a consagração da vitória na luta para revolucionar a organização política pela redação de um texto constitucional, isto é “constitutivo” de uma nova ordem jurídica, um fenômeno que no ano em curso se tornou bicentenário. O movimento histórico de positivação do direito, desencadeado pela falência da autoridade baseada no divino, implica a formação de um aparato burocrático cada vez maior para implementação da ordem jurídica. Tanto a legislação como a administração da *res publica* e de justiça necessitam de formas procedimentais dentro das quais possam atuar atendendo aos novos padrões legitimadores do direito, baseados na racionalidade e no respeito ao sujeito, portador dessa faculdade<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Como acentua Vittorio Denti, em *Diritto e potere nella storia europea*. Firenze, 1992.v. 2, p. 883 e segs: Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni. Atti del quarto Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, in onore Bruno Paradisi. “(L)a burocratizzazione della funzione giudiziaria risponde ad un programma politico di razionalizzazione del modus operandi degli organi giudiziari che é uno degli aspetti fondamentale dell’illuminismo e che, d’altronde, corrisponde al sorgere del diritto amministrativo in senso moderno,(...). Alla razionalizzazione dell’apparato amministrativo corrisponde, sul piano scientifico, l’elaborazione della teoria dell’atto amministrativo, così come alla razionalizzazione dell’apparato giudiziario corrisponde l’elaborazione della categoria del procedimento” (p. 886-887). Adiante, ressalta que essa elaboração conceitual culmina na “processualização” de toda a atividade estatal. “Il massimo di razionalizzazione”,

À Constituição cabe, portanto, fornecer o fundamento último do ordenamento jurídico, uma vez desaparecida a crença na fundamentação “sobrenatural” de um direito de origem divina, e também a confiança na “naturalidade” do direito, que não se precisa tornar objetivo pela posituação, por auto-evidente ao sujeito dotado de racionalidade. Os valores fundamentais, sobre os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional<sup>18</sup>. A consecução desses valores, por sua vez, requer a intermediação de procedimentos, para que se tome decisões de acordo com eles, sendo esses procedimentos, igualmente, estabelecidos com respeito àqueles valores<sup>19</sup>. O processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o direito moderno<sup>20</sup>.

6. O quadro que se acaba de esboçar revela a feição atual, eminentemente “autopoietica”, do Direito, como um sistema que regula a sua própria (re)produção, por meio de procedimentos que ele mesmo instaura<sup>21</sup>. Dentro

continua ele, “é dato, infatti, dall’ applicazione della categoria del “processo” a tutte le funzioni pubbliche, e quindi non soltanto alla funzione giudiziale, ma anche a quella amministrativa ed a quella legislativa” (p. 890).

<sup>18</sup> LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution*. Berlin, 1965. p. 40 e seg., texto e notas 6/7; p. 74 e seg., 182 e segs.

<sup>19</sup> RESNICK, David. Due Process and Procedural Justice. In: NOMOS. *Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*, n. 18, p. 206 e segs., esp. p. 217-219, 1977.

<sup>20</sup> Cf. EDER, Klaus. *Prozedurale Rationalität*. *ARSoz – Archiv für Rechtssoziologie*, n. 7, p. 1 e segs., 1986, bem como os estudos críticos de Herbert Treiber, *Prozedurale Rationalität: eine verfahrenre Sache?*, ib. p. 243 e segs., LADEUR, Karl-Heinz. id., p. 265 e segs., e DIMMEL, Nikolaus. ib., p. 274 e segs.

<sup>21</sup> A teoria dos sistemas autopoieticos foi desenvolvida inicialmente pelos biólogos chilenos Humberto R. Maturana, Francisco E. Varela e R. Uribe, em *Autopoiesis: the organization of living systems, its characterisation and a model*. *Bio System*, n. 5, p. 1897 e segs., 1974. Sua generalização para os sistemas sociais se deve a Niklas Luhmann, que também a introduz na teoria do direito, onde tem sido elaborada por Gunther Teubner, em sua doutrina do “Direito reflexivo”. Cf. TEUBNER, WILLKE. *Kontext und Autonomie. Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht*. *ARSoz*, n. 5, p. 4 e segs.; 1984; TEUBNER. *Reflexives Recht*. *ARSP – Archiv für Rechts, und Sozial-philosophie*, n. 68, p. 13 e segs. 1982; Id., *Das regulatorische Trilemma. Quaderni Fiorentini*, 13, p. 109 e segs. 1984; Id., *Substantive and Reflexive Elements in modern Law*. *Law & Society Review*, n. 17, p. 239 e segs., 1983, e *Autopoietic Law: a new approach to Law and society*. Teubner, editor. Berlin; New York, 1988, com contribuições do próprio Teubner, Luhmann e inúmeros teóricos europeus das mais variadas nacionalidades e norte-americanos. Para uma avaliação crítica, veja-se, e.g., REICH, Nobert, *Reflexives Recht? Bemerkungen zu einer neuen*

desse quadro, não causa surpresa a ênfase dada à dimensão processual do ordenamento jurídico em recentes abordagens teóricas<sup>22</sup>, já que diante da qualidade dos problemas com que se defronta a sociedade contemporânea, não se pode pretender encontrar naquele ordenamento pré-(e)scritas as soluções, que só se encontram realmente *ex post*. Da mesma forma, não se mostra satisfatória a dogmática jurídica tradicionalmente praticada, a qual volta a atenção predominantemente para os textos legais, para, a partir deles, reconstruir autorizadamente o sentido normativo. O objeto da ciência jurídica não seria propriamente normas, mas sim os problemas que a elas cabe viabilizar a solução<sup>23</sup>. E para isso, importa,

Theorie von Gunther Teubner. In: WASSERMANN, Rudolf. *Festschrift für. Neuwied; Darmstadt, 1985*; BLANKENBURG, Erhard. *The poverty of evolutionism: A critique of Teubners Case for Reflexive Law*. *Law & Society Review*, n. 18, p. 273 e segs. 1984; JACOBSON, Arthur J. *Autopoietic Law: the new science of Niklas Luhmann*. *Michigan Law Review*, p. 87, p. 1647 e segs., 1989; MAUS, I. *Perspektiven reflexiven Rechts im Kontext gegenwärtiger Deregulierungstendenzen*. *KJ*, n. 19, p. 390 e segs., 1986; e as contribuições de R. Munch e P. Nahamowitz em *ZRSoz.*, n. 6, 1985. Por último, de TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt, 1989. V., por fim, GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna*. cit.

<sup>22</sup> Aqui tem-se em mente, como exemplo típico, além da recém-mencionada doutrina “autopoietica”, a teoria procedimental de Wiethölter, sobre a qual nos debruçaremos na conclusão do presente estudo. Para uma tentativa recente de repensar a categoria de “sujeito de direito” incorporando elementos provenientes de ambas as vertentes, consulte-se Reiner Frey, *Vom Subjekt zur Selbstreferenz. Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie*, Berlin, 1989. Também no modelo desenvolvido por K.-H. LADEUR, com base da idéia de “sopesamento” (de interesses) – em alemão, “Abwägung”, chega-se a uma “procedimentalização auto-referência” que possibilita o (re)equilíbrio e compatibilização de valores e comportamentos divergentes. Cf. LADEUR, *Abwägung: ein neues Rechtsparadigma*. *ARSP* n. 69, p. 463 e segs., 1983; Id. *Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie, Rechtstheorie* n. 16, p. 383 e segs., 1985, cujo texto em inglês vem publicado em *Autopoietic Law*, cit., p. 242 e segs. Não menos dependente de uma reflexão sobre o processo de realização do Direito se mostra a concepção teleológica que propôs recentemente Ingo Mittenzwei, ao revisar uma antiga tradição filosófica à luz dos novos desenvolvimentos em filosofia da ciência. Cf. *Teleologische Rechtsverständnis*, Berlin, 1988. Por fim, é de se mencionar a ênfase que nos últimos tempos se tem dado ao estudo dos “processos de sopesamento” (Abwägungsprozesse) dos valores jurídicos na teoria do direito escandinava. Cf. ECKHOFF, Torstein, SUNDBY, Nils K. *Rechtssysteme*. Berlin, 1988. p. 105 e segs., passim.

<sup>23</sup> Uma formulação em que os problemas jurídicos, e não as normas, são claramente apontados como o objeto da ciência do direito, aparece, sem que tenha merecido a devida atenção, em Max Salomon, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*. 2. ed., Basel, 1925, p. 23 e segs. Essa posição é bastante fortalecida com a predominância do paradigma da “juris-

acima de tudo, examinar as situações concretas em que os interesses envolvidos manifestam-se e (eventualmente) entram em conflito. Daí a importância de normas procedimentais, que regulam o modo de atender esses interesses, sem pretender determinar de antemão a solução a ser dada.

A concepção da ordem constitucional como um processo, no qual se inserem os defensores de interpretações diversas no momento de concretizá-la, e não como ordem já estabe-

prudentia dos interesses” na dogmática jurídica alemã, bem como pelo aparecimento de uma teoria tópica do direito, devida a Theodor Viehweg, que encerra a “introdução” de sua “Topik und Jurisprudenz” qualificando a dogmática jurídica (Jurisprudenz) como “um procedimento específico de suscitar problemas, devendo esse procedimento ser entendido como o objeto da ciência jurídica” (p. 14 da 5. ed., München, 1974 - há tradução brasileira do Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr., publicada em Brasília pelo Ministério da Justiça). Cf., a propósito, ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen und Interpretationslehre, 2. ed., Tübingen 1964, p. 6, texto e nota 13, e p. 48 e segs. Vale ainda mencionar a influência mútua que nesse aspecto se verifica entre a filosofia jurídica germânica e anglo-americana, já que na referida obra de Esser, cuja importância dificilmente se pode exagerar, dá-se a introdução de concepções do realismo jurídico praticado nos EUA, como assinala em sua tese de doutoramento Bernd H. Oppermann, Die Rezeption des nordamerikanischen Rechtsrealismus durch die deutsche Topikdiskussion. Frankfurt, 1985, p. 62, passim. Ao mesmo tempo, o pensamento da segunda fase de Jhering, tal como aparece em *Der Zweck im Recht*, de 1877, (há trad. bras., publ. em Salvador, pela Livraria Progresso, em 1950, sob o título “A Evolução – sic – no Direito”), foi não só o ponto de partida para a elaboração da Interessenjurisprudenz por Philip Heck, como também exerceu um grande fascínio nos representantes da legal philosophy realista e pragmática norte-americana, tais como Roscoe Pound. Nesse sentido, ESSER, loc. ult. cit. V. tb. GROMITSARIS, Athanasios. *Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Jhering. Eine Untersuchung der Grundlagen des deuthchen Rechtsrealismus*. Berlin, 1989. Por outro lado, se pode apontar a “reviravolta” no pensamento iheringiano como resultado de uma adesão à filosofia utilitarista inglesa, patrocinada por Jeremy Bentham, representada na Alemanha por Eduard Beneke, cujo princípio ético fundamental recomenda que se decida sobre o que é certo de acordo com o “sopesamento dos interesses” em questão. Cf. COING, Helmut. *Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre. ARSP* n. 54, p. 69 e segs., esp. 75 e segs. 1968; MITTENZWEL, op. cit., p. 389 e segs. Sobre a dimensão jusfilosófica do pensamento benthamiano, extensamente, H. L. A. Hart, *Essays on Bentham*. Oxford, 1982. Em apoio à tese de adesão aos problemas que através das normas do Direito se quer resolver, e não essas normas em si mesmas, que constituem o objeto da ciência jurídica, pode-se, finalmente, invocar o parecer e autoridade de Karl Larenz, quando considera a dogmática jurídica (Jurisprudenz) científica na medida em que ela “problematiza” os textos jurídicos, questionando as diversas possibilidades de interpretação que eles admitem. Cf. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. ed. Berlin ; Heidelberg ; New York, 1979, p. 181 e seg.

lecida<sup>24</sup>, mostra-se condizente com aquela nova orientação em teoria do direito. Um outro aspecto dessa “procedimentalização” do Direito, ou melhor, da forma de concebê-lo, seria a sua crescente “desjurisdificação” (Entrechtlichung), consequência paradoxal da imensa “jurisdificação” (Verrechtlichung) acarretada pela modernização da sociedade, e que hoje se torna inócua e antiprodutiva<sup>25</sup>. A nova Constituição brasileira revela muito bem, por exemplo, o ânimo do legislador constituinte para regulamentar os mais diversos setores da vida social, no que, aliás, procurou atender expectativas daqueles que o investiram do poder para elaborar o texto constitucional. Cabe ainda ao legislador ordinário viabilizar o cumprimento de uma série de mandamentos constitucionais por meio de leis complementares. Não se espere, porém, do incremento da legislação as esperadas soluções para a complexa problemática nacional, pois decisivo permanecerá sempre o processo em que se interpreta e aplica o Direito Constitucional, às vezes, no limite, contra *legem*.

<sup>24</sup> A Constituição é vista por Häberle como processo, aberto para a participação pluralística dos representantes das mais diversas interpretações. Cf. *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und prozessualen Verfassungsinterpretation*. JZ, n. 30, p. 297 e segs., 1975, agora tb. em *Verfassung als öffentlicher Prozess*. Berlin, 1978, p. 155 e segs., com um registro da discussão suscitada pelo artigo, recebido com entusiasmo por uns e repudiado pelo positivismo constitucional, com Böckenförde à frente (p. 180 e seg.). Consulte-se, ainda, no mesmo volume, os estudos inéditos *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess: ein Pluralismuskonzept*, p. 121 e segs., e *Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung*, p. 182 e segs., esp. p. 189 e segs. Também nos EUA surge no princípio da década em curso uma série de teorias constitucionais com caráter processual, como são aquelas de J. Choper, em *Judicial Review and National Political Process*, J. H. Ely, em *Democracy and Distrust*. Cf. o apanhado e exame crítico de R. D. Parker, *The Past of Constitutional Theory – And Its Future*, *Ohio State Law Journal*, 1981, p. 223 e segs., e a defesa de HABERMAS, loc. cit. p. 15 e seg., o qual se alinha entre os simpatizantes de tais teorias, como mostra seu estudo *Volkssouveränität als Verfahren*, MERKUR (*Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken*), n. 43, 1989, p. 465 e segs., esp. p. 475 e seg., agora incluído em “*Geltung und Faktizität*”. Um outro filósofo de grande prestígio na atualidade, que subscreveria a tese em pauta, do caráter procedimental da constituição, é John Rawls, que a concebe, idealmente, como um procedimento balizado por princípios de justiça, no qual se conformariam as forças políticas, responsáveis pela produção legislativa. Em suas próprias palavras: “*Ideally a just constitution would be a just procedure arranged to insure a just outcome. The procedure would be the political process governed by the constitution, the outcome the body of enacted legislation, while the principles of justice would define an independent criterion for both procedure and outcome*”. *A Theory of Justice*. Oxford, 1972, p. 197.

<sup>25</sup> De um modo geral, v. Michael Bock, *Recht ohne Mass: die Bedeutung der Verrechtlichung für Person und Gemeinschaft*. Berlin, 1988.

# A reelegibilidade dos Vices e a desincompatibilização à luz da Emenda Constitucional nº 16/97

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA

A promulgação da Emenda Constitucional nº 16, de 5 de junho de 1997, ao possibilitar a reeleição dos Chefes do Poder Executivo federal, estadual, e municipal não fez menção expressa acerca da extensão de sua aplicabilidade ao Vice-Presidente da República, aos Vice-Governadores e Vice-Prefeitos nem, tampouco, sobre a obrigatoriedade da desincompatibilização dos titulares de mandatos que buscam a permanência nos cargos, disputando novo pleito.

Sobre o tema trata o presente artigo, em busca da exegese que melhor se harmonize com os princípios norteadores do Texto Máximo.

Demanda a matéria aplicação do método teleológico para alcançar o mandamento normativo constitucional contido, não apenas nos artigos alterados pela Emenda Constitucional, *sub examine* – *vg*, art. 14, § 5º, art. 28, *caput*; art. 29, II; art. 77, *caput* e art. 82, da Lei Maior –, mas na Carta Federal em sua integralidade.

No tocante à desincompatibilização, prescindir-se-ia de diligência interpretativa, se tivesse o constituinte derivado atentado para a oportunidade preciosa de fulminar o silêncio da norma, fazendo valer o conhecido aforismo: *in claris non fit interpretatio*. Não tendo assim procedido, resta a interposição hermenêutica que, na lição de Paula Batista, busca

“(…) a exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura, por defeitos de sua redação, (...) duvidosa com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa” (*Compêndio de hermenêutica jurídica*: clássicos do Direito brasileiro. São Paulo, 1984. p. 4).

Nesse mister, cumpre perquirir, preliminarmente, a *mens legislatoris* que norteou os trabalhos parlamentares. Há que se ter presente,

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha é Professora de Direito Constitucional e Mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa.

ao fazê-lo, que a intenção volitiva do legislador nem sempre corresponde ao sentido concreto revelado no texto. É que, conforme observou Carlos Maximiliano, as normas, muita vez, correspondem a um labirinto de idéias contraditórias que se somaram ao projeto legislativo no momento de sua peregrinação pelas duas Casas do Congresso Nacional (*Hermenêutica e aplicação do Direito*. Porto Alegre : Ed. Globo, 1933. p. 36-37).

Vencido, contudo, tal embaraço, forçoso reconhecer constituir a *vox viva legislatoris*, não o principal ou mais profícuo, mas um relevante elemento da hermenêutica jurídica. *In casu*, adentrar no intento do prolator de emenda constitucional promulgada tão recentemente revela-se de inelutável necessidade para fixar seu sentido, amplitude e elasticidade.

Longo caminho percorreu o Projeto de Emenda Constitucional, que recebeu o número de ordem 16, até alcançar sua redação final. Na proposta original, posteriormente alterada, lia-se:

“Art. 1º. O parágrafo 5º do artigo 14 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e quem os houver sucedido ou substituído no curso de mandato poderão ser reeleitos por um período imediatamente subsequente e concorrer no exercício do cargo.

Art. 2º Fica suprimida a expressão ‘vedada a reeleição para o período subsequente’ constante do artigo 82”.

Com clareza irrefragável, quis a instância revisora determinar no Projeto em tramitação a possibilidade de permanência nos cargos de chefia do Poder Executivo federal, estadual e municipal dos titulares que viessem a disputar a reeleição. Nesse sentido, pronunciamento do legislador, contido na justificação que acompanhava o projeto em curso, *in verbis*:

“A exigência da renúncia prévia pode, com efeito, impedir a continuidade administrativa. A obrigatoriedade de renúncia do substituto implica, por outro lado, a formação de uma segunda chapa para reeleição, o que tumultua o processo de negociação intrapartidária para a escolha de candidatura.”

Oferecidas emendas, o texto original sofreu alterações diversas, por meio de proposições supressivas, aditivas e aglutinadoras. A confe-

rir, entre uma gama de documentos legislativos com propostas as mais diferenciadas: as Emendas de nº 2 e 6, de autoria dos Senadores Antônio Carlos Valadares e Josaphat Marinho, e os votos em separado dos Senadores Epitácio Cafeteira e José Eduardo Dutra, exigindo a renúncia prévia ao princípio da reeleição; e, ainda, os pareceres de números 228 e 127 de 1997, da lavra do Senador Francelino Pereira, dispensando, primeiramente da desincompatibilização o Presidente da República, mas estendendo-a aos governadores e prefeitos para, posteriormente, defender seu alcance a todos os chefes do Poder Executivo das entidades federadas.

Finalmente promulgada, suprimiu-se do texto original a expressão *e concorrer no exercício do cargo*, descortinando-se desta maneira a *voluntas legislatoris* no sentido de impor o afastamento dos detentores de mandatos nas diversas esferas do Poder Executivo que buscam a reeleição. Quisesse o reformador alijar o instituto da desincompatibilização para os titulares de mandatos no Poder Executivo federal, estadual e municipal, teria preservado a ressalva final, inicialmente contida na emenda, excepcionando na Constituição a regra prevalente no sistema constitucional.

Entendimento adverso importará em violação à intangibilidade normativa do art. 14, parágrafos 6º e 9º, que impõem, respectivamente, a obrigatoriedade da renúncia para habilitação a outros cargos e o resguardo aos princípios da moralidade e isonomia. Isso porque o trabalho exegético pressupõe unidade sistemática. Inadmissível o ato gnosiológico de artigo isolado da Constituição, desvinculando-o do complexo orgânico normativo, pois conduziria à perplexidade jurídica de um conflito de normas constitucionais. A propósito, Paulo Bonavides, citando Klaus Stern, notável constitucionalista alemão, ao destacar os princípios norteadores da hermenêutica constitucional:

“a) a concisão do direito constitucional;

b) a frequência de cláusulas gerais e cláusulas em branco, a par da abertura de inumeráveis normas da Constituição;

c) o grau hierárquico supremo dos preceitos constitucionais;

d) o norte axiológico, isto é, a direção ou inclinação para valores;

e) a necessidade de proceder a estimativas ou ponderações impostas pela natureza mesma dos valores, para efeito de sua aplicação a situações concretas;



f) e, finalmente, o sentido indeclinável de unidade, que faz convergir para o campo da integração as funções de toda a Constituição, em busca de unidade e estabilidade” (Parecer ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, acerca de ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, questionado em face do art. 93, I da Constituição Federal. nov. 1995, p. 4).

Tal sentido indeclinável de unidade é o que os juristas norte-americanos denominam de *Construction*: a imparcialidade cognitiva deriva, obrigatoriamente, do exame das normas jurídicas em seu conjunto e em relação à Ciência, em oposição à velha exegese que as analisa isoladamente, atendo-se, tão-somente, ao sentido das palavras ou ao silêncio do legislador (BLACK, Campbell. *Handbook on the construction and interpretation of the Laws*. 2. ed., p. 1-5; BOUVIER, Jonh. *Law dictionary*, 1914. Verbete: Construction e Interpretation).

Nesta ordem de idéias, o sentido exegético que merece ser atribuído à Emenda Constitucional nº 16/97 converge para a necessidade da desincompatibilização em consonância com o disposto no parágrafo 6º do art. 14 da Constituição.

Uma vez irrecusável ao aplicador a determinação imperativa da renúncia aos mandatos pelos candidatos que intentam concorrer a cargos diferenciados, quanto mais se diga com relação àqueles que pretendam disputar reeleição. Do contrário, como conciliar a determinação constitucional mencionada, de objetiva evidência, e o princípio da permanência nos cargos de candidatos à reeleição sem a conspurcação do sentido indeclinável de unidade e integração da Constituição, a que aludiria Klaus Stern? Pior, prevalecendo a desobrigatoriedade da desincompatibilização, como não conculcar valores axiológicos que emanam do cerne da Constituição como a isonomia, a moralidade administrativa e a legitimidade das eleições?

Não se agita aqui, uma vez mais, do ponto de vista hermenêutico, a questão da latitude da interpretação literal em face do silêncio do legislador, mas da atenção à principiologia da Constituição, a fim de não dissolvê-la na emoção política. Deste teor, colhe-se a doutrina do brilhante constitucionalista lusitano Jorge Miranda:

“A Constituição deve ser tomada, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de

sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e tentar defini-los na sua inter-relação e em tentar, assim, chegar a uma idónea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa;

Isto aplica-se particularmente ao chamado fenómeno das ‘contradições de princípios’ presente nas Constituições compromissórias e, não raro, noutros sectores além do Direito Constitucional. Elas devem ser superadas, para lá da letra da lei, nuns casos, mediante a redução proporcionada do respectivo alcance e âmbito e da cedência de parte a parte e, noutros através de subordinação (...) E pode ter de se solicitar, como critério final (mesmo sem aceitar todas as premissas do puro método valorativo) a ponderação dos valores inerentes aos princípios que deverão prevalecer”.

E prossegue:

“(…) todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: *a uma norma fundamental tende ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê*; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação.

Os preceitos constitucionais devem ser interpretados não só no que explicitamente ostentam como também no que implicitamente deles resulta. Contudo, a eficácia implícita de quaisquer preceitos deve, por seu lado, ser pensada em conjugação com a eficácia, implícita, ou explícita, dos outros comandos...” (*Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. : introdução à teoria da Constituição. Coimbra Ed., 1988. v. 2, p. 228-229 – grifos no original).

Impende observar, ademais, que o instituto da desincompatibilização, ato pelo qual o candidato se desvincilha da inelegibilidade, para além de restringir direitos à capacidade eleitoral passiva, tem por “objeto proteger a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na

administração direta ou indireta”, na lição lapidar de José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 334).

Por tal razão, o parágrafo 7º do citado artigo 14 da Lei Máxima, declara a inelegibilidade do cônjuge, parente consanguíneo, afim e por adoção no território de jurisdição dos detentores de mandato eletivo no Poder Executivo nos diversos níveis da Federação, que não houverem se desincompatibilizado nos seis meses anteriores ao pleito eleitoral.

A pertinência da restrição há de ser entendida como disposição assecuratória da lisura do pleito eleitoral. De fundamento ético relevante, a desincompatibilização não visa obstruir o regular funcionamento do Estado; antes, correlaciona-se com o ideal democrático que inspira a Nova Ordem Constitucional Brasileira. Ultrapassá-la equivaleria a expurgar do processo político a idoneidade da competição, aniquilando o princípio que torna inviolável a integridade daquela participação.

Despiciendo, bem assim, trazer à colação a Lei Complementar nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades), posto tratar-se de análise objetiva e evolutiva das normas constitucionais e não das de juridicidade inferior. A querela hermenêutica suscitada centra-se na concretização dos princípios constitucionais e sua definição de abrangência, que devem convergir neutralmente para o estabelecimento da mais pura e mais adequada solução interpretativa.

Acerca da matéria, posicionou-se o Tribunal Superior Eleitoral, em resposta à Consulta 327 formulada pelo Senador Freitas Neto, decidindo pela desobrigatoriedade de desincompatibilização do Presidente da República, dos Governadores de Estado e do Distrito Federal e dos Prefeitos, se houverem de concorrer a um mandato subsequente.

Acompanhando o voto condutor do Ministro Néri da Silveira, entendeu a Corte Eleitoral que as hipóteses de inelegibilidade não de estar expressamente configuradas na Norma Constitucional, por não comportarem interpretação ampliada.

Procedendo exegese da emenda constitucional *sub examine*, formulou aquela Corte o entendimento de que a nova redação do § 5º do artigo 14 introduzida na *Lex Magna*, não contempla regra de inelegibilidade, mas, ao revés, “hipótese em que se garante elegibilidade dos Chefes dos Executivos federal, estaduais, distrital e municipais, para o mesmo cargo, no

período subsequente”, razão pela qual “não cabe (...) falar em desincompatibilização para concorrer ao segundo mandato, assim constitucionalmente autorizado. O afastamento do cargo de Presidente da República, de Governador de Estado e do Distrito Federal e de Prefeito não constitui condição para a elegibilidade prevista no § 5º do art.14 da Constituição, na redação da Emenda Constitucional nº 16/1997”, nos termos do voto do relator, acatado à unanimidade pelo Colegiado.

Adentrando nos trabalhos legislativos que nortearam a atuação do constituinte derivado, entendeu, ademais, o Judiciário Eleitoral não ter sido acolhida pelo Congresso Nacional proposta de emenda determinando o afastamento de inelegibilidade mediante desincompatibilização como requisito para a satisfação das condições de elegibilidade. Posta em debate, nem na Câmara dos Deputados, nem no Senado Federal, prevaleceu proposta de emenda de inserção de comando nesse sentido, pelo que pronunciou-se o voto condutor nos seguintes termos:

“Nesse sentido, exame dos comemorativos da elaboração da Emenda Constitucional nº 16/1997 evidenciam que a vontade do legislador constituinte derivado prevaleceu no sentido de emprestar à emenda da reeleição o caráter institucional de que se reveste, alterando preceito tradicional de nosso sistema republicano, para implantar experiência já conhecida por nações como os Estados Unidos da América, França, Portugal e Argentina, países onde se pratica a reeleição sem desincompatibilização dos titulares dos cargos de Presidente da República.

Pelos fundamentos antes aludidos, não se tendo, na Emenda Constitucional nº 16/1997, mantido hipótese de inelegibilidade, mas, ao contrário, criado caso de elegibilidade, não se fazia mister prazo de desincompatibilização, o que é próprio das situações em que o afastamento do cargo ou função se faz indispensável, no prazo previsto na Constituição ou na Lei das Inelegibilidades, para desobstruir a inelegibilidade. A exigência de afastamento do cargo, na hipótese definida no § 5º do art. 14 da Constituição, com a redação em vigor, como condição de elegibilidade na norma prevista, somente seria, assim, cabível,

se resultasse de cláusula expressa na Constituição. A circunstância de não figurar, no texto, a autorização para concorrer, permanecendo o titular no exercício do cargo, apenas confirma a natureza da regra introduzida no § 5º do art. 14 da Constituição pela Emenda Constitucional nº 16/1997, qual seja, *norma de elegibilidade*. De fato, em se cuidando de norma concernente à *elegibilidade*, dispensável era a cláusula de permanência; o que se impunha, ao contrário, seria disposição determinante do afastamento do titular, se e quando houvesse isso de ser exigido. Repita-se: desincompatibilização pressupõe existência de inelegibilidade, o que não se configura na regra do § 5º do art. 14 da Constituição, na redação atual.”

E prossegue:

“Releva ainda conotar que se tem sustentado a necessidade da desincompatibilização aludida, estabelecendo-se confronto entre os §§ 5º e 6º do art. 14 da Constituição, possuindo o último sua redação original. Dá-se, porém, que o § 6º do art. 14 da Constituição disciplina caso de inelegibilidade, prevendo prazo de desincompatibilização. Desde o advento da Emenda Constitucional nº 16/1997, o § 5º do art. 14 da Lei Maior, passou, como se aludiu, a reger hipótese de *elegibilidade*, com disciplina específica, não sendo, em consequência, possível invocar, a seu respeito, a regra de desincompatibilização constante do § 6º do mesmo art. 14 da Lei Magna. De outra parte, qual também já se registrou, dos debates parlamentares e deliberações do Congresso Nacional em torno da Proposta de Emenda de que resultou a Emenda Constitucional nº 16/1997, a permanência dos titulares em alusão nos cargos, mesmo se candidatos à reeleição, parece ter sido considerada, como medida de conveniência, em ordem a não ocorrer interrupção da ação administrativa dos governos por eles chefiados.

Assim, no Senado Federal as Emendas nºs 2, 5 e 6 ao Projeto originário da Câmara dos Deputados referente à Emenda Constitucional nº 16/1997, foram recusadas. Nelas se pretendia o afastamento dos titulares dos cargos executivos em foco, pretendentes à reelei-

ção, à semelhança do disposto no § 6º do mesmo art. 14”.

Conclui, alfm, que diante do sistema implantado e à vista dos princípios aludidos, não há como proclamar, a necessidade de desincompatibilização do Presidente, dos Governadores e dos Prefeitos, para concorrerem à reeleição (CF, art. 14, § 5º), os quais, é certo, se candidatos, deverão submeter-se aos rigorosos termos da Lei Eleitoral e ao efetivo controle a ser exercido, pela Justiça Eleitoral brasileira, sobre o processo das correspondentes eleições.

Indagação de relevo acerca da Emenda Constitucional nº 16/97 centra-se, outrossim, na reelegibilidade dos vices.

A Constituição de 18 de setembro de 1946, emendada em 22 de julho de 1964 com o número de ordem 9 e posteriormente modificada pelo Ato Institucional nº 3, de 5 de fevereiro de 1966, a Constituição de 24 de janeiro de 1967, “revisada” pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969 e a Constituição vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988, constituem o eixo jurídico em torno do qual gravita o referido questionamento.

Da leitura dessa legislação exsurge a solução da questão suscitada, extraindo-se da dicção constitucional a interpretação que deve ser dada ao § 5º do artigo 14 da *Lex Magna*, alterado pela Emenda Constitucional nº 16/97.

Disponha a Constituição de 1946 em seu artigo 81:

“O Presidente e o Vice-Presidente da República serão eleitos simultaneamente, em todo o País, cento e vinte dias antes do termo do período presidencial”.

Alterado em sua redação pela Emenda Constitucional nº 9/64 e, *a posteriori*, pelo Ato Institucional nº 3/66, modificar-se-ia a sistemática constitucional até então adotada, vinculando-se os mandatos dos candidatos a vices aos titulares com eles registrados.

É o que se extrai da leitura dos citados dispositivos legais respectivamente transcritos:

Emenda Constitucional nº 9/64

“Art. 81 – *Omissis*

§ 4º – O Vice-Presidente considerar-se-á eleito em virtude da eleição do Presidente com o qual se candidatar, devendo, para isso, cada candidato a Presidente registrar-se com um candidato a Vice-Presidente”.

E ainda,

Ato Institucional nº 3/66

“Art. 2º – O Vice-Presidente da República e o Vice-Governador de Estado

considerar-se-ão eleitos em virtude da eleição do Presidente e do Governador com os quais forem inscritos como candidatos”.

A seguir, a Constituição de 1967 em seu artigo 79, modificado em sua forma, mas não em sua essência, por sucessivas emendas; a de número 1, em 1969, a de número 8, em 1977, e a de número 25, em 1975, manteria o conteúdo da redação original ao estabelecer no artigo 75:

“Art. 75 – *Omissis*

§ 1º – A eleição do Presidente implicará a do candidato a Vice-Presidente com ele registrado”.

Seguindo esta linha de orientação, o constituinte de 1988 reproduziria a *ratio* em termos quase idênticos ao dispor no artigo 77, §1º:

“Art. 77 – *Omissis*

§1º – A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado”.

A “constitucionalização” da vinculação dos mandatos dá consequência ao princípio de unicidade de chapa, sobre o qual procede o seguinte comentário de José Afonso da Silva:

“A eleição do Presidente implica automaticamente a eleição do Vice-Presidente com ele registrado, que sequer é votado. Foi a mecânica que o sistema constitucional engendrou para evitar que o Vice-Presidente eleito pertença a partido de oposição ao Presidente, como não poucas vezes acontecera, desde Floriano Peixoto” (op. cit., p. 468).

Ao tratar das inelegibilidades, a Constituição estabeleceu impedimentos à capacidade eleitoral passiva, superado o parágrafo 5º do artigo 14, que vedava para o período subsequente a reeleição do Presidente da República, dos Governadores de Estado e do Distrito Federal e dos Prefeitos, em decorrência da recém-promulgada Emenda Constitucional nº 16/97.

Reproduzindo com precisão a técnica adotada no Texto Constitucional que se buscou modificar, o poder derivado restou silente no tocante à reeleição dos vices aos cargos atinentes ao Poder Executivo nas esferas federal, estadual, distrital e municipal. Tal procedimento, contudo, não quer significar o alheamento da situação jurídica a eles atinentes do corpo da Constituição.

Isso porque a inovação constitucional introduzida há de se harmonizar com preceitos constitucionais outros – vg: o *caput* do art. 5º e

o próprio artigo 14 – na determinação de seu conteúdo, direção e alcance. Inconcebível seria interpretá-la desvinculando-a dos demais dispositivos materializados na Constituição.

A Emenda Constitucional nº 16/97 opera, portanto, como um *precepto didactico*, acorde o qualificaria o insuperável Professor Sainz de Bujanda, mestre dos publicistas espanhóis, ao possibilitar, sem explicitar em sua literalidade, a reeleição dos vices aos mandatos de que já são detentores.

Em verdade, o sentido indeclinável de homogeneidade da Carta Máxima, que se insiste em afirmar, faz convergir para o campo da integração as funções de toda a Constituição pela necessidade de se proceder a estimativas ou ponderações impostas pela natureza mesma dos valores. Assim, o princípio da isonomia insculpido no artigo 5º, *caput*, as determinações constitucionais que estabelecem os direitos políticos negativos e a função decisiva dos princípios jurídicos concorrem por sua clareza e operatividade para determinação imperativa do que se asseverou.

Princípio basilar do Estado de Direito, a igualdade perante a Lei consagra em sua objetividade e concretude o sentido cogente da norma, ao impor tratamento isonômico na sua aplicação.

Na lição de Seabra Fagundes, o princípio significa que a lei “deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens –, situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades... Corresponde à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais sem distinções que não sejam autorizadas pela própria Constituição”. (*O princípio da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo*. Revista dos Tribunais, p. 255).

Ora, é fato não constituir mais a irreelegibilidade dogma norteador da República Brasileira, sepultado que foi pela Emenda Constitucional nº 16/97.

Nesse sentido, inexistente *res dubia* que conduza a uma inteligência contrária à textualidade da norma, na expressão de Paulo Bonavides.

Patenteia-se, pois, a extensão da aplicabilidade da norma a todos os ocupantes de cargos executivos – titulares ou não – por haver o poder revisor suprimido a inelegibilidade prevista pelo § 5º do artigo 14 da Constituição Federal,

sem excepcioná-la; razão pela qual, deverá prevalecer indistintamente para todos. Entender ser o vice irreelegível implicaria restringir direitos políticos, instituir privações ao exercício da cidadania, sem previsão constitucional expressa.

Não cabe, tampouco, o argumento de ter a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, previsto a inelegibilidade dos vices no § 2º do art. 1º, que deu azo à Súmula nº 8 exarada pela Corte Superior Eleitoral. Recepcionada pela Constituição vigente, essa Lei teve seu texto parcialmente revogado pela *novel* Emenda Constitucional por arrear-se da alteração introduzida na Lei Maior.

Aliás, a elegibilidade/reelegibilidade dos vices para disputarem os mesmos cargos gerava controvérsias na doutrina, antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional nº 16/97.

Comentando a Súmula nº 8 que assentou ser o Vice-Prefeito irreelegível para o mesmo cargo, Pedro Henrique Távora afirma: A proibição (de irreelegibilidade)

“não apanha a reeleição do Vice-Presidente, do Vice-Governador ou do Vice-Prefeito, ou a sua reeleição para Presidente, governador ou prefeito, salvo se tiver exercido, por sucessão ou substituição em certo momento, o mesmo cargo almejado”.

E prossegue:

“A Constituição atual (...) abandonou a fórmula adotada por sua antecessora, que previa a irreelegibilidade de quem houvesse exercido cargo de “Presidente e de Vice-Presidente da República, de Governador e Vice-Governador, de Prefeito e de Vice-Prefeito, por qualquer tempo, no período imediatamente anterior”, sendo inelegível quem, dentro dos seis meses anteriores ao pleito, os ‘houvesse sucedido ou substituído’ (art. 151, § 1º, *a e b*) (...). O entendimento sumulado não condiz com os dispositivos que toma por referência, senão com o art. 14, § 5º, e a Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, § 2º”.

“A lei complementar, que poderia fazê-lo calçada no § 9º do art. 14 da Carta de 1988, não proíbe ao vice que se candidate ao mesmo cargo, apenas permite-lhe concorrer a *outros cargos, preservando seu mandato*, se não houver atuado no lugar do titular nos últimos seis meses antes da eleição”.

“A regra do § 2º é permissiva, não proibitiva, pois, quisesse a lei comple-

mentar contemplar a *irreelegibilidade* dos vices, o teria feito expressamente, nos incisos do art. 1º. E a aludida lei não trata senão de *inelegibilidades*, ficando só com a Constituição o impedimento à reeleição, e esta não reeditou regra antiga vigorante acerca dos vices. Respeitou a lei permissão insinuada pela Constituição, não obstante pudesse estampar, por si, a vedação” (*Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 49 e 96-97 – grifos no original).

Perfilhando posição de igual teor, José Afonso da Silva assevera:

“Cumpre observar que o Vice-Presidente da República, o Vice-Governador de Estado ou do Distrito Federal e o Vice-Prefeito de Município não estão proibidos de pleitear a reeleição, como também podem candidatar-se, sem restrição alguma, à vaga do respectivo titular, salvo se o sucedera (assim, passou a titular) ou o substituíra nos últimos seis meses antes do pleito (...). Confirma-se aqui que os vices são elegíveis a qualquer mandato, sem necessidade de renunciarem” (op. cit., p. 337).

Se a doutrina já não era unânime anteriormente à edição da Emenda nº 16/97, professando orientação interpretativa a favor da reelegibilidade dos vices, mais não fala posteriormente à sua edição.

Inconteste o texto reformador haver restado silente no tocante aos vices, por ter se inspirado diretamente na sistemática adotada pelo constituinte maior, que também os omitiu pela óbvia razão dos mandatos de titular e vice estarem vinculados, dispensando, outrossim, teor literal da disposição constitucional.

A toda evidência, o parágrafo *sub examine* abre espaço à aplicação de instrumentos exegéticos que conduzem à inteligência da interpretação formulada, desfazendo o silêncio do legislador secundário que não pretendeu estabelecer tratamento diferenciado a situações idênticas – detentores de mandatos executivos poderem reeleger-se para o mesmo cargo. Interpretação diversa implicaria afronta ao princípio da isonomia, elencado como cláusula pétrea e ao princípio republicano que passou a admitir a reelegibilidade.

Concluindo, todos os argumentos apontados convergem para o sentido indeclinável de unidade da Constituição, inovada com a introdução

do instituto da reeleição, que alcança, não apenas os detentores de mandatos eletivos do Poder Executivo, mas os seus vices, impondo-se, outrossim, com a devida *venia* à decisão do

Judiciário Superior Eleitoral, a necessidade de desincompatibilização nos seis meses anteriores ao pleito eleitoral, àqueles que, na condição de titulares, buscam concorrer à reeleição.

# O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade

ORLANDO VENÂNCIO DOS SANTOS FILHO

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Breve histórico.* 3. *Princípio da causalidade – crítica ao princípio da sucumbência.* 4. *A sucumbência no Direito pátrio vigente.* 5. *Conclusão.*

### 1. Introdução

A temática relativa a honorários advocatícios, conquanto seja bastante referida no dia-a-dia, paradoxalmente, recebe pouca atenção dos doutos, razão pela qual é pouco e superficialmente estudada, mormente, no que respeita aos princípios sobre os quais repousam os posicionamentos em face da *quaestio juris*, bem como das conseqüências, por vezes, nefastas que a aplicação pelos julgadores de máximas estereotipadas, no caso concreto, indiscriminadamente, trazem às partes.

Destarte, este trabalho pretende fazer uma abordagem preliminar da matéria, questionando, criticamente, o princípio da sucumbência consagrado pelo nosso Código de Processo Civil e majoritária jurisprudência, sobrepondo-lhe o princípio da causalidade, que entendemos mais adequado e justo para o estabelecimento da responsabilidade pelas despesas do processo, particularmente honorários advocatícios.

### 2. Breve histórico

Na antigüidade, em decorrência, certamente, da simplicidade do direito, das relações civis e comerciais, da resolução dos conflitos por meio da justiça privada, entre outros fatores, não se tem notícia de referência ao tema relativo aos encargos da lide.

Como vários dos nossos institutos, é no Direito Romano que vem à tona, evidentemente, com significado diverso, a expressão *jus honorarium*, acolhida por Justiniano como uma das fontes do Direito, inserindo-a nas *Institutas do Corpus Juris Civilis*.

O *jus honorarium* constituir-se-ia da soma dos éditos – ordens, decretos – dos *magistratus populi romani*, que eram publicados, em forma de programa – *edictum* –, no início da judicatura, declarando, previamente, os princípios norteadores dos seus trabalhos, durante o tempo de suas funções.

Verifica-se, desde logo, que embora o vocábulo *honorarium* pouco tenha se alterado, hoje, ele tem uma significação completamente diversa.

Em face do caráter eminentemente publicista do Direito Romano, a questão atinente à remuneração do advogado (jurisprudente), seja por meio da parte à que prestava serviço, seja por meio do reembolso das despesas do processo pelo vencido, *a priori*, não encontrou ressonância.

Os jurisprudentes, enquanto intérpretes públicos do Direito, título que lhes foi conferido pelo Imperador, trabalhavam “gratuitamente”, exercendo relevante função social, em troca de prestígio e favores políticos. Aliás, a Lei Cíncia, 250 a.C., proibiu os jurisprudentes de aceitarem, a título de remuneração de trabalho, qualquer quantia ou presente.

Ratificada por um *senatusconsultum* mais severo no Império de Augusto, estabeleceu-se a sanção da restituição em quádruplo do pagamento recebido. Esta sanção foi revogada pelo Imperador Cláudio por meio de um *senatusconsultum*, que, sob determinadas condições, permitiu o recebimento de honorários, vedando, entretanto, a remuneração *quota litis* (parte do que o cliente auferisse na demanda) e o *palmarium* (honorários excepcionais, na hipótese de êxito na causa).

Impende salientar que no Direito Romano as partes litigantes suportavam as respectivas despesas do processo, desconsiderando-se o êxito da demanda, a sucumbência ou quaisquer outros aspectos.

Entretanto, com o tempo algumas regras foram estabelecidas; nas *leges actiones*, determinada quantia era depositada por cada litigante; aquele que fosse sucumbente perderia tal valor, que era revertido, a título de imposto, para os sacerdotes ou Erário e não para a parte vitoriosa.

No mesmo período surgiu, outrossim, a *actio dupli*, que era uma ação direta contra o sucumbente que injustamente resistisse à demanda, pelo dobro do valor do objeto da condenação.

Enfim, no Direito Romano, o que caracterizou a condenação do sucumbente no processo, decorrente do seu comportamento temerário, foi a natureza de pena.

Esse critério, calcado na pena, revertida não em favor do vencedor, ao que tudo indica, foi abandonado com a Constituição de Zenão, em 487. Estabeleceu-se que, na sentença, o juiz imporia ao sucumbente a obrigação de pagar todas as despesas do processo, sendo-lhe facultado acrescentar até o décimo das despesas realmente ocorridas, se convencido da temeridade. Esse acréscimo seria devolvido ao fisco, desde que o juiz não decidisse atribuir uma parte ao vencedor, para reparação do dano sofrido.

Com esta Lei, tivemos a passagem do antigo para o novo sistema, em que a condenação nas despesas processuais independia de má-fé na conduta do vencido, conquanto houvesse a possibilidade de apenar-lhe com até a décima parte das despesas efetuadas, em favor do erário ou do próprio vencedor, a título de indenização para reparação de dano. Assim, teria o processo romano consagrado o princípio da condenação do sucumbente nas despesas do juízo.

No Direito Canônico a sucumbência não se revestiu de vigor especial, sendo estranha como princípio absoluto, tendo a condenação do vencido, nas despesas do processo, caráter de pena, objetivando conter a litigância de má-fé.

Conforme se tem notícia, foi Adolfo Weber o primeiro jurista a estabelecer um princípio capaz de superar o arbítrio judicial a respeito das despesas do processo. Weber formulou princípio no qual a condenação do vencido nas despesas processuais é, tão-somente, o ressarcimento do prejuízo do vencedor, fundamentando-o na culpa aquiliana do Direito Romano e na equidade.

Tal princípio, em parte, sobrevive até hoje, porquanto, sempre presente o seu aspecto basilar, qual seja a natureza ressarcitória da condenação, afirmando-se, em caráter definitivo, na teoria da sucumbência, concebida em termos absolutos, não permitindo exceção à regra *victus victori*.

No Direito Pátrio, à época das *Ordenações*, o advogado era oficial do foro, exercendo um ministério público; assim, não era remunerado pelos cofres públicos, tampouco poderia ajustar



pagamento de seus serviços com os clientes. Devia contentar-se com os emolumentos taxados no regimento de custas.

Assim, objetivando coibir a contratação de honorários entre advogados e clientes, normas rigorosas foram aprovadas, entre as quais destaca-se alvará de 1.8.1774, agravando as penas para os profissionais que violassem tal proibição. Entretanto, como bem observou Sebastião Souza, as exigências sociais violentam as muralhas que as comprimem pelo simples emprego da força, sem atenção ao fundo do fenômeno sociológico ou econômico; fato é que o tempo é senhor da razão, e, em 2.9.1874, por meio de regimento de custas estabelecido pelo Decreto nº 5.737, o Direito pátrio permitiu ao advogado a contratação de honorários, inclusive, *quota litis*.

Ressaltamos, entretanto, que, antes da unificação do Direito Processual, em 1939, inexistia nas nossas cortes critério uniforme, no que respeita à condenação do vencido em honorários do patrono do vencedor.

Enfim, com a uniformização da legislação processual, o nosso Direito terminou consagrando o princípio da sucumbência; entretanto, num primeiro momento, a responsabilidade do vencido portava nítido caráter de pena, conforme se verifica da análise dos artigos 63 e 64 do CPC de 1939, que condicionavam a sua condenação ao pagamento dos honorários da parte contrária, a eventual culpa ou dolo, contratual ou extracontratual, com que tivesse obrado.

Só por meio da Lei nº 4.632, de 18 de maio de 1965, foi suprimida a exigência de dolo ou culpa do vencido, estabelecendo-se a condenação do vencido no pagamento dos honorários do patrono do vencedor, acabando com desigualdades que não tinham justificativa doutrinária. Esta Lei é um marco na consagração da teoria da sucumbência na nossa legislação.

O atual CPC, no seu art. 20, *caput*, manteve o princípio consagrado pela Lei nº 4.632/1965, restando claro, que a condenação do vencido abrange, outrossim, as demais despesas do processo, consoante dispõe seu § 2º, sendo dela beneficiário, inclusive, o advogado que atuar em causa própria – modificação introduzida pela Lei nº 6.355, de 8.9.76.

Encerrando este breve histórico, registra-se que homeopáticas mudanças foram feitas na legislação que trata da matéria, entretanto, a nosso juízo, irrelevantes para a abordagem do tema a que nos propomos.

### 3. Princípio da causalidade – crítica ao princípio da sucumbência

#### 3.1 Princípio da sucumbência

Devem-se ao engenho de Chiovenda os fundamentos da teoria da sucumbência, para quem o direito há que ser reconhecido como se fosse no momento da ação ou da lesão: tudo que foi necessário ao seu reconhecimento e concorreu para diminuí-lo deve ser recomposto ao titular do direito, de modo que *questo non soffra detrimento dal giudizio*.

Daí conclui-se que a condenação do vencido nas despesas processuais, como corolário da declaração de determinado direito, não poderia sofrer influência desse direito, tendo natureza de ressarcimento ao vencedor. Em síntese, para o mestre italiano a condenação nas despesas processuais estava condicionada *alla socumbenza pura e semplice*, desimportando a intenção ou o comportamento do sucumbente quanto à má-fé ou culpa.

Reafirmou o insigne processualista italiano nas *Instituições* que o fundamento da condenação do vencido nas despesas do processo, inclusive honorários advocatícios, reside, tão-somente, no fato objetivo da derrota que a legitima. Fundamenta-se tal instituto na conclusão de que a atuação da lei não deve representar uma redução no patrimônio da parte em favor da qual esta foi aplicada. É do interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo daquele que tem razão, em face do interesse do comércio jurídico de que os direitos tenham valor, tanto quanto possível, nítido e constante.

Enfim, para aqueles que abraçam o princípio da sucumbência tal qual defendido pelo mestre italiano, a sentença cabe prover para que o direito do vencedor não saia diminuído de um processo em que foi proclamada a sua razão.

Entretanto, o próprio Chiovenda encontrou, em situações concretas, sérias dificuldades para a aplicação deste critério unitário, tendo de recorrer casuisticamente a soluções que enfraquecem o princípio da sucumbência, uma vez que este, por vezes, mostrou-se injusto e insuficiente quando utilizado de forma indiscriminada e absoluta.

Observa Yussef Cahali que diante de situações insuperáveis, Chiovenda, em *La condanna nelle spese giudiziali*, buscou a solução adequada para determinados casos, por meio do critério da inevitabilidade da lide. Assim,

reproduzindo o processualista italiano o reconhecimento do pedido não salva o réu da sucumbência, se não é efetivo e oportuno, de tal modo que tivesse tornado evitável a lide; pois, nesse caso, prevalece a relação de causalidade entre o réu e a lide, a determinar a condenação nas despesas. O direito do titular deve remanescer incólume à demanda, e a obrigação de indenizar deve recair sobre aquele que deu causa à lide por um fato especial, ou sem um interesse próprio contrário ao interesse do vencedor, seja pelo fato de que o vencido é sujeito de um interesse oposto àquele do vencedor. O que é necessário, em todo caso, é que a lide “fosse evitável” da parte do sucumbente (o que sempre se subentende, sem consideração à culpa). E esta evitabilidade poderá consistir no abster-se do ato a que a lide é dirigida, no adaptar-se efetivamente à demanda, ou no não-ingresso na demanda mesma. Sob este aspecto, vemos que a lide é sempre evitável para o autor, não se podendo dizer o mesmo em relação ao réu. Daí não se dizer sucumbente o adversário, em todos os casos em que o outro, para obter a declaração de seu direito, tenha necessidade de obter a sentença do juiz.

Esses textos, observa Cahali, provocaram manifestações e regozijo de vários juristas adeptos do princípio da causalidade. Para Pajardi, Chiovenda havia evidenciado a importância do vínculo da causalidade, embora fazendo dele elemento da teoria da sucumbência. Já Grasso afirmou, categoricamente, ele (Chiovenda) termina, de tal modo, por aderir ao princípio da causalidade.

Feita esta rápida introdução acerca do princípio da sucumbência, retornaremos à sua crítica, após breves considerações acerca das bases da teoria da causalidade.

### 3.2 Princípio da causalidade

Impende ressaltar que as bases do princípio da causalidade encontram-se na filosofia, esqueleto em que se apóia a Filosofia do Direito, que nasceu quando o pensamento filosófico se propôs a distinguir, originariamente, entre a essência do justo e do injusto.

Para a Filosofia do Direito, é de somenos importância a causalidade que não seja jurídica, enfim, que não tenha ingressado no mundo jurídico. Daí porque não basta a conclusão de que todos os fatos acontecem segundo a lei do enlace de causas e feitos.

Pois bem, a transposição calca-se na pre-

missa de que inexistente, em sentido técnico, fato jurídico sem norma jurídica, cuja hipótese de incidência tenha o fato natural ou fato social da conduta como base de qualificação. Ou seja, a norma jurídica que não tivesse por objetivo normatizar um fato natural ou social, perderia sua razão de ser, eis que lhe faltaria suporte fático.

Daí conclui-se que haverá causalidade jurídica, quanto tivermos norma, fato e eficácia. E sem fato jurídico, eficácia nenhuma advém.

Impende ressaltar, outrossim, que há uma relação de causalidade natural entre a conduta – ação-omissão – e o resultado, que serve de suporte fático para a consequência punitiva. Mas a relação causal naturalística ingressa na hipótese; qualifica-se, torna-se relevante para o sistema jurídico. Há uma juridicização da relação causal.

Feitas essas considerações, cabe registrar que a aplicação do princípio da causalidade no Direito deu-se, *a priori*, no âmbito da responsabilidade penal e civil, para o qual seu estudo é de grande importância. Só mais recentemente, final do século XIX, o estudo do princípio da causalidade, voltado para a problemática do ônus do pagamento das despesas processuais, despertou interesse dos estudiosos do Processo Civil, particularmente na Itália.

Retornando ao nosso leito, Grasso ressalta que a doutrina italiana, ao formular o conceito de sucumbência, caminha no sentido de atribuir valor fundamental a situações e circunstâncias estranhas à vitória da demanda. O critério da sucumbência mostra-se coerente tão-somente quando, na exegese dos textos, atinge uma conclusão estreme de dúvidas.

Para Carnelutti, ferrenho defensor do princípio da causalidade, este responde, precisamente, a um princípio de justiça distributiva e a um princípio de higiene pessoal. Advoga ser justo que quem tornou necessário o serviço público da administração da justiça lhe suporte a carga, além do seu caráter oportuno, com intuito de tornar o cidadão mais cauteloso e ciente do risco processual que corre.

Observa Cahali que a idéia de causalidade não se dissocia necessariamente da idéia de sucumbência, uma vez que, à indagação singela a respeito de qual das partes terá dado causa ao processo, o bom-senso, imediatamente, sugere a resposta: a parte que estava errada, ou seja, como regra, a parte vencida na demanda; entretanto, o equívoco reside em absolutizar tal preceito.

Conclui então o insigne Cahali, ancorado

nas lições de Carnelutti, que não há nenhuma antítese entre o princípio da causalidade e o princípio da sucumbência como fundamento pelas despesas do processo; se o sucumbente deve suportar, isso acontece porque a sucumbência demonstra que o processo foi causado por ele. Mas o princípio da causalidade é mais amplo que o da sucumbência, no sentido de que este é apenas um dos indícios da causalidade; outros indícios seriam a contumácia, a renúncia ao processo e, conforme o caso, a nulidade do ato a que a despesa se refere

Também Pajardi ressalta que entre a sucumbência e a causalidade não existe contraste, mas harmonia; trata-se de dois conceitos, o primeiro é o conteúdo, o segundo o continente. O círculo do princípio da causalidade tem em seu interior vários círculos reveladores da existência do princípio; o mais importante é constituído pelo subcírculo, por assim dizer, da sucumbência.

É a sucumbência, portanto, o mais revelador e expressivo elemento da causalidade, pois, via de regra, o sucumbente é o sujeito que deu causa à ação; entretanto, impende ratificar, esta máxima não é absoluta, havendo situações em que imputar ao vencido, pelo fato objetivo da derrota, o ônus do pagamento das despesas processuais e honorários, configura-se a mais profunda injustiça.

Assim, conclui-se que o princípio da causalidade melhor se presta à fixação das despesas processuais, porquanto, indubitavelmente, sem as amarras, por vezes insensíveis da sucumbência, atende, no dizer de Carnelutti, a um princípio de justiça distributiva, onerando quem, efetivamente, deu causa à demanda.

#### 4. A sucumbência no Direito pátrio vigente

Antes de adentrarmos na análise da problemática no Direito Processual Brasileiro, relevante é, ainda que de forma sintética, referir como a questão é tratada no Direito Comparado.

O Direito germânico, por exemplo, consagrou na *Zivilprozessordnung* de 1877, com alteração de redação em 12.1.1950, na sua forma pura, o princípio da sucumbência, dispensando qualquer valoração acerca do comportamento das partes, para afirmar que ao vencido cabe o pagamento das despesas processuais. Tal regra é absoluta, inadmitindo, inclusive, compensação, salvo sucumbência recíproca (§§ 91-92).

O Direito francês, conquanto consagre o

princípio da sucumbência, admite a compensação das despesas processuais entre cônjuges, parentes ou afins, concedendo, ainda, ao juiz o poder de compensar tais despesas em caso de sucumbência recíproca, consoante se verifica nos artigos 130 e 131 do Código de Processo de 1806.

No Direito italiano, o princípio da sucumbência foi acolhido pelo artigo 370 do Código de Processo de 1865, porém amainado pela possibilidade de compensação por motivo justo; entretanto, estabeleceu a possibilidade do litigante temerário responder por dano, revelando, assim, ainda, o seu caráter penal.

O novo Código de Processo italiano, promulgado em 28.10.40, conquanto resultado da escola sistemática dominada por Chiovenda, expoente maior a defender o princípio da sucumbência, consagrou-o – § 1º do art. 91 –, moderando-o, na medida em que concedeu ao juiz a faculdade de condenar a parte vencedora nas despesas excessivas ou supérfluas a que tiver dado causa.

O Direito Processual brasileiro preceitua, no artigo 20 do Código de Processo Civil, a quem cabe o ônus do pagamento das despesas processuais, *verbis*: “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários de advogado”.

Verifica-se, portanto, que o Código de 1973 consagra o princípio da sucumbência, para o qual, segundo lição de Chiovenda anteriormente referida, o direito deve ser recomposto inteiramente, de modo que o vencedor não sofra nenhum prejuízo.

Entretanto, apesar de consagrar o princípio da sucumbência, é indubitável que o nosso CPC, no seu artigo 22, traz o germe latente do princípio da causalidade. Este dispositivo estabelece que

“O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios”.

Ora, neste dispositivo, embora não arcando com os honorários do patrono do *ex adverso*, o legislador pátrio onera o réu vencedor com o pagamento de custas, retirando-lhe, ainda, o direito de receber do vencido os honorários advocatícios, por ter dado causa, desnecessariamente, à protelação da relação processual, fazendo com que o Estado mantenha a máquina judiciária ocupada.

Excepciona, outrossim, o princípio da sucumbência o disposto no art. 31 do CPC, estabelecendo que as despesas dos atos manifestamente protelatórios, impertinentes ou supérfluos serão pagas pela parte que os tiver promovido ou praticado, quando impugnado pela outra. Note-se, independentemente do resultado da demanda.

Embora de forma tímida, a jurisprudência já começa a enveredar-se por estes caminhos.

No art. 22 do Estatuto Processual, transparece nítido o princípio da causalidade, para a aferição da responsabilidade pelas despesas processuais. A hipótese de extinção do processo, em razão de uma causa superveniente – art. 462 do CPC –, é bem o exemplo da legitimidade e da adequação da invocada teoria mencionada, que o rígido sistema da derrota objetiva do litigante não pode solucionar.

Mesmo julgados procedentes os embargos do fiador casado, que sofreu execução para responder por fiança considerada nula, à falta de outorga uxória, impõe-se uma condenação nas despesas processuais, se ele, ao obrigar-se como fiador, induziu em erro o credor, ao qualificar-se como desquitado, no instrumento da obrigação.

A bem da verdade, não deve o intérprete apegar-se à literalidade do art. 20 do CPC. Deve, isto sim, interpretar o princípio da sucumbência como importante elemento do princípio da causalidade, enfim, seu mais relevante indício, evitando, assim, equívocos que uma interpretação literal e fria da norma, certamente, pode provocar.

Nesse caminho, observa Yussef Cahali, que a lição de Carnelutti se aplica ao nosso Direito, porquanto, a raiz da responsabilidade está na relação causal entre o dano e a atividade de uma pessoa. Esta relação é denunciada segundo alguns indícios, o primeiro dos quais é a sucumbência.

Na compreensão da *quaestio* acerca do critério adotado pelo sistema processual pátrio, é de utilidade ímpar acórdão do TJSP:

“A *ratio* do princípio da sucumbência está na causação, sem justo motivo – ainda que de boa-fé – de um processo. Normalmente, o fato da sucumbência demonstra resistência injustificada à pretensão da parte contrária: aquele a quem o juiz acabou por não dar razão pode, de ordinário, ser considerado o responsável pela instauração do processo, e, assim, *a posteriori*, ser condenado

nas despesas (Libman, *Manuale*. v. 1, p. 166-167). Casos há, porém, em que a aplicação do princípio puro da sucumbência (*senz'altro*, adverte Sérgio Costa) não tem nenhuma razão de ser e fere o da equidade. Daí dizer Libman que, em tais hipóteses, a obrigação de pagar as despesas judiciais desaparece sempre que a parte, embora vencida, demonstre, com seu comportamento, *di non aver causato la lite*. Tal entendimento, resultante da interpretação do art. 91 do Código italiano, que, como o nosso, adota o princípio da sucumbência, encontra guarida no Direito pátrio no art. 22 do Código, do qual se infere que a parte, mesmo vencedora, que por sua conduta no processo fizer com que este se prolongue desnecessariamente, e, com isto, acarretar despesas injustificadas, com elas arcará. *A contrario sensu*, se as despesas acarretadas pela parte vencida com a instauração do processo (tratando-se do autor) foram despesas justificáveis, nelas não deverá ser condenada. De tudo, vê-se que, no Direito brasileiro, como no italiano, domina o princípio da causalidade para aferição da responsabilidade pelas despesas do processo, posto que inexista sequer menção a ele nos textos legais respectivos. E não se veja nele um corretivo ou um sub-rogado do princípio da sucumbência, mas, antes, o verdadeiro elemento informador da responsabilidade pelas despesas do processo, do qual a sucumbência é simples *indici revelatori*, como parece a Gualandi (*Spese e danni nel processo civile*, p. 251)”.

O fato é que ao intérprete do Código de Processo Civil cabe utilizar da hermenêutica jurídica para melhor aplicar o disposto no art. 20, no sentido da responsabilidade do vencido pelas despesas processuais, ressalvada a hipótese do vencedor ser o causador da ação contra si ajuizada. Nesse sentido acórdão da 8ª Câmara do 1º TACivSP:

“Temos de ler o art. 20, *caput*, do CPC (“interpretar” é penetrar, “ler” é colher conteúdo) como se nele estivesse escrito: “a menos que o próprio vencedor tenha dado causa ao ajuizamento da ação contra si”. Não o escreveu o legislador; não importa: nem ele é onisciente, nem é o responsável por aquilo que da natureza das relações sociais possa

acontecer de imprevisível por ele, nem se liga com a sua vontade ou intenção ao mundo jurídico. Este é outro espaço, outro reino, outro mundo, diverso do mundo do conhecimento do legislador no momento de sua vida de legislador que é experiência política, e não vivência jurídica.”

É indubitável que ao intérprete cabe a responsabilidade de adequar a letra fria da lei, elaborada em outra época, em que as relações sociais e jurídicas eram diversas objetivando evitar que a sua aplicação mecânica cause injustiças certamente não previstas nem desejadas pelo legislador.

Vejamos, *ad exemplum*, a responsabilidade pelo pagamento de honorários advocatícios e demais despesas processuais nos embargos de terceiros, sem olvidarmos da advertência pertinente de Pedro Madalena:

“Deve o juiz ter muita cautela na aplicação do princípio da sucumbência, em ações de embargos de terceiros, já que, nem sempre, o embargado age com culpa de modo a causar o prejuízo ao embargante. É que, às vezes, por não ter sido observada norma de ordem pública, o terceiro se insurge contra o ato público. Nesta hipótese, pode o terceiro escolher a via processual menos onerosa, denunciando nos próprios autos onde o ato irregular foi praticado, sem necessidade de propor embargos. Geralmente propõe embargos porque teria ressarcimento das despesas, em face da aplicação do princípio da sucumbência. Não o teria se apenas peticionasse e provasse nos autos do processo de execução onde a coisa de sua propriedade foi irregularmente penhorada. Por outro lado, pode o Judiciário anular o ato com ou sem provocação das partes”.

Entre outras, pelo menos em duas hipóteses, quais sejam, de oferecimento do bem à penhora pelo devedor executado e por indicação do credor/exequente, o ajuizamento dos embargos pelo compromissário comprador de imóvel, com título não registrado, e penhorado na execução contra o alienante/executado, o princípio da sucumbência é inadequado para estabelecer a responsabilização pela verba honorária e despesas processuais.

Ora, na hipótese de indicação por parte do executado, este sim, agindo de má-fé, deu causa à ação de embargos, razão pela qual deverá

o embargante, a nosso juízo, colocá-lo no pólo passivo da ação, como litisconsorte passivo, para que venha a arcar com o ônus do pagamento dos honorários advocatícios e demais despesas processuais. Entretanto, não o fazendo, uma vez que a condenação nas despesas processuais e honorários deve ser feita nos próprios autos dos embargos, poderá o embargado, por meio de uma das modalidades de intervenção de terceiros, trazer o alienante/executado para o processo, objetivando, quanto menos, garantir o seu direito de regresso pela denunciação da lide.

Quanto à hipótese de oferecimento dos embargos pelo compromissário comprador de imóvel, com título não registrado, e penhorado na execução contra o alienante/executado, por indicação do credor/exequente, aliás, bastante comum, após Súmula 84 do Colendo STJ – é admissível a oposição de embargos de terceiros fundados em alegação e posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda desprovido de registro –, que se contrapõe à Súmula 621 do STF, a aplicação, pura e simples, do princípio da sucumbência é injusta.

Ora, se o credor antes de indicar bem à penhora, cuidou de juntar aos autos certidão no Registro de Imóveis, objetivando comprovar estar o bem livre de qualquer gravame, e após indicação, vem a ser surpreendido com embargos de terceiros, fundados em promessa de compra e venda não registrada, não temos nenhuma dúvida de que, mesmo procedentes os embargos, a responsabilidade pelo pagamento de honorários legais e despesas processuais há que recair sobre os ombros do próprio embargante, que ao não ser diligente para registrar o seu contrato, deu causa, por omissão, ao ajuizamento da ação, aplicando-se-lhe, subsidiariamente, a regra do art. 159 do Código Civil, uma vez que, não há dúvida, tanto a ação quanto a omissão representam exteriorização de conduta.

Nesse sentido, acórdão da 3ª Turma do STJ:

“Certamente que o promitente-comprador tivesse levado ao registro público o instrumento de seu negócio jurídico, dada a presunção legal de publicidade e a decorrente eficácia *erga omnes* dos atos submetidos ao sistema, não haveria como o credor da execução sustentar, convincentemente, que desconhecia a quem pertencia a propriedade do bem penhorado. Em abono da posição doutrinária defendida pelo julgador, cumpre lembrar a lição de Yussef Said

Cahali, quando sustenta que, ‘se a penhora somente ocorreu porque o com-promissário-comprador não procedeu ao registro imobiliário, fazendo com que o exequente fosse levado a equívoco ao requerê-la com base no registro imobiliário ainda em nome do devedor executado, nada justifica seja o embargante beneficiado com honorários advocatícios em razão da lide a que ele próprio deu causa’. (*Honorários advocatícios*. 2. ed. p. 584). Em síntese apertada, entende-se que se o autor-terceiro-embargante tivesse providenciado o registro de seu título no ofício público competente, tal procedimento teria eficácia até contra a embargada, que não poderia alegar desconhecimento do registro respectivo e, assim, não teria concordado com a penhora de um bem que sabia pertencer a terceiro. Em tais condições, parece de melhor justiça que o princípio da sucumbência ceda passo ao caso especial, ao chamado princípio da causalidade, quando se revela hialina, embora paradoxalmente, a culpa do próprio vencedor, único responsável pelo litígio acerca da constrição judicial do bem que lhe pertence.”

A própria doutrina, a partir do debate provocado pela Súmula 84 do Colendo STJ, tem adotado posicionamento diverso da aplicação pura e simples do princípio da sucumbência:

“Em segundo lugar, e aqui há um aspecto crucial quanto aos direitos do credor, como poderia ele saber da existência do ônus ou da transferência do bem se nada averbado ou referido no registro imobiliário?

Por total ausência de menção no único meio a tornar pública a ocorrência de modificações no imóvel, não é justo que o terceiro venha a ser prejudicado, com a imposição de ônus sucumbenciais e outras cominações.(...) não há o credor de suportar conseqüências onerosas, que devem ser imputadas àquele que impreviamente deu causa à ocorrência do ato de constrição”.

Destarte, resta demonstrado que no caso de embargos de terceiros, assume relevância ímpar a aplicação do princípio da causalidade, sem o qual, em algumas hipóteses, estar-se-á a legitimar flagrante injustiça, decorrente da aplicação mecânica e míope do art. 20 do CPC.

## 5. Conclusão

Este breve trabalho teve o objetivo de demonstrar que o princípio absoluto de fixação da responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios e demais despesas processuais, com base no fato objetivo da derrota, é injusto, não se adequando às complexas relações sociais e jurídicas do nosso tempo, conquanto seja, inquestionavelmente, o mais cômodo para o julgador.

Há que se entender, portanto, o critério da sucumbência como o mais expressivo e revelador elemento do princípio da causalidade, devendo, portanto, ser aplicável, como regra, no nosso Direito Processual, sem, entretanto, converter-se na categoria de dogma a inadmitir exceções.

Assim, conclui-se o presente, advogando que o princípio da causalidade é, indubitavelmente, o mais adequado e justo, para fixação da responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios e demais despesas processuais, porquanto, melhor se presta aos desígnios de justiça, responsabilizando aquele, que por ação ou omissão, dá causa à relação processual.

## Bibliografia

- AMARAL, Luiz.. *Advocacia: história e perspectivas*. *Revista de Doutrina de Jurisprudência*.
- ARZUA, Guido. *Honorários do advogado na sistemática processual*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1957.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993.
- BREBBIA, Roberto. *La relación de causalidad en Derecho Civil*. Rosário : Juris.
- BRUERA, Jose Juan. *El concepto filosoficojuridico de causalidad*. Buenos Aires : Depalma, 1944.
- CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Pádua : CEDAM, 1936. v. 1, p. 436.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1965. v. 3.
- GRASSO, Eduardo. *Della responsabilità delle parti* : comentario del Codice di Procedura Civile, Diretto da Enrico Allorrio. Turim : UTET, v. 1, t. 2. 1973.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Traducción de Pietro Castro. Madrid : Labor, 1956. p. 470.

- MADALENA, Pedro. Embargos de terceiro : sucumbência : inexistência de culpa do credor. *Revista dos Tribunais*, n. 517, nov. 1978.
- PAULA, Alexandre de. *O processo civil à luz da jurisprudência*. Rio de Janeiro : Forense, 1988, v. 9.
- RIZZARDO, Arnaldo. Embargos de terceiro e constrição judicial em imóvel prometido comprar sem registro do contrato. *R. AJURIS*, n. 53.
- SOUZA, Sebastião de. *Honorários do advogado*. São Paulo : Saraiva, 1952.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1974. v. 1.
- VECCHIONE, Renato. *Nuovissimo digesto italiano*. 3. ed. Turim : UTET, v. 17: Spese Giudiziali. 1957-1970.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1989.

# Do enquadramento do Banco Central no Regime Jurídico Único

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade: consumação do Estado de fato. 3. Do ato jurídico perfeito e das vantagens pro labore facto. 4. A estabilidade das relações jurídicas convalidam atos constitutivos de direito transferido aos servidores que são adquirentes de boa-fé. 5. Da Medida Provisória nº 1.535-7, de 11 de julho de 1997.*

### 1. Introdução

O artigo 251 da Lei nº 8.112/90 determinou que enquanto não for editada a lei complementar de que alude o art. 192 da Constituição Federal, os servidores do Banco Central do Brasil continuarão regidos pela legislação em vigor à data da publicação do respectivo Regime Jurídico Único.

Em outras palavras, os servidores do Bacen que eram regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) continuariam sob o manto dos seus empregos públicos até que fosse editada a lei complementar referida no artigo 251 da Lei nº 8.112/90.

Ocorre que por entender inconstitucional tal dispositivo legal, o Procurador-Geral da República propôs a ADIn nº 449-2-DF, que teve como relator o eminente Ministro Carlos Velloso, que ao acolher o pedido assim ementou o aresto<sup>1</sup>:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. BANCO CENTRAL DO BRASIL. AUTARQUIA: REGIME JURÍDICO DO SEU PESSOAL. LEI 8.112 DE 1990, ART. 251: INCONSTITUCIONALIDADE.

Mauro Roberto Gomes de Mattos é Advogado, ex-Assessor da Presidência da OAB/RJ e Vice-Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Público (IADP).

<sup>1</sup> Julgado em 29.8.96.



I - O Banco Central do Brasil é uma autarquia de direito público, que exerce serviço público, desempenhando parcela do poder de polícia da União, no setor financeiro. Aplicabilidade, ao seu pessoal, por força do disposto no art. 39 da Constituição, do Regime Jurídico da Lei 8.112, de 1990.

II - As normas da Lei nº 4.595, de 1964, que dizem respeito ao pessoal do Banco Central do Brasil, foram recebidos pela CF/88, como normas ordinárias e não como lei complementar. Inteligência do disposto no art. 192, IV da Constituição.

III - O artigo 251 da Lei nº 8.112, de 1990, é incompatível com o art. 39 da Constituição Federal, pelo que é inconstitucional.

IV - ADIn julgada procedente”.

Com este julgamento, na prática, foi criado verdadeiro caos administrativo, pois a declaração de inconstitucionalidade do art. 251 da Lei nº 8.112 se deu em agosto de 1996, portanto há mais de 5 (cinco) anos de vigência do Regime Jurídico Único, estando naquele período os servidores do Bacen regidos pela CLT. Como os regimes jurídicos eram totalmente antagônicos, foram criadas situações das mais inusitadas, em face da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ter o efeito *ex-tunc*.

O caos foi formado, pois até agosto de 1996 o Banco Central aposentava seus empregados pelo Regime Celetista, recebendo os mesmos suplementações pelo seu Fundo de Previdência Complementar (Centrus), depositava normalmente a parcela de FGTS nas contas fundiárias e tomava atos respaldados pela legislação laboral.

Ao serem modificados estes procedimentos, via judicial, várias situações jurídicas foram distorcidas, pois é inegável que o curso dos anos, entre a edição da Lei nº 8.112/90 (dezembro de 1990) até a decisão da ADIn 449-2/DF (agosto/96) atos foram tomados e consolidados, gerando a perfeição dos mesmos e garantindo direitos adquiridos. Como desfazê-los? A ADIn tem o efeito de subtrair ou apagar as vantagens auferidas *pro labore facto*?

Tais perguntas são feitas até hoje e para minimizar, ou agravar ainda mais a situação, o Chefe do Executivo Federal baixou a Medida Provisória nº 1.535/96, que dispõe sobre o plano de carreira dos servidores do Banco Central, dando outras providências.

Não só a decisão do STF como também a medida provisória em comento merecem vários reflexos, que de forma sucinta serão abordados no afã de esclarecer e até mesmo carrilhar a atuação estatal, a fim de que não cometa atos desavisados ou atentadores dos direitos e garantias fundamentais dos servidores do Bacen.

## 2. Dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade: consumação do estado de fato

O objetivo do julgamento da ação indireta da inconstitucionalidade consiste em desfazer os efeitos gerais da lei ou ato, possuindo a decisão a eficácia de fazer a coisa julgada material, vinculando as autoridades aplicadoras da lei que não poderão mais utilizar-se ou executar a mesma<sup>2</sup>.

Dessa forma, uma vez declarada inconstitucional a lei, é retirada a aplicabilidade da norma legal.

Serve este instrumento em dar segurança à sociedade, pois é retirado do contexto jurídico preceito ou norma que agride a *lex legum*.

Contudo, no campo do Direito Civil as nulidades de pleno direito são insanáveis, insuscetíveis de revalidação, ou, como diz com precisão Pontes de Miranda, nos negócios jurídicos nulos “são insanáveis as suas invalidades e inatificáveis, tanto que confirmação deles a rigor não há, há afirmação nova, *ex-nunc*, e de modo nenhum confirmação”<sup>3</sup>.

Todavia, se no campo do Direito Privado, o visceralmente nulo jamais pode ser sanado de produzir efeitos válidos, na esfera do Direito Público, a questão segue com menor rigorismo formal, em virtude da proeminência do interesse público<sup>4</sup>.

Essa diferenciação é imperiosa, em face do desdobramento legal ser diferente nos distintos campos do direito, ressaltando as firmes considerações de Miguel Reale<sup>5</sup>, sob o prisma da nulidade no Direito Administrativo, que deverá sempre se distinguir em duas hipóteses: a) a de convalidação ou sanativa do ato

<sup>2</sup>SILVA, José Afonso da. *La judrisdición Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dyckson, 1997. p. 403-404: O controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil.

<sup>3</sup>REALE, Miguel. *Revogação e anulação do ato administrativo*. Forense, 1968. p. 81.

<sup>4</sup>Ibidem, p. 82.

<sup>5</sup>Ibidem.

nulo e anulável; b) a de perda pela administração do benefício da declaração unilateral de nulidade (*le bénéfice de préalable*).

Como a inserção dos servidores celetistas do Banco Central no RJU somente veio a dar-se por força da decisão na ADIn nº 449-2-DF, em 29.8.96, situações das mais inusitadas possíveis foram criadas para os servidores públicos daquele órgão, chegando ao cúmulo de ter atualmente dois tipos de aposentados: os que se inativaram antes da Lei nº 8.112/90 e os que se desligaram após o Regime Jurídico.

Tal desdobramento legal será mais à frente dissecado, em face da relevância que o caso desponta.

Voltando ao núcleo central, a grande dúvida que paira na hipótese é sobre a eficácia da decisão da Excelsa Corte, pois este é o ponto de partida para o início da delimitação dos direitos dos servidores pertencentes aos quadros do Banco Central.

A doutrina é dividida sobre a matéria, podendo-se relembrar a ótica de Alfredo Buzaid, que considera que a declaração de inconstitucionalidade possui o condão de afirmar que é como se o texto legal hostilizado fosse absolutamente nulo, sendo natimorto<sup>6</sup>. Em outro passo diz o ilustre publicista “que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia desde o seu berço e não adquire jamais com o decurso do tempo”<sup>7</sup>.

Já Pontes de Miranda faz nítida distinção entre inexistência e nulidade da lei declarada inconstitucional, afirmando que:

“A lei que tem vício de inconstitucionalidade existe, posto que nulamente (...) as regras jurídicas que violam a Constituição são regras jurídicas nulas, porém eficazes enquanto não são desconstituídas de acordo com a mesma Constituição”<sup>8</sup>.

Em rico e profundo trabalho, Moniz de Aragão (*Poder de Iniciativa e Inconstitucio-*

<sup>6</sup>“...Toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve pois nenhum único momento de validade.” (*Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade*. Forense, 1958, p. 48).

<sup>7</sup>Ibidem, p. 130-3.

<sup>8</sup>*Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Revista dos Tribunais, p. 492. v. 2.

*nalidade da Lei*)<sup>9</sup>, registra a opinião da Professora Rosali de Mendonça Lima: “a norma ordinária apresenta incompatibilidades frente ao preceito constitucional, se o infringe, se fere as suas determinações, estará *ipso facto*, eivado pelo vício indelével da inconstitucionalidade e, para a segurança das relações jurídicas e firmeza da organização estatal, não poderá prevalecer”. Todavia esse vício não importa em aniquilar a norma, que continua sendo lei como o era até então. No seu modo de abordar o problema, a ilustre professora aduz que nem mesmo o fato de o Senado suspender a execução importa em liquidar os efeitos do texto legal, sendo certo que o afastamento da radiação imediata do comando será em definitivo ou temporário. Eis o que ensina a citada publicista: “O que se suspende, pura e simplesmente, é a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais. A norma jurídica em si mesma não é invalidada. Se, portanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, por uma mudança – não apenas transitória – mas radical, decisiva, concludente, em sua jurisprudência, voltar atrás, considerando a lei constitucional, a mesma poderá vir a ser plenamente aplicada, pois, que dum modo ou doutro, ela se achava incerta no conjunto da legislação nacional”.

A decisão judicial emanada pelo Supremo Tribunal Federal é tida como desconstitutiva, tendo o efeito *ex-tunc*, o que significa dizer que todos os atos praticados sob a égide da norma tida como inconstitucional seriam considerados nulos.

Em tese, sim, mas a prática demonstra que não, pois na aplicação do direito, não se pode desconstituir atos jurídicos praticados sob o manto de uma lei tida como válida, em virtude de ter radiado os seus efeitos e gerado obrigações já esgotadas, que não podem mais ser revogadas<sup>10</sup>.

A desconstituição dos efeitos dos atos já realizados há mais de 6 (seis) anos iria ferir a razoabilidade que cristalizou a realização dos atos. No seu salutar *Direito Administrativo Didático*<sup>11</sup>, Sérgio D’Andrea já consignava que

<sup>9</sup>RDA, n. 64, p. 360-361.

<sup>10</sup>Sobre o enfoque da realidade, Lúcio Bittencourt não tem dúvida em ponderar que “os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário”. *Controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro : Forense, 1949. p. 148.

<sup>11</sup>*Direito administrativo didático*. Rio de Janeiro : Forense, 3. ed. 1985. p. 116-117.

no conflito entre o *interesse absoluto* e a eliminação do *ato jurídico viciado*, o *interesse concreto* da manutenção da *segurança das relações jurídicas* convalida os atos praticados<sup>12</sup>.

Não resta dúvida que este entendimento espelha a razoabilidade que deve imperar no trato com situações como a do Banco Central, onde os anos de aplicação do art. 251 da Lei nº 8.112/90 foram suficientes para gerar direitos e sepultar determinadas situações.

Figure-se, como exemplo, a situação levantada pela ilustre Maria Isabel Gallotti<sup>13</sup>, onde uma viúva que tenha recebido, durante anos, uma pensão com base em lei posteriormente inconstitucional, ou de um funcionário que tenha sido nomeado para cargo criado por lei muito tempo depois julgada inconstitucional.

Como resolver esses casos em que uma norma jurídica foi pacificamente aplicada por um longo período e depois declarada inconstitucional ?

De acordo com o bom senso e a primazia da realidade, não é salutar que uma viúva devolva o valor correspondente a todos os anos de pensão recebida. Além de ser totalmente irrazoável que se anulasse todos os atos praticados por funcionário nomeado para cargo criado por lei declarada *a posteriori* inconstitucional. Para casos como os citados, se invoca o magistério de Willoughby<sup>14</sup>,

“conquanto a lei inconstitucional deva, sob o ponto de vista estritamente lógico, ser considerada como se jamais tivesse tido força para criar direitos ou obrigações, considerações de ordem prática têm levado os tribunais a atribuir certa validade aos atos praticados por pessoas que, em boa-fé, exerçam poderes conferidos pelo diploma posteriormente julgado ineficaz”.

<sup>12</sup> Miguel Reale defende o exaurimento do tempo como o fator determinante para a convalidação do ato nulo no direito administrativo: “No Direito Administrativo europeu, a doutrina e a jurisprudência têm-se mostrado sensíveis em relação a ambos os aspectos do problema, admitindo, de um lado, a possibilidade de haver-se como legítimo um ato nulo ou anulável, em determinadas e especialíssimas circunstâncias, bem como a constituição, em tais casos, de direitos adquiridos, e, de outro, considerando-se exaurido o poder revisional *ex officio* da Administração, após um prazo razoável (op. cit., p. 82).

<sup>13</sup> RDA, n. 170, p. 29.

<sup>14</sup> Apud BITTENCOURT, op. cit., p. 148.

Essa posição é sustentada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, visando preservar a consolidação dos atos praticados antes da declaração de inconstitucionalidade de lei, atribuindo certos temperamentos quanto ao efeito *ex-tunc* que se lhe atribuem, consoante sustentou o Ministro Leitão de Abreu, em magnífico voto condutor proferido no RE nº 79.343<sup>15</sup>:

“Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos de ordem jurídica atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procedo a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Juris Secundum* de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüência que não é lícito ignorar.

A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”.

Tal entendimento afigura-se como o mais coerente, em virtude de o nosso Direito Administrativo possuir bases constitucionais de liberdade e de justiça material, onde são projetados necessariamente sobre todas as relações jurídico-administrativas. É o princípio do “favor *libertatis*”, que figura firmemente enraiza-

<sup>15</sup> RTJ, n. 82, p. 791.

do no ordenamento jurídico pátrio embutido dentro do novo marco do Estado social e democrático de direito.

Assim sendo, no Estado de direito a doutrina constitucional mais moderna enfatiza a necessidade de se manter a concretização dos Direitos Fundamentais, que são aqueles que revelam a segurança jurídica.

No caso concreto a segurança jurídica reside na convalidação do ato jurídico praticado sob o manto da boa-fé.

Não é *razoável* desfazer todas as situações jurídicas consolidadas desde dezembro/90 até agosto/96, pois a declaração de inconstitucionalidade do art. 251 da Lei nº 8.112/90 tem como finalidade garantir a estabilidade jurídica do Banco Central do Brasil com os seus servidores públicos. Como o efeito desta inconstitucionalidade é *ex-tunc*, pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, as vantagens auferidas *pro labore facto* pelos administrados deverão ser respeitadas, sob pena de ruptura da estabilidade jurídica que é verificada no Estado democrático de direito<sup>16</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes, em rico e arguto prefácio<sup>17</sup>, com toda a sua notória autoridade, não tem dúvida em discorrer que

“um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador”.

Em exame acurado, o Supremo Tribunal Federal fez embrionariamente remissão ao princípio da proporcionalidade no RE nº 18.331, que teve a relatoria do Ministro Orozimbo Nonato, onde foi registrado que

“o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade”<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Canotilho admite que é possível entender que as situações consolidadas – como as relações jurídicas extintas pelo cumprimento da obrigação – estejam imunes aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra : Almedina, 1986. p. 816.

<sup>17</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade*. 1996. Brasília, p. 14.

<sup>18</sup> RE n. 18.331. RF 145 (1953), p. 164 e segs.

Vem, esse princípio, cada vez mais tomando assento na maior Corte Constitucional do País, exatamente para adequar medida restritiva ao fim ditado pela própria lei<sup>19</sup>.

Assim, não se pode olvidar qual a regra de adequação dos atos práticos com os motivos e fins que o justificam, terá o julgador ou aplicador da norma que ter por escopo a eleição do fator que menos restringir os princípios *pro libertate, pro activitate em favor libertatis*.

O ato jurídico mesmo viciado (art. 251 da Lei nº 8.112/90) gerou efeitos intransponíveis, que foram convalidados pelo transcurso dos anos, não sendo razoável a sua desconstituição após a fruição dos anos.

Em profunda análise sobre a *quaestio*, e com o seu natural e espontâneo brilho, Sérgio D'Andreia<sup>20</sup> discorre que, no caso do Banco Central, o julgamento da ADIn 449-2-DF autoriza o intérprete, em nome do interesse público, conservar, total ou parcialmente, os efeitos já produzidos, conferindo a eficácia *ex-nunc* e não *ex-tunc*, como já defendido no RE 79.343 pelo Ministro Leitão de Abreu:

“É, em verdade, aparente o contraste entre, de um lado, dever o ato jurídico viciado ser, em princípio, eliminado do mundo jurídico, e, de outro, o do aproveitamento dele ou deles e de seus efeitos, procedendo-se à respectiva manutenção, conservação ou saneamento. É que essas figuras não têm por base o interesse geral concreto de se manterem situações jurídicas resultantes de atos viciados, ou de se expungirem os vícios que os contaminam, em face de ponderáveis elementos, como o tempo decorrido, a boa-fé das pessoas envolvidas, o número dessas pessoas. Constatou-se que se atende melhor ao interesse público, conservando-se, total ou parcialmente, os efeitos produzidos; dando-se eficácia *ex-nunc*, e não *ex-tunc*, a um novo posicionamento, inclusive do Judiciário, que inquina de viciados os atos e seus efeitos, do que, cegamente, extinguindo-se o ato maculado ou suas consequências.

Daí, os mencionados institutos da conservação do ato ou, pelo menos, de

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra : Almedina, p. 617. 1983.

<sup>20</sup> Parecer do Professor Sergio D'Andreia Ferreira, datado de 10.4.97, ainda não publicado.

seus efeitos, da convalidação, por confirmação ou ratificação, o aproveitamento por conversão ou redução; da correção ou desconsideração de irregularidades.

A evolução, dentro da lógica do razoável, consistiu em superar-se, definitivamente, a idéia de conflito ou contraste de interesse, de laivas de excepcionalidade.

Assim, a postura de conservação, de convalidação ou de aproveitamento do ato ou de seus efeitos nada mais é do que a afirmação dos princípios da legalidade, da moralidade, da legitimidade, enfim da licitude no exercício das funções estatais, sob a inspiração do citado princípio da razoabilidade<sup>21</sup>.

Após estas sólidas considerações do Professor Sérgio D'Andreia Ferreira, não resta dúvida que os atos praticados, mesmo sob o manto de um comando declarado *a posteriori* inconstitucional, sendo anulado pelo Supremo Tribunal Federal, gera efeitos, que, em nome do interesse público, devem ser atribuído caráter *ex-nunc*, mantendo-se a estabilidade jurídica dos atos já praticados de *boa-fé*, o que *a contrario sensu* geraria efeitos restritivos contrários ao próprio espírito da Lei nº 8.112/90. O Regime Jurídico Único nasceu no universo jurídico com o objetivo de transformar os empregos em cargos (art. 243), o que significa dizer que a intenção do legislador não foi anular os atos praticados pelo comando legal insculpido na CLT. Este não foi a vontade nem mesmo do constituinte que, ao dispor sobre o Regime Jurídico Único, facultou ao legislador ordinário a escolha do vínculo único.

Ora, ao ser eleito o estatuto como a melhor opção para o Estado, todos os direitos e conquistas consagrados no regime derogado não desapareceram, pois foram importados para a nova situação.

Dessa forma, o tardio enquadramento dos servidores do Bacen também não há de ser diferente, por não ser razoável a desconstituição de direitos regularmente conquistados, fruto da relação jurídica inerente ao vínculo existente entre as partes, que é a de trabalho com a respectiva contraprestação pecuniária. Apagar, como num feixe de luz, os anos colocados à disposição do Bacen, com a conseqüente retirada de direitos funcionais e pecuniários, é o mesmo que permitir o enriquecimento sem causa por parte da aludida autarquia federal, que se utilizou do labor diário dos seus empregados,

para após aniquilar suas conquistas sob o pálido argumento que o efeito *ex-tunc* da ação direta de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal é o veredicto das conquistas.

### 3. Do ato jurídico perfeito e das vantagens *pro labore facto*

A garantia do ato jurídico perfeito é constitucionalmente assegurada pelo inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, constituindo-se um dos pilares de sustentação do Estado democrático de direito.

Este tema é tão importante que a garantia do ato jurídico perfeito impede que haja emenda constitucional capaz de aboli-la, por ser cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, CF)<sup>21</sup>.

E coube à Lei de Introdução ao Código Civil, promulgada pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, no seu § 2º do art. 3º estipular o que venha a ser ato jurídico perfeito:

“Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado, segundo a lei vigente, ao tempo em que se efetuou”.

A atual Lei de Introdução ao Código Civil<sup>22</sup>, no § 1º do art. 6º, define o ato jurídico perfeito como sendo:

“Já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

E para completar, o artigo 81 do Código Civil<sup>23</sup> arremata:

“todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”.

Portanto, o ato jurídico em comento consumou-se pelo transcurso do tempo e pela licitude dos elementos e requisitos existenciais.

<sup>21</sup> “Os direitos e garantias individuais, mencionados e protegidos por vários instrumentos, enumerados no art. 5º da Constituição, dificilmente seriam objeto de proposta de emenda constitucional. Por parte de quem? Com que finalidade?”. (CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. 2. ed. Forense Universitária, v. 5, p. 2728.

<sup>22</sup> Decreto-Lei nº 4.657, 4.9.42.

<sup>23</sup> Wolgran Junqueira Ferreira ao citar o artigo 81 do Código Civil, averbou: “temos aqui a definição legal do que seja o ato jurídico. Tem ele vários objetivos, ou, mais propriamente, cinco objetivos: a) adquirir, b) resguardar, c) transferir, d) modificar e, finalmente, e) extinguir direitos”. (*Direito e garantias individuais*. São Paulo : Edipro, 1997. p. 131).

E na sua vetusta cátedra, Pontes de Miranda<sup>24</sup> não teve dúvida em registrar que a regra que declare nula ou anule o comando legal inquinado, não poderá ter efeito retroativo, em face do suporte fático que regia ao tempo em que se deu a incidência da lei velha (*tempus regit factum*):

“Quanto às nulidades e às anulabilidades, convém admitir-se que há efeitos de atos anuláveis e enquanto há a decretabilidade da anulação, pode ocorrer lei nova que a retire e, retirando-a, ficam incólumes os negócios jurídicos anuláveis que poderiam ter sido anulados, ou, pelo menos, a respeito dos quais poderia ter sido pedida a decretação da anulação. Mas a lei nova não pode ir ao passado, tornando deficiente o suporte fático que não era ao tempo em que se deu a incidência da lei velha (*tempus regit factum*)”.

Tem-se, portanto, que a decretação de inconstitucionalidade do art. 251 da Lei nº 8.112/90 não possui força motriz de apagar o passado, fazendo desaparecer todos os atos jurídicos praticados antes da transformação dos empregos em cargos públicos. Isto porque o ato jurídico tornou-se perfeito no espaço e no tempo, figurando no plano da existência, tendo a sua juridicidade<sup>25</sup> intacta no sistema jurídico da época, gerando direitos e obrigações, que até mesmo a mudança por *lex posterior* é obrigada a respeitá-las.

Nessa moldura, quando o Supremo Tribunal Federal declara determinado preceito da lei inconstitucional, mesmo tendo efeitos *ex-tunc*, tal decisão não pode apagar as situações já consumadas que se tornaram irreversíveis pelo decorrer do tempo.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>26</sup>, em lapidar e conclusiva ótica, não teve dúvida em trazer à tona a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 79.343, onde foi emprestado “temperamento ao dogma da nulidade *ex-tunc*, mormente no que diz respeito às situações constituídas ao abrigo da lei declarada inconstitucional”. Mais à frente, seguindo o mesmo percurso o inolvidável mestre, com a sua “pena de

<sup>24</sup> *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. Forense, Rio de Janeiro, 1987.v. 5, p. 69.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>26</sup> *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo : Saraiva. p. 278.

ouro”, afirma efusivamente<sup>27</sup>:

“Vale observar que exigências de ordem prática provocam a atenuação da doutrina da nulidade *ex-tunc*. Assim, o Supremo Tribunal Federal não infirma, em regra, a validade do ato praticado por agente investido em função pública, com fundamento em lei inconstitucional. É o que de depreende do RE nº 78.594 (Relator: Ministro Bilac Pinto), no qual se assentou, invocando a teoria do funcionário de fato, que, apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de Oficial de Justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é valido (...) admitindo, entre nós, o processo de inconstitucionalização da lei, há que se contemplar igualmente, o estabelecimento de limites quanto à ineficácia retroativa, não se afigurando possível afirmar, nessa hipótese, a nulidade *ex-tunc*”.

Em igual diapasão, Moniz Aragão<sup>28</sup>, citando posicionamento de Castro Nunes, sublinha:

“Mostra Castro Nunes que o tema, no ramo não privado do Direito, há de ser examinado com maior ou menor flexibilidade conforme o exijam os interesses públicos; de um lado, pois, é admissível que se porte o intérprete com o máximo rigor em certa hipótese, mas é aconselhável, por outro, que em casos distintos tenha o maior cuidado, aproveitando o ato viciado tanto quanto possível. Assim é que nem sempre a nulidade do Direito Civil pode ter o mesmo efeito que sua equivalente no Direito Público e às vezes, através das teorias do excesso e do desvio de poder, alarga-se o campo de invalidação dos atos do ramo público, como forma de proteger mais eficazmente os interesses da coletividade lesados pelo mau uso da função pública”.

Após estas judiciosas explicações, as quais concordamos fielmente, não resta dúvida que os interesses da coletividade no caso *sub-oculis* é a proteção aos legítimos atos praticados pela lei eficaz no momento do cometimento do ato jurídico, sempre em consonância com a

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 279-280.

<sup>28</sup> *RDA*, n. 64, p.361.

primazia do interesse público.

Em total sintonia com o tema afluído, o insigne e culto Sérgio D'Andrea Ferreira cita a brilhante palestra proferida pelo Ministro José Néri da Silveira, em 26.11.94, no Seminário "Regime Jurídico da Empresa Estatal", no Rio de Janeiro, onde foi dissecada a hipótese da proteção de efeitos de atos considerados ilegais, dissertando a eminente autoridade:

"Questão melindrosa, sem dúvida, é, entre nós, a que se refere à proteção de certos efeitos decorrentes da aplicação de leis, depois declaradas inconstitucionais. Tive ensejo de aludir a essa matéria, no voto proferido na Representação nº 1.418-5/RS, onde se discutia a inconstitucionalidade de diversas leis estaduais de efetivação, sem concurso público. Observei, na oportunidade:

'Distintas, na ciência do Direito, a validade e a eficácia da norma jurídica - embora inválida a regra constitucional poderá, por sua vez, no plano dos fatos, ser eficaz, consoante sucede, quando a lei inconstitucional é cumprida por seus destinatários ou aplicada pela Administração. Não sem freqüência, há os que opõem, nesse sentido, diante das circunstâncias, restrições ao princípio de que a lei inconstitucional é nula *ab initio*, não só a partir da data em que é assim judicialmente declarada, ou como também se expressou, entre nós, a fórmula *null and void*, irrita e nenhuma. Para quem dessa forma entende, embora infringente da Constituição, o ato legislativo assim marcado é um fato eficaz (*it is an operative fact*) "ao menos antes da determinação da constitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar'.

Estabeleceu-se, segundo certa corrente doutrinária, que, 'assim como, em direito privado, se protege o ato jurídico, em cuja engendração se insinuou algum vício, mantendo-se-lhe, em parte, os efeitos produzidos, malgrado a sua anulação pelo órgão judiciário' - no plano de direito público, igual providência cabe quanto ao ato inconstitucional. Da mesma maneira como se há de tutelar, na esfera do direito privado, em determinados casos, o ato aparente, entende essa doutrina, ao não qualificar, desde logo, como nula e nenhuma a lei inconstituci-

onal, que importa seja estendida aos atos em desconformidade com a Constituição, praticados com apoio em norma com tal mácula, certa proteção. Se, na ordem privativa, dentre outras razões, argüi-se a necessidade de proteger a boa-fé dos que tiveram como perfeito ou regular o ato, que se veio, posteriormente, a declarar nulo -, no direito público, raciocina-se 'com a presunção de legitimidade dos atos que, nessa esfera, são emanados'.

.....  
A traduzir, de resto, o estágio atual de discussão desse tema na doutrina norte-americana, acerca do efeito da declaração de inconstitucionalidade de lei, está no *corpus juris secundum* (v. 16, § 101, *verbis*), conforme antes visto".

E finaliza o Ministro Néri da Silveira:

"Releva, a todo modo, observar, nesse sentido, que, em sucedendo aplicação de lei inconstitucional, do fato eficaz então verificado, pode resultar a emanação de certos efeitos que, no tempo, por vezes, se tornam irreversíveis, ou dificilmente reversíveis, em maior ou menor extensão. Em face disso, cumpre não serem, assim, por inteiro, ignoradas tais conseqüências, máxime, em razão da necessidade de o Estado garantir clima de segurança nas relações sociais, na ordem jurídica, e, notadamente, se foi o próprio Poder Público, revestido da presunção de legitimidade de seus atos, quem adotou a iniciativa de dar eficácia à norma, depois, judicialmente, declarada inválida".

O efeito *ex-tunc* não iria trazer nenhum benefício para os servidores e nem para o Bacen, sendo que os primeiros teriam os seus direitos auferidos *pro labore facto* totalmente danificados. Por esta razão é que só se admite a retroatividade da decisão que julgou inconstitucional o artigo 251 da Lei nº 8.112/90 se não houvesse prejuízo ao ato jurídico perfeito consagrado pela fruição do tempo.

É cediço na doutrina<sup>29</sup>, que a vantagem denominada *pro labore facto* é aquela que corresponde ao trabalho já realizado.

Assim, as vantagens conquistadas pelo la-

<sup>29</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 15. ed. Revista dos Tribunais, 1989. p. 397.

bor do tempo se cristalizam e entranham no rol dos direitos irretiráveis do servidor público, em face da aquisição de direitos estar imune às mudanças pretéritas. Os requisitos exigidos para a percepção de vantagens *pro labore facto* foram auferidos em determinado período de prestação de “serviço (*ex facto temporis*), ou pelo desempenho de funções especiais (*ex facto officii*), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (*propter laborem*) ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (*propter personam*)<sup>30</sup>.

Na verdade, no Regime Jurídico de Trabalho, as vantagens pagas em razão dele pertencem ao patrimônio jurídico do servidor, criando uma remuneração mínima, que a Lei nº 8.112/90 não pode desconsiderar, ao ponto de impor redução de valores ou direitos reconhecidos em outrora.

A respeito do tema a doutrina não é das mais atuantes, faltando monografias ou trabalhos específicos sobre as vantagens conquistadas *pro labore facto*. Esta escassez de dados leva tanto o cultor do direito quanto o administrador a uma busca incessante de subsídios sobrepostos sobre a matéria, com o objetivo de serem respeitados direitos e condições auferidos em decorrência do transcurso dos anos, *pro labore facto*.

Em decorrência de várias normas jurídicas, proclama-se a posição funcional já galgada pelo servidor público, cujo cargo viesse a ser transposto de uma situação legal para a outra, preservando todas as conquistas e evitando qualquer decurso, observando-se, destarte, direitos legitimamente adquiridos durante a atividade laboral do funcionário e, portanto, como já dito alhures, *pro labore facto*<sup>31</sup>.

Guindados a uma determinada situação funcional, *ex facto temporis*, os servidores adquirem direitos a tais situações, que passam a integrar-lhes o patrimônio, como direito subjetivo imutável.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 396.

<sup>31</sup> Nada mais caracteriza a situação auferida *ex facto temporis* ou *pro labore facto* que a antigüidade e do merecimento. Referindo-se ao critério da elevação por merecimento, José Cratella Junior entende que: “é o melhor vínculo de que pode o Estado lançar mão para guindar aos postos mais altos os servidores mais idôneos, os quais colocaram a serviço da Administração nas respectivas funções que desempenharam a competência, assiduidade, enfim, todas as qualidades pessoais de que dispõem” (*Regime Jurídico do Funcionário Público*. p. 360 e segs.).

É certo que a Lei nº 8.112/90, ao criar a situação nova desde dezembro/90, não radiou seus efeitos imediatos aos servidores do Banco Central pelo fato de o art. 251 ter brechado a transformação dos empregos em cargos públicos, como amplamente narrado anteriormente. Nesse rumo, deflui-se que a nova situação posta em prática em 1996, ou seja, após vários anos de vínculo laboral, ao retroagir, não é suficiente para retirar um direito de quem já o tinha adquirido por circunstâncias outras que a lei nova haverá, indiscutivelmente, de respeitar.

Há que se preservar os direitos adquiridos *pro labore facto*, que na definição do art. 6º da Lei nº de Introdução ao Código Civil, foram exercidos em virtude de terem sido consumados segundo a lei vigente ao tempo em se constituíram.

Após o advento da atual Carta Magna, as vantagens *pro labore facto* passam a ter valor mais elevado, em face da determinação expressa do inciso XV do art. 37 da Constituição Federal de preservar a irredutibilidade remuneratória do servidor.

Sendo que, nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça - (STJ)<sup>32</sup> brechou a redução de vantagem conquistada *pro labore facto*, como se constata no presente aresto:

“GRATIFICAÇÃO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – REDUÇÃO – ILEGALIDADE – CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 37, XV) – LEIS ESTADUAIS nºs 10.460/88 e 10.872/89 – 1) Vantagens pecuniárias irredutíveis são decorrentes de desempenho de função (*pro labore facto*) ou de transcurso do tempo de serviço (*ex facto temporis*) e não aquelas aprisionadas às condições individuais do servidor público (*propter personam*) ou dependendo de trabalho a ser feito (*pro labore faciendo*). 2) A dedução do percentual de adicionais por tempo de serviço, vantagem incorporada no patrimônio individual do favorecido no ato da sua aposentadoria, constitui violação ao direito líquido e certo do funcionário, assegurado da continuidade da percepção de gratificação legal”.

Ainda sobre direitos subjetivados que o servidor público adquire *pro labore facto*, cabem anotações das magistrais palavras de Barros Júnior:

<sup>32</sup> STJ. 1ª Turma. Resp. 24.353-GO. Erl. Ministro Milton Luiz Pereira. DJU, 12 set. 1994.



“Guardadas das restrições com que devam as situações subjetivadas ser garantidas no direito público, pela relevância especial que se deve reconhecer aqui ao interesse da coletividade, dúvida não era que, em princípio, é a irretroatividade reconhecida, sempre que se tenham definitivamente completado, sob o império da lei anterior, situações que devam subsistir, por conveniência da mesma lei, o que vale afirmar que possam e devam prolongar-se, nos seus efeitos próprios, sob a nova ordem instituída”<sup>33</sup>.

Por isso é que a retroatividade da Lei nº 8.112/90 não poderá gerar rebaixamento ou prejuízos para os servidores do Bacen, em face da impossibilidade de se desprezar o direito consolidado *pro labore facto*.

À guisa de ilustração, se extrai que em determinada época, na vigência do antigo Plano de Classificação de Cargos de que trata a Lei nº 5.645/70, foram feitos vários equívocos por parte da administração, onde os servidores públicos tiveram desprezadas as situações consolidadas em função de fatos jurídicos (*pro labore facto*), em autêntica mácula à aquisição de direitos anteriores. Tais equívocos foram levados ao crivo do Poder Judiciário, que não teve dúvida em corrigir o decesso funcional imposto aos servidores lesados pela sistemática alterada, como se observa no seguinte julgado do extinto Tribunal Federal de Recursos – (TRF)<sup>34</sup>:

“Administração. Funcionalismo. Classificação de Cargos.

A inobservância de condições regulamentares na formação do quadro funcional, além de outros equívocos no tocante ao critério de distribuição por classes, repercutindo na situação de servidores, para cujo enquadramento a qualificação era requisito essencial, enseja, pela via ordinária, a reparação do conjunto de equívocos, apurado no processamento da classificação específica”.

Assim sendo, o servidor ao passar da situação de emprego público para cargo, mesmo que tal enquadramento seja feito após o transcurso de lei declarada inconstitucional, possui a estabilidade da situação conquistada pela força

<sup>33</sup> *Dos direitos adquiridos na relação de emprego público*.

<sup>34</sup> TRF. 2ª Turma. Ap. Cível nº 58.583-tj. Julgado em 12 de setembro de 1979.

dos anos de trabalho na antiga função, adquirindo o direito do respeito às vantagens *pro labore facto*, que a nova situação jurídica é obrigada em respeitar, em total harmonia com o inciso XV do art. 37 da Constituição Federal e ao inciso XXXVI do art. 5º do mesmo Ordenamento Maior.

Com a consumação do estado fático pelo curso dos anos, a manutenção da vantagem conquistada *pro labore facto* nada mais é do que consequência lógica da estabilidade jurídica que deve pairar na relação da Administração Pública com os seus administrados. À guisa de exemplo, cumpre ressaltar o caso de uma pensionista cujo marido faleceu, tendo sacado as parcelas inerentes ao seu Fundo de Garantia por Tempo de Serviço relativas ao período entre janeiro/91 a agosto/96, terá que devolver os valores levantados? Por outro flanco, também merece reflexão o caso de um servidor que comprou casa própria com recursos do FGTS, terá ele que reembolsar o Banco Central pela modificação do Regime Jurídico? Com a mesma dúvida surge a hipótese do aidético que sacou o FGTS até 1996. Terá ele que promover a devolução do que foi sacado?

Sem nenhuma ginástica de raciocínio, é de se ressaltar que o efeito das vantagens *pro labore facto* estancam alterações futuras, gerando estabilidade para todos os servidores do Bacen que sacaram as suas contas vinculadas, expressamente autorizadas pelo empregador. Tanto é assim, que os servidores que recebem vantagens indevidas – que não seria o caso – de boa-fé, são isentos de restituição ao erário, como exposto anteriormente no artigo “Desconto em Folha de Servidor que Recebe Vantagem de Boa-Fé”.

Debalde, nessa sistemática é de se concluir que o servidor que não levantou a sua conta de FGTS no período de 1991 até 1996, possui direito líquido e certo a tal saque, pois o princípio é o mesmo já narrado anteriormente.

Dessa forma, quando a Medida Provisória nº 1.535 acolhe algumas vantagens como irretiráveis, por terem sido conquistadas *pro labore facto*, e descarta outras, tais como os depósitos do FGTS efetuados em janeiro/91 até agosto/96, rompe a barreira da legalidade e deságua em ato de puro arbítrio e força, ferindo frontalmente o direito de propriedade contido no inciso XXII, do art. 5º da CF, e os princípios basilares da ciência jurídica que modificações posteriores advindas da mudança da lei,

puddessem produzir efeitos maléficis às relações jurídicas pré-constituídas, já integradas aos seus elementos objetivo e subjetivo.

Como muito bem disse J. Cretella Jr<sup>35</sup>, “propriedade é o conjunto de toda a patrimonialidade”, o que nos leva a concluir que em sentido lato, o saldo da conta do FGTS pertence ao rol do conjunto da patrimonialidade do titular, ressaltando-se a função social que reveste tal direito. Se o direito de propriedade é, na visão de Pimenta Bueno<sup>36</sup>, a facultade ampla e exclusiva que cada homem tem que usar, gozar e dispor livremente, do que licitamente adquiriu, sem outros limites, não há como se admitir que haja verdadeira expropriação nos saldos vinculados do FGTS.

Em total abono a esta corrente doutrinária, de que os vencimentos, saldos vinculados do FGTS e demais vantagens pecuniárias transmudam-se em verdadeira propriedade do titular do crédito, o art. 19 da MP nº 1.535 contempla “os vencimentos pagos pelo Banco Central do Brasil a seus servidores no período de 1º de janeiro de 1991 a 30 de novembro de 1996, quando excedam os valores dos vencimentos devidos aos servidores do Plano de Classificação de Cargos – (PCC), de que trata a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, serão considerados como *pro labore facto*, sendo as diferenças computadas apenas para a apuração de novos vencimentos nas carreiras do Banco Central do Brasil estabelecidas nesta Medida Provisória”.

Como visto, o próprio Chefe do Executivo reconhece que os vencimentos recebidos no período de 1º de janeiro de 1991 a 30 de novembro de 1996, quando excedam os valores dos vencimentos devidos caso os servidores do Bacen estivessem já enquadrados na situação contemplada pela Lei nº 8.112/90, são imortalizados como *pro labore facto*. Ora, qual é a diferença destes vencimentos para os depósitos do FGTS, que na verdade representam 8% (oito por cento) do que era recebido pelo aludido servidor? Nenhuma, pois o fato gerador do direito é o mesmo, qual seja, a prestação de serviços com a devida contraprestação.

Dessa forma, como desassociar a integralidade dos vencimentos recebidos e consumados em determinado período (janeiro/91 a 30 de

<sup>35</sup> *Comentários à Constituição de 1988*. 3. ed. Forense Universitária, v. 1, p. 300.

<sup>36</sup> *Apud Comentários à Constituição de 1988*. op. cit., p. 301.

novembro/96) do percentual calculado sobre os mesmos (8%), e depositados na conta de FGTS do detentor do crédito? Não há como, pois o princípio é o mesmo, sendo impossível admitir que haja devolução de parcela recebida *pro labore facto* de boa-fé pelo servidor, que teve o principal (vencimentos) reconhecido como inatingível. Ora, o FGTS é acessório vinculado ao principal, que, ao ser reconhecido como parte integrante do patrimônio do servidor, não pode ter tratamento diferenciado, por ser vinculado a ele. E como tal, terão que sofrer o mesmo tratamento, por ser impossível enquadramento diverso de parcela principal, em face do acessório estar atrelado à mesma norma principiológica.

Tanto é assim que ao encaminhar o ofício EMI nº 522/MARE, datado de 11 de setembro de 1997, ao Presidente da República, os Ministros de Estado da Fazenda, Pedro Sampaio Malan, e da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, ao discorrerem sobre a intenção dos arts. 19 e 20 da medida provisória em comento, deixaram expresso:

“Observa-se, portanto, que a intenção do legislador foi a de dar quitação de toda a remuneração paga pelo Banco Central do Brasil a seus servidores e dirigentes desde o alcance retroativo do efeito *ex tunc* da decisão do Supremo Tribunal Federal, ou seja, 1º de janeiro de 1991, até o efetivo enquadramento de seus servidores no Regime Jurídico Único estabelecido pela Lei nº 8.112, de 1990, a teor dos arts. 19 e 20 da medida provisória que se pretende alterar”.

Mais à frente, é sugerido ao Exmo. Presidente da República, o acréscimo de um terceiro parágrafo ao artigo 19:

“É para dirimir essas dúvidas que apresentamos a proposta de acréscimo de um 3º parágrafo ao artigo 19, deixando claro que, além dos vencimentos, toda e qualquer verba remuneratória efetivamente paga, seja a que título tenha sido, pelo Banco Central do Brasil a seus dirigentes, ex-dirigentes e servidores no período alcançado pelo efeito retroativo da decisão de nossa Corte Suprema, também seja considerada como *pro labore facto*. Conseqüentemente, afasta-se a possibilidade de se exigir as devoluções de tais verbas, que têm caráter eminentemente alimentar, preservando-se, sem

dúvida, o equilíbrio das relações jurídicas entre a autarquia e seus dirigentes e servidores, escopo maior da edição de todo diploma legal ora em tela” (grifos nossos).

E acolhendo este pronunciamento, foi realmente acrescido o parágrafo 3º ao art. 19 da nº MP 1.535-9, de 11 de setembro de 1997, assim confeccionado:

“Art.19. ....  
§ 3º - São também considerados como *pro labore facto*, apenas para efeito de mútua quitação entre o Banco Central do Brasil e seus dirigentes, ex-dirigentes e servidores, todas as demais verbas remuneratórias efetivamente pagas, a qualquer título, no período de 1º de janeiro de 1991 a 30 de novembro de 1996”.

Com a introdução desse preceito legal, ficou mais do que evidente que o FGTS (salário indireto) poderá ficar fora do contexto das vantagens *pro labore facto*.

A vantagem consagrada *pro labore facto*, em face da índole contratual em que se originou e do inter-relacionamento jurídico com a aludida Autarquia federal, ainda que o sistema de atualização ou modificação dos vencimentos seja revisto, em função da formação de outro vínculo jurídico, haverá sempre a possibilidade de melhorias ulteriores, ou seja, a situação jurídica do servidor será passível de alteração toda vez que se verificar a mudança na legislação regente, de modo a otimizar a respectiva situação, desde que essa nova incidência reflita em *princípio da retroatividade benéfica* em favor do servidor. Esse princípio decorre da natureza alimentar que reveste os estipêndios, além do direito adquirido a um patamar econômico, capazes de minimizar os efeitos e impactos da instabilidade da vida econômica brasileira, inclusive com seus reflexos na política salarial, pois emerge a necessidade de identificação de um parâmetro, um piso, abaixo do qual não se poderá descer.

Se o novo critério estabelecido pelo Executivo propiciar um valor superior, prevalecerá, como é óbvio; caso contrário, já existiria, em favor dos servidores, um mínimo garantido.

É que a garantia dos direitos adquiridos pela vinculação do servidor a um padrão estipendial tem que ser permanentemente atendida, senão haveria também colisão com a irredutibilidade preconizada pelo inciso XV do art. 37 da CF.

Destarte, a garantia da manutenção das vantagens consumadas *pro labore facto* é a fórmula eficaz capaz de garantir que a incidência das novas normas não possuem o condão de apagar o passado e reduzir um valor mínimo já conquistado. Como a retroatividade só poderá ser benéfica para o servidor, ele carrega para a nova situação um padrão remuneratório mínimo e possui o direito líquido e certo de sacar o saldo total da sua conta do FGTS.

#### 4. A estabilidade das relações jurídicas convalidam atos constitutivos de direito transferidos aos servidores que são adquirentes de boa-fé

Após a incorporação das vantagens conquistadas *pro labore facto*, salta aos olhos, que tais direitos deverão ser transferidos para a nova situação legal, pois é vedada a retroatividade dos efeitos da Lei nº 8.112/90 para prejudicar os administrados de boa-fé.

É indubitável que, em um sistema jurídico, a autoridade administrativa é obrigada a respeitar atos jurídicos já produzidos em prol da coletividade.

Francisco Campos<sup>37</sup>, ao analisar a irretratabilidade dos atos administrativos que já produziram efeitos, ensina:

“1º - É indubitável que em um sistema jurídico que veda a retroatividade da lei, ou a aplicação da lei posterior a um ato consumado sob o regime legal anterior, será inadmissível o privilégio que se pretende conferir à autoridade administrativa de poder livremente anular, mediante ato revogatório, os efeitos já produzidos por um ato administrativo anterior. Não se compreende que a Administração não se vincule por aquele ato, da mesma maneira que o legislador é vinculado, ao editar a nova lei, pelos fatos produzidos sob a exigência da lei anterior.

.....  
3º - A irretratabilidade dos atos administrativos, que decidem sobre a situação individual, é, ainda, um imperativo de segurança jurídica. O fato de que os tribunais poderão rever os atos da autoridade administrativa não exclui o interesse de que, enquanto não adquirida

<sup>37</sup> *Direito Administrativo*. Forense, v. 2, p. 7.

de modo definitivo a certeza jurídica em relação ao caso concreto, não seja necessária a conservação de um estado de certeza que funciona provisoriamente como elemento de estabilização das relações jurídicas – enquanto, portanto, os tribunais não substituem pela certeza judicial a precária certeza administrativa, esta *pro veritate habetur*”.

Com igual brilho e ótica, Seabra Fagundes<sup>38</sup> alerta:

“A infringência legal do ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por um outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse”.

Igualmente, Altamiro do Couto e Silva ressalta que o interesse e a segurança pública se sobrepõem até mesmo à legalidade, não sendo admissível anular atos que já produziram efeitos pró-comunidade:

“É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos, só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, o interesse público recorrente que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, *então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a somatória do inválido, pela conjugação da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração com o razoável lapso de tempo transcorrido. Deixando o ato de ser inválido, e dele havendo resultado benefícios e vantagens para os destinatários, não poderá ser mais anulado, porque, para isso, falta precisamente o pressuposto da invalidez*” (grifos nossos)<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. Forense, 1984. p. 39-40.

<sup>39</sup> *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*. RDP, n. 84, 1987.

Esses entendimentos doutrinários encontram eco em outros notáveis publicistas, como, por exemplo, em Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>40</sup>, que anota:

“Embora de efeito retroativo, a declaração de nulidade ou a decretação de anulabilidade não envolve terceiros, que se vêem partes diretamente atingidas pelo ato nulo ou anulável, indiretamente receberam suas conseqüências”.

Ainda que se torne exaustivo, não se deve deixar passar em branco outra brilhante e arguta colocação da consagrada doutrina, dessa vez do ilustre Antônio Bandeira de Mello<sup>41</sup>, para quem:

“152. Finalmente, vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no direito administrativo do que no direito privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta, e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior.

Daí que a possibilidade de convalidação de certas situações – noção antagônica à de nulidade em seu sentido corrente – tem especial relevo no direito administrativo.

Não obrigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe o espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização

das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida.

Portanto, não é repugnante ao direito administrativo a hipótese de convalidamento dos atos inválidos”.

No campo do Direito Público a boa-fé é o fator preponderante para manter a intangibilidade dos atos administrativos praticados em

<sup>40</sup> *Princípios gerais do Direito Administrativo*. 2. ed. Forense, vol. 1, p. 658.

<sup>41</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. Malheiros, 1997 p. 297-298.

prol da coletividade, sendo irrevogável o ato que haja criado direito<sup>42</sup>, mesmo que no futuro seja alterado ou revogado o comando legal instituidor do aludido direito.

Sobre o desfazimento dos atos administrativos que já radiaram seus efeitos, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>43</sup> observa que a anulação não apaga as conseqüências internas já produzidas:

“O desfingimento, anulando relações, tornando a ato ineficaz, não apaga conseqüências, nem anula efeitos produzidos, pois os atos em começo de execução ou executados “são considerados como irrevogáveis” tendo em conta condições materiais e o tempo de vigência”.

Por já estarem catalogados à parte os atos consumados em prol dos administrados de boa-fé, Celso Ribeiro Bastos<sup>44</sup>, citando Seabra Fagundes, dissecou a teoria das nulidades nos ramos privado e público, sob o seguinte enfoque:

“145. Seabra Fagundes, ante a distinta função da teoria das nulidades nos dois ramos do Direito, também rejeita a dicotomia encontrada no Direito Privado. Observa que neste a finalidade é sobretudo ‘restaurar o equilíbrio individual violado’; daí serem limitados os interesses atingidos pela fulminação do ato. Pelo contrário, no Direito Público são afetados múltiplos sujeitos e interesses. Então, o interesse público ferido por ato ilegítimo às vezes sê-lo-ia mais gravemente com a fulminação retroativa do ato ou até mesmo com sua supressão”.

No palco do saber, não se pode deixar de registrar a ótica autorizada de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>45</sup>, que se perfilha à corrente dos ilustres doutrinadores já citados:

“A anulação feita pela própria Administração independe de provocação do interessado, uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância.

O aspecto que se discute é quanto ao caráter vinculado ou discricionário da anulação. Indaga-se: diante de uma ile-

galidade, a Administração está obrigada a anular o ato ou tem apenas a faculdade de fazê-lo (...).

Para nós, a Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão”.

Da mesma forma, Lúcia Valle Figueiredo ensina:

“Destarte, por força de erro administrativo, podem surgir situações consumadas, direitos adquiridos de boa-fé. Diante das situações fáticas constituídas, rever tais promoções (hipótese considerada) seria atrair com princípios maiores do ordenamento jurídico, sobretudo com a segurança jurídica, princípio maior de todos, sobre o princípio, como diz Norberto Bobbio<sup>46</sup>.”

E José Frederico Marques<sup>47</sup>, se filiando à corrente citada, adverte que “o limite imposto à revogabilidade está no respeito aos direitos subjetivos perfeitos criados pelo ato administrativo”.

No mesmo contexto, a jurisprudência constituiu elemento sólido que preserva a boa-fé do administrado e convalida o ato já praticado sob este manto:

“O Poder Público atentaria contra a boa-fé dos destinatários da administração se, com base em suposta irregularidade, por ela tanto tempo toleradas, pretendesse a supressão do ato<sup>48</sup>”.

“Não se compatibiliza com o ordenamento jurídico, notadamente com seu objetivo de dar segurança e estabilidade às relações jurídicas, o ato da Administração que, fundado unicamente em nova valoração da prova, modificou o resultado da decisão anterior(...)<sup>49</sup>”.

Como se vê, tanto a moderna doutrina, como a jurisprudência dominante, orientam, de

<sup>42</sup> Cf. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: “são irrevogáveis os atos administrativos legais que tenham criado direitos.” (*Atos administrativos*. Saraiwa, 1980. p. 174)

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, p. 294.

<sup>45</sup> *Direito Administrativo*. 5. ed. Atlas, p. 195.

<sup>46</sup> *Curso de Direito administrativo*, 1994, p. 151.

<sup>47</sup> *RDA*, n. 39, p. 18.

<sup>48</sup> *Ap. Em MS nº 90.04.06891-0-RS. RTRF-4*, n. 6, p. 269.

<sup>49</sup> *Remessa ex-officio nº 89.04.10525-0-RS. RTRF-4*, n. 9, p. 182.

modo firme e consensual, no sentido de que, em face do caso concreto, pode acontecer que situações resultantes de ato administrativo, embora nascidas “irregularmente” pela ótica da Administração, se tornem úteis ao interesse público.

No caso *sub examem*, todos os direitos auferidos pelos servidores do Bacen foram conquistados por força do vínculo legal existente entre as partes que o tempo não permite apagar.

Destarte, não se admite na doutrina e na jurisprudência que na anulação do ato administrativo, que já tenha gerado direitos aos beneficiários de boa-fé, acarrete instabilidade jurídica aos mesmos<sup>50</sup>, imperando o princípio clássico de que “a parte útil não deve ser afetada pela inútil” (*utile per inutile non vitiatur*).

Portanto, a manutenção das vantagens auferidas no decorrer do tempo não podem ser subtraídas sob o pálido argumento de que a declaração de inconstitucionalidade do art. 251 da Lei nº 8.112/90 possui o condão de refazer todos os atos já sepultados pelo tempo.

Como visto, existe limite para revogação do ato administrativo quando este invade a subjetividade dos direitos adquiridos pelo labor dos anos. Até mesmo com a modificação de interpretação ou a anulação de um comando legal, não se afigura como lícito desprezar a consumação de situações jurídicas que foram estabelecidas por força de vínculo trabalhista existente entre os servidores e o Bacen. Todos os direitos que foram consumados pela fruição do tempo de serviço colocado à disposição do ente público não podem ser desconsiderados, como se no intervalo de janeiro/91 até agosto/96 não existisse.

Sobre os limites da faculdade da revisão dos atos administrativos consolidados pelo transcurso do tempo, a doutrina estrangeira também traça a fronteira de atuação da Administração Pública, que segundo Eduardo García de En-

<sup>50</sup> J. Cretella Jr. cita ponto de vista do jurista italiano Fragola, no seu consagrado *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*: “Assim como a terapia estuda os meios de cura das doenças dos seres, ou seja, das curas possíveis para sanar, atenuar ou eliminar os males, isto é, com a finalidade de depurar os organismos doentes e conservá-los ainda com vida, assim também, a ordem jurídica, por motivo da economia dos valores jurídicos já produzidos, prepara ou possibilita determinados instrumentos terapêuticos para a cura dos atos jurídicos inválidos.”(op. cit., 1992. Forense, p. 298)

terria:

“Todo el tema de la revocación de actos administrativos por motivos de legalidad es en extremo delicado, en cuanto que atenta contra las situaciones jurídicas establecidas. El enfrentamiento entre los dos principios jurídicos básicos, de legalidad, y de seguridad jurídica, exige una gran ponderación y cautela a la hora de fijar el concreto punto de equilibrio, que evite tanto el riesgo de consagrar situaciones ilegítimas de ventaja como el peligro opuesto al que alude la vieja máxima *summum ius, summa iniuria*”<sup>51</sup>.

Exatamente para manter sólido o ato administrativo, sem que o mesmo sofra alterações em face do processo hermenêutico alterado pela nova interpretação, o imortal Mauro Cappeletti averba em laço de extrema felicidade que:

“...e talore anche in materia amministrativa, si è preferito rispettare certi “effetti consolidati” (tra i quali emerge particolarmente l’autorità della cosa giudicata) prodotti da atti basati su leggi in seguito dichiarate contrarie alla Costituzione: e cio in considerazione del fatto che, altrimenti, si avrebbero troppo gravi ripercussioni sulla pace sociale, ossia sull’esigenza di un minimo di certezza e di stabilità dei rapporti e situazioni giuridiche”<sup>52</sup>.

A teoria da irrevogabilidade dos atos administrativos apareceu no direito português por formulação da Resta – La Revoca Degli Atti Amministrativi, nº 44 –, sendo dissertado por José Robin de Andrade:

“Efectivamente, se alguma razão há para recusar a possibilidade de revogação de actos de execução instantânea, cujos efeitos se achem esgotados, essa razão – o esgotamento de efeitos ao tempo de pretensa revogação – pode aplicar-se inteiramente aos actos de execução duradoura cujos efeitos se tenham já totalmente produzido”<sup>53</sup>.

Na trilha consagrada, o inolvidável Garcia

<sup>51</sup> *Curso de Derecho Administrativo*. 7. ed. Madrid : Civitas, p. 636.

<sup>52</sup> *Il controllo giuddiziaro di costituzionalità delli leggi nel diritto comparato*. Milano, 1978. p. 113-115.

<sup>53</sup> *A revogação dos atos administrativos*. 2. ed. Coimbra, p. 29.

de Oviedo<sup>54</sup> arremata:

“Normalmente la revocación extingue el acto administrativo *ex nunc* pues se protege la confianza del destinatario en la duración del acto. Ahora bien, esa protección no se otorga al que provocó el acto aplicando medios ilícitos, y en tales casos el acto puede ser revocando con efecto *ex tunc*”.

A seguir, o citado mestre discorre sobre a convalidação do ato nulo, com o intuito de manter acesos a credibilidade e o respeito dos atos já consumados:

“En otros casos, sin embargo, la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan”<sup>55</sup>.

Para finalizar, não se pode deixar de registrar o pensamento de Kelsen, de que no mundo jurídico não existem atos nulos pelo fato de toda norma jurídica ser válida, até que seja anulada, tendo o efeito futuro. Mais uma vez é de se abrir parênteses para se registrar a opinião autorizada da ilustre Maria Isabel Gallotti<sup>56</sup>, que, ao discorrer sobre o posicionamento idealizado por Hans Kelsen, averba:

“Uma norma jurídica, em regra, é anulada com efeitos para o futuro, mas o ordenamento jurídico pode estabelecer que a anulação opere retroativamente, hipótese em que se costuma caracterizar, de forma incorreta, a norma como nula *ab initio* ou nula de pleno direito”.

Após os sólidos posicionamentos jurídicos declinados, constata-se que a hermenêutica que foi fator determinante na matéria da aquisição de direitos e obrigações não pode ser maculada 6 (seis) anos após sua vigência pela declaração de inconstitucionalidade do art. 251 da Lei nº 8.112/90, que não possui a força retrooperante de invalidar atos já praticados. Há que se ter temperamentos ao efeito *ex-tunc* da ADIn em comento, face a mesma não ter como ressuscitar os anos já exauridos pela radiação de efeitos no tempo e no espaço.

## 5. Da Medida Provisória nº 1.535-7, de 11 de julho de 1997

O Chefe do Executivo baixou a Medida Provisória nº 1.535/96, que vem sendo renovada

<sup>54</sup> *Derecho Administrativo*. Madrid : Ed. E.I.S.A. v. 2. 1968. p. 123.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> *RDA*, n. 170, p. 20.

mensalmente com intuito de regulamentar a aplicação do Regime Único aos servidores do Bacen, em face da declaração de inconstitucionalidade do art. 251 do aludido estatuto.

Ao regulamentar o imperativo constitucional embutido no artigo 39 da Constituição Federal, disciplinando a incidência do Regime Jurídico Único, a Medida Provisória *sub-oculis* trouxe consigo situações inusitadas e ilegais, tendo em vista disciplinamento *contra legem*, altamente comprometido, por divorciar-se da legalidade capitulada no *caput* do art. 37 da CF, e criando posicionamentos insubsistentes.

Isto porque a medida provisória em comento deveria ater-se em adaptar a situação nova (enquadramento na Lei nº 8.112/90), sem que fossem sangrados os direitos adquiridos pelos servidores do Bacen e a consumação das vantagens auferidas *pro labore facto*. Qualquer ponto de vista legal que não convalide os atos praticados de boa-fé tanto pela Administração como pelos servidores do Bacen, atenta contra a regra básica que restrinja os princípios *pro libertate*, *pro activitate* em favor *libertatis*.

Assim, para não fugir do *thema*, mister se faz que em uma análise suscinta e objetiva se exponha alguns dos dispositivos que atentam contra os direitos e garantias individuais dos servidores públicos.

De início, constata-se que o art. 14 da MP nº 1.535/96, renovada todo mês, criou um “divisor de águas” nas aposentadorias, ou seja, aqueles que se inativaram até 31 de dezembro de 1990 são considerados como detentores de aposentadoria previdenciária, ficando o Banco Central do Brasil como responsável em relação a esses ex-empregados no que concerne à condição de patrocinador da Fundação Banco Central e Previdência Privada (Centrus):

“Art. 14 - São mantidas as cotas patrimoniais relativas a complementações previdenciárias devidas aos empregados do Banco Central do Brasil que se aposentaram sob Regime Geral de Previdência Social até 31 de dezembro de 1990, bem como todas as responsabilidades do Banco Central do Brasil em relação a esses empregados, inerentes à condição de patrocinador da Fundação Banco Central de Previdência Privada (Centrus)”.

O direito à aposentadoria, no dizer de Carlos Maximiliano<sup>57</sup>,

“é um instituto de previdência social criada para evitar que a miséria surpreenda os velhos servidores do Estado, quando impossibilitados de trabalhar (*Comentários à Constituição Brasileira*”, Rio, 1918, nota ao art. 75)”.

Sob o prisma constitucional, o instituto da aposentadoria não foi contemplado na Constituição Imperial de 1824, vindo após, com a instituição da República, onde o texto de 1891 dispunha em seu art. 75: “A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação”. Nasceu, portanto, o instituto, de forma modesta e acanhada, limitando à apenas aos casos de invalidez. Apesar de tudo, foi o início do reconhecimento de que a aposentadoria do servidor público deveria estar no contexto constitucional, por ser uma garantia geral para àquele que laborou anos de sua vida em prol de uma coletividade.

Nesse rumo, a Constituição de 1934, no seu art. 170, além de criar a aposentadoria compulsória para os funcionários que completassem 68 (sessenta e oito) anos de idade, disciplinou a aposentadoria por invalidez, declinando quais os casos que seriam contemplados com os vencimentos integrais. A omissão ficou apenas para a aposentadoria voluntária, que não era prevista.

Contudo, pela Constituição de 1946, o Brasil voltou a filiar-se ao Estado de direito, vindo à tona feições contemporâneas para o instituto da aposentadoria. Tanto é assim, que em seu artigo 191 já continha as três espécies de aposentadoria que ainda vigoram (compulsória, por invalidez e voluntária). Por sua vez, o art. 192 do aludido Texto Maior mandou computar integralmente o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal, para fins de aposentadoria e de disponibilidade, sendo certo, que o art. 193 determinava expressamente a revisão dos proventos sempre que, “por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade”.

Entretanto, as Constituições de 1967 e 1969 não discrepam das anteriores no que concerne

<sup>57</sup> MASAGÃO, Mario. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 212.

à regra geral dos três tipos previstos de aposentadoria, freando, contudo, os incentivos financeiros às mesmas, ou como diz Dallari<sup>58</sup>:

“...um cuidado em evitar o alargamento dos benefícios e a concessão de incentivos à aposentação, cuidando, também, de refrear ou conter as revisões ou reajustes de proventos”.

Como o § 2º do art. 102 da Constituição de 1967/1969 ressaltava que nenhum provento de inatividade poderia exceder a remuneração percebida pelo servidor em atividade, o aposentado se viu em um verdadeiro caos estipendial, onde a aposentação era o verdadeiro calvário, pois o descanso forçado ou voluntário transmutava-se em verdadeiro sofrimento. Inobstante esse fato, com o “divisor de águas” existente, nas aposentadorias (celetistas e estatutárias), a disparidade ainda era mais gritante, pois o detentor de emprego público que não tivesse a suplementação dos seus proventos pagos pela previdência complementar, caso do INSS, Sunab, IBC etc, estaria no total ostracismo, porque a aposentadoria previdenciária no curso dos anos se revelou em um sistema altamente insólito e insubsistente, onde o assistido, na prática, era totalmente desassistido. Já o aposentado estatutário, apesar de não evoluir na aposentadoria, recebia seus proventos com base no que percebia quando se aposentou.

A história demonstrou que o sistema existente no cenário constitucional era totalmente penoso para o servidor inativo, em face do decréscimo sofrido pelo mesmo.

Assim, coube ao constituinte moderno acabar com as discrepâncias, resgatando a dignidade do servidor aposentado que, de uma hora para outra, teve os seus proventos equiparados aos seus pares em atividade, *independentemente da data da concessão do benefício*, em face do determinado expressamente no artigo 20 do ADCT, que conferiu efeito retrooperante ao § 4º do art. 40 da CF. Explicando melhor: tanto faz o servidor inativo ser detentor da aposentadoria inerente ao emprego público, que juntamente com o seu par titular da aposentadoria estatutária receberão seus proventos com base no que receberiam se estivessem em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclu-

<sup>58</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990. p. 105.



sive se decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, em perfeita sintonia com o disciplinamento do Texto Magno.

Feito este registro, não se pode admitir que o art. 14 da Medida Provisória nº 1.535 faça distinção de aposentadorias, determinando que os que se inativaram até 31.12.90 pelo regime da CLT recebam seus proventos suplementados pela Centrus. Ora, o sistema de aposentadoria atual não comporta a vinculação a determinado plano atuarial, face a equivalência ser à remuneração recebida se o servidor estivesse em atividade.

Por outro lado, se na atividade o Regime Jurídico é único (art. 39, da CF), como pode na inatividade ser diverso?

A resposta pode ser observada pelo julgamento da Apelação Cível nº 24024-AL, em que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região<sup>59</sup>, em laborioso julgado, deixou bem claro que a Lei nº 8.112/90 extinguiu a distinção entre estatutário e celetista:

“CONSTITUCIONAL. APOSENTADORIA. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL SOB REGIME CELETISTA BENEFÍCIO DO ART. 40, PARÁGRAFO 4º, DA CONSTITUIÇÃO. REGIME JURÍDICO ÚNICO.

A Lei nº 8.112/90, que criou o Regime Jurídico Único, extinguiu a distinção entre estatutário e celetista.

O § 4º do art. 40, da Constituição, aplica-se aos servidores públicos, mesmo aposentados, sob o regime da CLT, pouco importando se o ato da aposentação ocorreu antes da sua vigência.

Vantagem prevista no art. 192 da Lei 8.112/90, procedência”.

Com o mesmo brilho, o Tribunal Regional Federal – 2ª Região também teve a oportunidade de sedimentar a matéria, como se constata no laborioso voto do ex-Desembargador Sérgio D’Andréa Ferreira<sup>60</sup>, na apelação cível nº 7831/RJ, que ficou assim ementada:

“DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. Alçada. Superveniência das disposições do art. 40, § 4º, da CF, e do art. 20 do ADCT. Questão que se tornou constitucional, razão por que se faz irrelevante o valor da causa. Incidência con-

junta dos dois dispositivos, para, com eficácia financeira a partir de 5.10.88, passarem a favorecer os já inativados àquela época, as decorrências pecuniárias das modificações que beneficiaram os seus colegas ativos e que não os atingiram por força do entendimento constitucional anterior”.

Portanto, não poderá haver distinção de aposentadorias, ou seja, tanto os que se aposentaram antes de 31.12.90, como os que se desligaram posteriormente a esta data, fazem jus ao recebimento dos seus proventos pagos pelos cofres do Bacen, em conformidade com todo disciplinamento constitucional da matéria, que manda rever as aposentações anteriores, para que as mesmas, em cento e oitenta dias contados a partir da promulgação da Constituição Federal, fossem ajustados ao disposto na Carta Magna.

Dentro deste contexto, o art. 189 da Lei nº 8.112/90 se encaixa perfeitamente no estipulado no art. 40, § 4º da CF, o que significa dizer que a equiparação das aposentadorias é imperativo legal, independentemente do regime pelo qual embrionariamente se deu a aposentação.

Dito isto, afigura-se como inconstitucional o procedimento que mantém a aposentadoria celetista do Bacen disassociada dos padrões regentes da estatutária. Sendo certo que os detentores da aposentadoria celetista possuem direito garantido pela Constituição Federal de receberem seus proventos em sintonia com o cargo exercido pelo seu paradigma ativo, devendo o Bacen ser o responsável pelo pagamento dos seus estímulos.

Nessa linha de raciocínio, os que se inativaram antes de 31.12.90 também fazem jus ao pagamento referente à devolução patrimonial e às contribuições efetuadas para a Centrus, em igualdade de condição com os seus pares aposentados regidos pelo Estatuto do Funcionário Público. Isto porque o Bacen está devolvendo a respectiva parcela financeira para os seus servidores que se aposentaram ou estão no serviço ativo, *limitando* tal vantagem para os contemplados com a aposentadoria estatutária, deixando os servidores que se desligaram do serviço ativo até 30.12.90 fora do alcance da respectiva parcela financeira.

Esta omissão dos inativos celetistas é danosa e detrimetosa, abrindo o leque para o questionamento judicial, pois não se admite, em hipótese alguma, que o ente público distinga os iguais perante a lei, em total afronta ao

<sup>59</sup> 93.05.08441-9. Relator: Juiz Rivaldo da Costa. DJU, p. 38391, 17 set. 1993.

<sup>60</sup> TRF. 2ª Região. 2ª Turma Ap. Cível 7831/RJ (90.02.08175-8). DJ, 26 out. 1993. Relator: Desembargador Sérgio D’Andréa Ferreira.

*caput* do art. 5º da CF, que não permite que haja tratamento antiisonômico no presente caso.

Por outro lado, o art. 18 da Medida Provisória nº 1.535/96 concede o enquadramento a partir de 1º de dezembro de 1996 para os ocupantes dos cargos de técnicos do Banco Central e de Auxiliar, que foram transpostos, respectivamente, nos cargos de Analista e de Técnico de Suporte da Carreira de Especialista do Banco Central do Brasil e os servidores ocupantes do cargo de Procurador do Bacen que foram enquadrados no cargo de Procurador da carreira jurídica da aludida autarquia, observado o posicionamento constante do Anexo VI.

Ora, tal dispositivo legal é de extrema singularidade, eis que conferiu “temperamentos” a ADIn 449-2/DF, pelo fato de o enquadramento dos respectivos servidores do Bacen ter sido efetuado a partir de 1º de dezembro de 1996, e não com data retroativa a janeiro/91, o que significa dizer que o efeito da decisão judicial em debate foi tido como *ex-nunc* e não *ex-tunc*. Tal posicionamento vai de encontro com a conveniência do estado fático que imperava quando da declaração de inconstitucionalidade *sub-oculis*, sendo temerário não se conferir o aludido “temperamento”, em face do transcurso dos anos e a cristalização de direitos intransponíveis.

Após este importante registro, constata-se que o artigo 19 da citada MP garante que os vencimentos recebidos pelos servidores do Bacen, no período de 1.1.91 até 30.11.96, quando excedam os valores dos vencimentos devidos aos integrantes do Plano de Classificação de Cargos de que trata a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, são considerados como *pro labore facto*, como já dito anteriormente. Na prática, é o reconhecimento da convalidação do transcurso dos anos laborados pelos servidores do Bacen. Nada mais justo e legal do que o reconhecimento em tela.

Todavia, o § 1º do art. 19 condiciona ao servidor público do Bacen o direito de requerimento, até o dia 31 de janeiro de 1997, sob pena de decadência, para que seja feita revisão de valores recebidos conforme previsto no *caput* quando, para efeito de acerto de contas seus pagamentos, direitos e obrigações serão revisados segundo a tabela de vencimentos aplicada aos servidores do Plano de Classificação de Cargos de que trata a Lei nº 6.645/70, devendo, se for o caso, o débito ser quitado de forma definitiva, tanto pelo servidor quanto pelo Ba-

cen, ficando imunes apenas os casos decorrentes de revisão judicial, provisória ou definitiva (§ 2º).

Ora, tal dispositivo legal conflita com o *caput* do art. 18, eis que enquadra os servidores do Bacen a partir de 1º de dezembro de 1996, deixando de conceder efeito retroativo, que tecnicamente significa dizer que não teria a retroatividade prevista no *caput* do art. 19.

Inobstante este fato, nenhuma lei pode restringir ou excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV do art. 5º, da CF), o que significa dizer que o prazo de decadência preconizado pela MP é inconstitucional, pois se trata de direito e garantia fundamental de acessibilidade ao Poder Judiciário, que é inderrogável.

Por outro flanco, o artigo 21 da MP supramencionada, ao determinar as contas entre o Bacen e seus servidores, incluiu as parcelas não recolhidas ao Plano de Seguridade Social. Ora, tal desconto também é inconstitucional, pelo fato de ter sido instituído pela Medida Provisória nº 1.415, de 29.4.96, quando a Constituição Federal impõe que seja por lei complementar.

Colocado este ponto jurídico sob testilhas do Poder Judiciário, o Sindicato dos Servidores do Bacen (Sinal) ingressou com a Ação Ordinária nº 97.0071840-9, distribuída para a 17ª Vara Federal, sendo deferida antecipação de tutela pelo emérito Juiz Titular Dr. Wanderley de Andrade Monteiro:

“Após a Carta Magna de 1988, as contribuições sociais e parafiscais em geral possuem natureza jurídica tributária, consoante se conclui da interpretação dos arts. 146, III, 149, I e III, 195, § 9º.

A medida provisória é inadmissível como processo legislativo para exigir qualquer espécie tributária, porquanto ser necessário se aplicar o princípio da legalidade estrita e porque não se conforma com os ditames do Sistema Tributário que vincula os tributos instituídos por lei complementar ao regime da anterioridade por ano ou da anterioridade de 90 (noventa) dias, como é o caso das Contribuições Sociais.

A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (art. 67 da Constituição Federal).

Nesse sentido é o entendimento do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, pelo voto do Exmº Sr. Dr. Juiz Nelson Gomes da Silva, conforme Ementa, *verbis*:

APOSENTADOS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL CRIADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1415/96.

1. Para que possam servir de instrumento hábil à criação das contribuições sociais previstas no art. 195 e §§, da CF/88, as Medidas Provisórias deverão se converter em lei no prazo de trinta dias. Sob pena de, perdendo a eficácia e saindo do mundo jurídico, não viabilizarem o vigor necessário às contribuições sociais, pois estas somente o adquirem após o transcurso do prazo de 90 (noventa) dias contados a partir da publicação da lei (ou medida provisória) que as houver instituído.

2. A reedição de uma medida provisória não tem condão de reipristinar aquela que perdeu a eficácia, pois, somente o Congresso Nacional pode disciplinar as relações jurídicas decorrentes das medidas provisórias que não se converteram em lei no prazo de trinta dias.

3. Somente quando a Medida Provisória nº 1.415, que vem sendo reeditada mensalmente, se converter em lei é que serão criadas, validamente, as contribuições sociais sobre os proventos dos aposentados, e, então, poderão ser exigidos após o decurso do prazo nonagesimal contado da data da publicação da última medida provisória convertida em lei.

4. Agravo provido” (SS nº 6.01.24824 [AgRg] - 2 - DF e SS nº 96.01,28717 [Ag. Rg] - 9 - DF. DJ de 7.10.96, Seção 2, p. 74.894).

Na trilha da ilegalidade, a MP em questão defere o levantamento do FGTS dos ex-empregados do Bacen de competência até 31.12.90, atualizados até a data do saque, indisponibilizando, contudo, os depósitos efetuados em janeiro/91 até agosto/96, em total desprezo ao direito adquirido e à cristalização das vantagens *pro labore facto*, que inclusive é admitida no *caput* do artigo 9º da respectiva norma legal. Ora, não há como se entender como lícito e *razoável* que se estipule a devolução de parcela fundiária quando ela é acessória dos vencimentos recebidos no mesmo período e este é tido como irretirável por ser *pro labore facto*. É um total contra-senso, que não se reveste de contornos jurídicos, por ser totalmente ile-

gal fazer este complicado “divisor de águas”, como exaustivamente exposto anteriormente.

Por igual, o famigerado § 5º do art. 21 da MP nº 1.535 é o verdadeiro “verdugo” da estabilização da situação fática consumada, fruto da relação jurídico-funcional existente, pois de forma descompassada com a legalidade impõe aos inativos, como também aos servidores exonerados ou demitidos titulares de contas vinculadas ao FGTS, que realizaram saques de saldos constituídos por depósitos efetuados pelo Bacen, de competência após 31 de dezembro de 1990, indenização à respectiva Autarquia (???). É o fim do fim. Não é possível que em pleno século XX, onde o Estado democrático de direito reina em quase todos os países desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, constate-se norma de tamanha violência, que sorrateiramente invade o ato jurídico perfeito e a consumação dos direitos adquiridos. Como já narrado em tópico próprio, o servidor que recebe vantagem de boa-fé está imune às devoluções futuras, por não ter contribuído para o cometimento de erros ou de equívocos no ato da concessão da vantagem. Devolver parcela recebida de boa-fé fere a razoabilidade imperativa de determinado momento jurídico, que atraiu os servidores a se engajarem no que lhes foi oferecido.

A medida provisória *sub-oculis* alterna momentos que cristaliza as vantagens *pro labore facto*, ao passo que em outras oportunidades lhes nega o valor jurídico, como nas devoluções de saldos do FGTS posteriores a 31.12.90. Tanto é assim que o art. 23 da norma citada reconhece os *anuênios adquiridos* pelos servidores do Bacen no regime celetista como transformados em Adicional por Tempo de Serviço, conforme disposto no artigo 67 da Lei nº 8.112/90.

Nesse quadro, todas as vantagens recebidas *pro labore facto* deverão guardar sintonia com o tratamento igualitário que o princípio impõe aos servidores de usufruírem do mesmo tratamento legal, otimizado pela nova situação jurídico-funcional.

Assim, a transformação do emprego em cargo público não possui o efeito de apagar o que foi adquirido no curso da relação jurídico-funcional passada, em face da nova relação ter que ser benéfica para todos os servidores do Bacen, sem exceção de tempo ou de regime jurídico, em total e estreita identidade com a norma constitucional.

Se o Chefe do Executivo não alterar os pon-

tos falhos da MP nº 1.535, certamente estará deixando arestas a serem aparadas pelo Poder Judiciário que, em nome da legalidade, saberá

ser o “fiel da balança” no resgate do Estado de direito que deve reinar na relação dos administrados com a Administração Pública.

# Uma visão do Direito: Direito Público e Direito Privado

SEBASTIÃO ALVES DOS REIS

O Direito é um fato histórico-cultural, dinâmico e dialético, que se forma e se desenvolve, estrutura-se e aperfeiçoa-se, multifurca-se, em um esforço permanente, no tempo e no espaço, modelando-se numa unidade sistemática, num todo orgânico, refletindo a vida do homem em sociedade, na sua homogeneidade e diversificação.

Configura uma realidade humana e universal, ordenada normativamente, objeto de conhecimento científico, enquanto fato social, bem como filosófico, enquanto idéia, conceito, produto da razão, do sentimento de justiça, da consciência e experiência jurídica, enfim, o Direito na sua imanência e transcendência, na sua ontologia e nos seus valores. Seus desígnos consistem na disciplina da convivência social e da conduta do homem, enquanto membro da sociedade política, a realização dos compromissos com os ideais de justiça e de respeito à dignidade humana, sendo de acentuar-se que a experiência jurídica desdobra-se, amplia-se, afirma-se e reafirma-se numa tensão contínua de valores, que se implicam e se exigem, numa íntima correlação, num nexó lógico entre o Direito e a vida.

No seu processo institucional e sociológico de criação e de evolução, na sua elaboração científica e construção lógica, na sua fenomenologia geral, exposto às transformações políticas, culturais e sócio-econômicas, em diferentes épocas e lugares, o Direito, alterando teses e antíteses, compondo sínteses, estrutura-se em princípios induzidos do seu sistema orgânico, formula regras dispositivas e coativas, modela, formal e materialmente, seus institutos, normatiza fatos e valores, concebe doutrinas que o informam e edita jurisprudência que o fecunda e renova.

Sebastião Alves dos Reis é Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Professor aposentado da Faculdade de Direito da UFMG, Membro do Conselho Superior do Instituto dos Advogados – MG, Membro da Academia Internacional de Direito e Economia e Presidente do Centro Jurídico Brasileiro (CJB).

Nesse quadro, prevendo e provendo, sus-tenta-se na sua validade, vigência e eficácia, na sua efetividade, na certeza e na segurança jurídica que oferece, concretiza-se, em densificação crescente, na lei, na sentença, nos atos de governo e de administração, nos ajustes entre as partes, regula as relações *hominis ad hominem*, interesses e negócios, e, em tentativas múltiplas, procura adequar-se às novas realidades circundantes, para o que suscita reflexões renovadas que o enriquecem e atualizam.

Ou, em outras palavras, a vivência jurídica é um momento significativo da experiência do homem, nos vários estágios da civilização e da cultura, constituindo sempre o Direito uma realidade *in fieri*, em constante “vir a ser”, espelhando as incertezas e oscilações do homem, frente aos desafios que se lhe antolham, em demanda da racionalização do poder político, das limitações da *potestas* estatal, da realização das liberdades públicas e da afirmação da consciência da constitucionalidade e da cidadania, da construção de uma sociedade livre, solidária e justa, numa visão.

Aliás, Cícero (*Da República*, livro III) já advertira-nos acerca das mutações históricas do Direito, em função das tendências e necessidades de cada povo e época, consoante já o fizera Aristóteles, em *A Política* (IV a IX).

Nessa moldura do *cosmos* jurídico, insere-se a tradicional *divisio* do Direito em Público e Privado, formulada em Roma por Ulpiano, repetida nas *Institutas*, de Justiniano (I, I § 4º), adaptável à sociedade e ao espírito de então, fragilizada na Idade Média, em razão das peculiaridades do regime feudal, em que os “direitos da realeza” se confundem com o *bonum commune*, teorizada no Renascimento, afirmada e reafirmada, sob vários critérios, a partir do século XIX, sem embargo das impugnações que se lhe opuseram respeitadas juristas.

Detendo-se nessa concepção dual do Direito, inicialmente, é de assentar-se que, à luz do pensamento geral de seus doutrinadores, a tese não conflita com a visão do Direito como um complexo orgânico, inteiro e coerente, sendo de anotar-se que sua aceitação não implica em seccionar o estudo do direito em duas disciplinas autônomas, em duas áreas estanques, incomunicáveis. Antes, cuida-se de uma ótica em que, substancialmente, consideram-se dois aspectos básicos de uma só ciência jurídica, duas perspectivas de uma realidade una e solidária. São dois domínios que se compenetraram, embora informados por

diretivas gerais próprias, atestando a experiência jurídica, no curso do tempo, a interação ocorrente nos dois círculos, manifestada na interpenetração de princípios, de institutos, de modelos e procedimentos, processando-se uma verdadeira “migração de idéias” entre as duas esferas, para usar a expressão do Professor Edgar Godói Mota Machado, bastando para tanto lembrar a influência recíproca que se processa entre o Direito Constitucional – Direito Público por excelência – e o Direito Civil, por excelência Direito Privado.

Prosseguindo, afirmam, ainda que se admita, apenas para argumentar, que a dimensão pertinente aos dois territórios não seja captável *a priori*, em razão, principalmente, da organização político-jurídica de cada povo e sua problemática econômico-social e cultural, não menos certo é que, em toda ordem jurídica ampla e complexa, haverá sempre temas que, pela sua própria índole ou por força do direito positivo, serão qualificáveis num ou noutro setor.

Correlatamente, embora variável o conteúdo da matéria apropriada a uma ou outra área e levando-se em conta as dificuldades técnicas no estabelecimento de fronteiras entre os dois segmentos, a tese da bifurcação tem sobrevivido, no curso do tempo, apoiada, em geral, por juspublicistas e jusprivatistas, como princípio relevante por seus fundamentos, sua utilidade prática, metodológica e didática.

Ocorre, todavia, que os partidários da tese dicotômica, quando procuram construir o critério técnico distintivo, divergem na sua fundamentação, levantando ampla controvérsia, sendo ilustrativo, a esse respeito, frisar-se que Hollinger, em 1904, arrolou 114 critérios. Roubier refere-se a 17 (MACHADO, Edgard G. Mota, *Elementos da Teoria Geral do Direito*, p. 160), Pontes de Miranda alude a mais de 20, Mota Machado noticia 9, enquanto outros reduzem a enumeração a itens mais simplificados.

Fixando-se, nesse particular, numa visão geral de início, como atrás anotado, é de assentar-se que a teoria das *duae positiones* é atribuída a Ulpiano, em texto acrescido de interpolações, segundo o qual o Direito Público diz respeito ao Estado Romano (*quod ad statum rei romanae spectat*) e o Privado, aos interesses dos indivíduos singulares (*quod ad singulorum utilitatem*). A tese ressurge, mais tarde, na teoria dos “interesses protegidos”, conforme a qual as normas que protegem o interesse

público pertencem à órbita publicística, cabendo ao campo privatístico as que disciplinam interesses dos indivíduos. Esse pensamento é revigorado na teoria do “interesse predominante” orientada no sentido de que a norma se insere no Direito Público, quando protege direta e imediatamente o interesse público e só indireta e mediadamente o interesse particular, invertendo-se o raciocínio, quando a norma é de Direito Privado, tudo na dependência da intensidade ou densidade do interesse prevalente.

Tentativa de inserção no direito positivo do núcleo dessa ótica vamos encontrá-la no Projeto do Código Civil francês (*Livre Preliminaire*), o qual, após acentuar que as leis, quaisquer que sejam, interessam ao mesmo tempo ao setor público e privado, frisa que as que interessam imediatamente à sociedade (*plus immédiatement à la société*) formam o Direito Público, tocando ao Direito Privado as que interessam mais imediatamente aos indivíduos (*plus immédiatement aux individus que la société*).

De outro lado, cabe trazer à colação a corrente teleológica, preocupada com a finalidade da norma: se o destinatário é o Estado, a situação é de Direito Público, se é o indivíduo, enquadra-se no terreno privatístico. Avizinha-se dessa perspectiva, a orientação voltada para a *mens legis*, consoante com a qual a nota distintiva coloca-se no escopo direto da lei, se a utilidade pretendida é pública ou privada.

Cogita-se também a teoria da patrimonialidade e, em sua consonância, inclui-se no âmbito privatístico os direitos materialmente avaliáveis, e, no publicístico, os despídos desse caráter.

Certos historicistas sustentam a convicção de que as relações de Direito Público têm em conta a pessoa, enquanto membro da sociedade, e o Direito Privado, o indivíduo, como tal.

Igualmente, há juristas que situam no círculo do Direito Público as relações de subordinação, em que ocorre a presença de dominantes e dominados, exigência de normas imperativas, cogentes, criadoras de deveres, e as de Direito Privado, em que ocorre a presença de pessoas iguais, regidas por normas dispositivas, estabelecedoras de faculdades. Da mesma sorte, para certa doutrina, o relevante é a qualidade dos sujeitos da relação, se um ou ambos estão armados de *jus imperii*, está-se na esfera do Direito Público, se ambos estão despídos dessa prerrogativa, delinea-se a área do

Direito Privado.

Ainda, cabe referir-se à distinção em razão da matéria, vale dizer, se a norma é organizatória de direito, o campo é de Direito Público, se é atributiva de direito, situa-se na órbita de Direito Privado.

De outro lado, registra-se a posição de juristas que admitem a divisão somente na esfera do Direito objetivo, afastando-a do campo do direito subjetivo.

Por fim, resta anotar-se o critério formal, orientado no sentido de que são normas de *jus privatem* aquelas cuja violação dá origem a uma ação privada, de iniciativa do lesado, e de *jus publicum*, se a iniciativa pertence ao Estado *lato sensu*, autorizando atuação *ex officio*.

A bipartição, sob comentário, projeta-se na interpretação e aplicação do Direito, bem como em seus princípios gerais ou específicos, prolongando-se no âmbito dos atos jurídicos e da própria técnica legislativa.

Nessa ordem de idéias, a exegese, na área privatística, tende, precipuamente, ao significado patrimonial da norma, ao seu conteúdo de vontade autônoma, em contraste com os propósitos publicísticos, em que a vontade do indivíduo cede aos imperativos do Estado e da sociedade. Na seqüência desse pensamento, fixando-se no princípio da legalidade, vê-se que sua compreensão no Direito Privado se centra na autonomia da vontade, em ordem a entender-se que será permitido o que não for proibido. Já no Direito Público, realça-se a vontade heterônoma, a sua unilateralidade, no sentido da tese segundo a qual o que não é permitido é proibido, prevalecendo a submissão à lei, podendo a interpretação ser rígida ou ampla, construtiva, em função dos interesses subjacentes, explícitos ou implícitos.

Por igual, o princípio teleológico da finalidade das leis e dos atos jurídicos, em termos gerais, sugere conotações diferentes, numa ou noutra área, pois a ordem privatística tende a realizar livremente o bem jurídico pessoal, particular, gerando direitos disponíveis, ao passo que o Direito Público é vocacionado para os valores comunitários, o bem comum, o interesse coletivo, criando-se aqui poderes jurídicos indisponíveis, poderes-deveres ou deveres-poderes, como prefere Celso Antônio Bandeira De Mello, sendo inválido o desvio ou abuso de autoridade.

Outrossim, as concepções do Estado, na sua estrutura, nas suas funções, na sua filosofia

política e econômico-social, estão mais expostas às transformações correlatas, em função de múltiplos fatores, uns conjunturais, outros institucionais, enquanto as instituições de Direito Privado são mais estáveis, por força de determinantes culturais, ético-religiosas e psicossociais.

Finalmente, na técnica legislativa, no cenário do Direito Público, emprega-se, de preferência, a dicção científica, consagrada na doutrina e na jurisprudência, e no Direito Privado, sobressai a linguagem comum, de mais fácil acesso a seu destinatário – o povo.

Retornando ao tema dos critérios distintivos, observe-se que os modelos diferenciais ali cogitados têm sido objeto de críticas repetidas, seja porque não oferecem tipicidade suficiente para servir de suporte a uma construção científica, seja porque alguns se confundem, no seu conteúdo material, outros, são imprecisos nos seus perfis, às vezes contraditórios, ou incidem, apenas, sobre aspectos formais da juridicidade, circunstâncias que levaram Kelsen a falar em “caos” de opiniões contraditórias e ambíguas.

Continuando, as restrições opostas assumiram maior relevo entre os adeptos da escola monista do Direito, tendo à frente Leon Duguit e Hans Kelsen.

O primeiro – Duguit – levanta objeções significativas, sustentando, em síntese, que não há distinções entre o interesse geral e o particular. As leis, nos dois setores, repousam sobre os mesmos fundamentos, os atos jurídicos respectivos apresentam os mesmos elementos, devem ser examinados com o mesmo espírito e método, concluindo pela aceitação da tese dicotômica, apenas, no campo do direito objetivo, fixando a distinção na sanção, específica para uma e outra órbita (*Traité de Droit Constitutionnel*, v. 1, p. 601 e segs.).

O segundo – Kelsen – parte da sua teoria do direito puro, despidido de elementos extra-jurídicos, reporta-se ao normativismo jurídico e à identificação entre o Direito e o Estado, e, mais especificamente, afirma que denominado Direito Privado se reduz à forma jurídica especial de produção econômica e à distribuição de produtos, num sistema capitalista, e que, numa economia socialista, o modelo seria outro, de acordo com a ideologia política adotada.

À luz desses pressupostos, aponta a divisão em dois ramos como “funesta invasão da política nos domínios do Direito”, inserida num contexto ideológico, inútil à sistematização da

ciência jurídica; sublinhe-se, todavia, que o consagrado jurista do normativismo lógico, mais tarde, já residente nos Estados Unidos, veio a flexibilizar, sob certos aspectos, o seu pensamento básico, a respeito da teoria monista do Direito.

No contexto da tese monista, entre seus partidários, ressaem duas posições polares, uma que reduz todo o Direito ao Direito Público, aos fundamentos de inexistência de oposição entre interesse público e particular, entre Estado e Direito, apresentando os atos jurídicos, em ambas as ordens, os mesmos elementos; e outra que transfere tal redução ao Direito Privado ao argumento de que todo o Direito é vocacionado para o homem, abstrata e concretamente considerado, estando a seu serviço.

As teorizações em torno do tema posto em exame não se exaurem nas cogitações aqui levantadas, projetando-se em outras dimensões, ora propugnando por uma “teoria geral”, construída de conceitos e à atuação em ambos os sistemas, sem prejuízo das diferenças específicas respectivas, ora apontando para um *tertium genus*, além do Direito Público e Privado, atinente a relações jurídicas localizadas em espaço institucional próprio, referidas a um interesse específico – o coletivo – resultante de formações sociais típicas, organizadas em categorias e classes, estruturadas em instituições peculiares, configurando uma zona intermediária em que se situariam ramos de Direito, tais como o do Trabalho, o Econômico, o Social, o Corporativo, o Ambiental, entre outros.

Neste momento histórico em que o universo do Direito se desdobra em especializações emergentes, de integração de povos afins (art. 4º, parágrafo único da Constituição Federal do Brasil, de 1988), quando se institucionalizam ordenamentos jurídicos regionais entre Estados – o direito comunitário – preconizando-se, inclusive, uma jurisdição e uma ordem normativa dotadas de efetividade supranacional; nestes tempos de expansão de mercados; nesta hora em que as relações jurídicas se cruzam e entrecruzam, diversificam-se, ampliam-se; nesta etapa da vida jurídica em que as Constituições e as leis passam a regular a ordem econômica e social, e o Direito Privado sofre transformações extensas e intensas; nesta quebra em que os conceitos técnicos de “interesses difusos”, “interesses coletivos”, “interesses individuais homogêneos” assumem relevo jurídico, quando o modelo individualista do processo recebe o



impacto das ações coletivas, das *class action*, das *representative actions* das *actiones d'intérêt publique*, todo esse complexo de fatores, vistos *sub specie juris*, certamente, suscitará novas reflexões, análises e críticas, acerca dos temas aqui focalizados.

# ***A vertente perturbadora da política externa durante o governo Geisel: um estudo das relações Brasil-EUA (1974-1979)***

ANTÔNIO CARLOS LESSA

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. A natureza conflitiva das relações Brasil-EUA. 3. Relações econômicas. 4. Relações políticas. 4.1. A mediação das divergências (1974-1977). 4.2. Os difíceis anos Carter (1977-1979). 4.3. A distensão necessária (1977-1979). 5. Conclusão.*

## 1. Introdução

A redefinição das relações Brasil-EUA a partir de 1974 constitui o primeiro e mais decisivo passo da política exterior brasileira, iniciada com o governo Geisel<sup>1</sup>.

Essa transformação pode ser expressa não somente com os esforços brasileiros, para estabelecer relações bilaterais em bases mais igualitárias com a potência hegemônica do hemisfério, mas principalmente na determinação de prosseguir na defesa intransigente do que seriam os interesses do país no mundo, em rápido crescimento, ainda que estivessem em choque com os interesses norte-americanos. Pode-se também afirmar que essa redefinição esteve diretamente relacionada com um novo perfil de dependência externa do país e foi caracterizada por uma tendência declinante da participação dos EUA nas atividades econômicas globais do Brasil<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Este artigo é extensivamente baseado em um dos capítulos do meu trabalho *Brasil, Estados Unidos e Europa Ocidental no contexto do nacional-desenvolvimentismo*: estratégias de diversificação de parcerias. Brasília, 1994. 118 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, 1994.

<sup>2</sup> HIRST, Mônica (org.). *Brasil-Estados Unidos na transição democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985. p. 15.

A crescente diferenciação de interesses e percepções entre Brasil e EUA, a respeito de suas respectivas posições no sistema internacional, produziu políticas divergentes e frequentemente conflitivas no plano das relações bilaterais<sup>3</sup>. Em grande medida esse padrão de divergência é decorrente de transformações ocorridas no sistema político brasileiro, a partir da ascensão de Geisel à Presidência da República. O que está estabelecido é um padrão de transição do poder, marcado pela idéia da necessidade de manutenção do projeto político militar, para assegurar sobrevivência à leitura de desenvolvimento nacional implantada nos moldes de uma potência emergente. No período em questão, mas notadamente a partir da administração Médici, observa-se o reordenamento das posições relativas ocupadas pelos três eixos em torno dos quais se articula o processo produtivo brasileiro, quais sejam, a grande empresa internacional, o setor público da economia e o capital nacional não-associado. Será a conjugação dessas três forças que permitirá, no momento seguinte, a gradativa diversificação das relações econômicas externas do Brasil, constituindo a base material da política exterior iniciada com Geisel<sup>4</sup>.

A ação externa de Geisel passou pela re-composição da correlação de forças na estrutura doméstica de poder. Procuravam-se vias tranquilas para o trânsito para a liberalização das instituições, num processo conduzido de forma centralizada pelo próprio Presidente da República, cujas características pessoais lhe permitiam exercer com eficiência o controle do processo decisório, inaugurando o chamado "centralismo burocrático", fórmula que indicava uma capacidade de decisão mais concentrada e com poder de articulação entre as burocracias mais consistentes<sup>5</sup>. Para Geisel, a política exterior, além de elemento indutor do desenvolvimento, acabou por se configurar como elemento legitimador do regime, apoiando-se na proposta de abertura institucional no plano doméstico e sobretudo nas afirmações de independência com relação aos desígnios da política externa dos EUA no plano internacional.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> HIRST. Transição democrática e política externa : a experiência brasileira. *Dados*, v. 27, n. 3, p. 378-380, 1984.

<sup>5</sup> CAMARGO, Sônia de. Caminhos que se juntam e se separam : Brasil e Argentina, uma visão comparativa. *Política e Estratégia*, v. 4, n. 2, p. 390, 1986.

O modelo de inserção internacional perseguido por Médici, configurado pelo paradigma de potência emergente, elaborado em condições internacionais extremamente favoráveis, e sua retomada por Geisel em uma conjuntura externa negativa, conferiu às variáveis econômicas caráter absolutamente prioritário. Com efeito, a partir de 1974, a política externa brasileira busca respostas ao brusco encarecimento dos preços internacionais do petróleo e à crise financeira dos países industrializados, procurando fontes alternativas de abastecimento energético e de mercados para os produtos brasileiros<sup>6</sup>. As necessidades de mudanças no campo econômico criaram as bases materiais para as principais redefinições da política exterior do período, centrando-se nas expressões-chave *diversificação*, tanto dos fluxos de comércio, quanto das origens dos investimentos estrangeiros e da captação de recursos financeiros no exterior, e *redefinição*, sobretudo das relações com os EUA (com a conseqüente tomada de consciência dos aspectos negativos do relacionamento) e das relações com os países do Terceiro Mundo (aí entendidos sobretudo a América Latina e África)<sup>7</sup>.

O presente artigo tem por objetivo examinar a redefinição das relações com os EUA, situando-o como o vértice principal da ação externa geiseliana, evidenciando o fato de que processo representa o corte da articulação já tradicional entre o interno e o externo na história mais recente do país, sendo o ponto alto do processo de gradual distanciamento entre os dois países que se observa em linhas gerais desde os anos 1950<sup>8</sup>.

## 2. A natureza conflitiva das relações Brasil-EUA

Fundamental que se diga que a tendência de "esfriamento" das relações com a potência hegemônica não se inaugura com a administração Geisel. Bem ao contrário, encontra raízes na administração Jânio Quadros, com origens remotas em Vargas, aprofundadas em JK,

<sup>6</sup> Ibidem, p. 393.

<sup>7</sup> HIRST (org.), op. cit., p. 381.

<sup>8</sup> Essa é a idéia básica de boa parte dos trabalhos de Moniz Bandeira que tratam das relações com os Estados Unidos. Ver, notadamente, BANDEIRA, L. A. Moniz. *Brasil-Estados Unidos : a rivalidade emergente, 1950-1988*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1989.

amadurecendo nas administrações Costa e Silva e Médici, para assumir seu apogeu a partir de 1974<sup>9</sup>.

A *Diplomacia da Prosperidade* de Costa e Silva retoma timidamente, e certamente em outros termos e em novas condições históricas, a *política externa independente* que traduzia, então, profundas divergências com os EUA, cujos interesses econômicos e políticos se contrapunham aos esforços de desenvolvimento do Brasil, ou tratavam de acoplá-los e dirigi-los, numa redivisão internacional do trabalho. Pautava-se, pois, pela reivindicação, à medida que aspirava definir sua própria identidade nacional como “potência emergente” capitalista em expansão, da revisão das bases do relacionamento entre EUA e a América Latina<sup>10</sup>.

Costa e Silva procede ao afastamento das pautas ideológicas que orientaram a política externa sob Castelo Branco, reassumindo uma atitude de relativa confrontação com os países industrializados e de ativa solidariedade com as reivindicações do Terceiro Mundo. A *Diplomacia da Prosperidade* busca a ampliação da área de negócios do setor externo, voltando a servir como instrumento de expansão econômica, com o mínimo de vinculação política e ideológica, segundo a perspectiva de que um contexto multipolar se configurava, com o conseqüente debilitamento da hegemonia norte-americana no sistema capitalista mundial. As relações com os EUA passam a conhecer numerosos pontos de tensão, tendência que se mantém inalterada e se agrava na administração Médici<sup>11</sup>.

Os atos do nacional-desenvolvimentismo geiseliano não apresentam o perfil de ruptura no relacionamento bilateral. Bem ao contrário, enquadram-se na seqüência de um processo histórico que compelia o Brasil a distanciar-se e contrapor-se aos EUA. Enquadram-se numa lógica que perpassa todo o período militar pós-Castelo Branco, colocando-se antes como o coroamento ou o ápice do processo de desloca-

<sup>9</sup> Idem. Continuidade e mudança na política externa brasileira. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 29, n. 115/116, p. 91-92, 1986.

<sup>10</sup> Examinei a evolução da política externa brasileira entre 1964 e 1990 no ensaio Apogeu e declínio do nacional-desenvolvimentismo na política exterior do Brasil. *Em Tempo de Histórias, Cadernos da pós-graduação em História da Universidade de Brasília*, v. 1, n. 1, 2. sem. de 1995.

<sup>11</sup> BANDEIRA. Continuidade..., p. 94.

mento de um dos vetores mais importantes da política exterior brasileira, qual seja a dependência estrutural relativamente aos centros capitalistas de poder, nesta quadra, representados pelos EUA.

Tendo em vista esses elementos, pode-se afirmar que as relações brasileiro-norte-americanas, como se apresentam na abertura do quinquênio Geisel, formam a vertente fundamental da estratégia de diversificação de parcerias. Surgindo no cômputo dos fatores de formulação da política exterior como elemento de reação, exerce a função de elemento inicial de uma dialética que se estabelece no contexto da ação brasileira, que, ao desdobrar-se, motiva e informa o processo de expansão dos vínculos políticos e econômicos com novas parcerias a serem buscadas. Configura-se, pois, como a “vertente perturbadora” do nacional-desenvolvimentismo, forçando, entretanto, reações positivas<sup>12</sup>.

Fruto do mais claro labor intelectual já demonstrado pelos formuladores da política exterior brasileira, com uma conseqüente “tomada de consciência”, a redefinição das relações com os EUA e a concomitante definição de novas “vertentes” nas relações internacionais do Brasil, são, assim, as respostas para a questão central que norteia a ação externa de Geisel, qual seja, como conquistar um nível razoável de diversificação das parcerias externas<sup>13</sup>.

Com efeito, a década de 70 foi um período de importantes transformações para o Brasil. O País aprofundou sua estratégia de industrialização, diversificando ao mesmo tempo a estrutura de suas relações econômicas. O Brasil desenvolveu uma inserção mais sofisticada na economia internacional, convertendo-se em um dos países mais ativos na busca de um novo espaço dentro da divisão internacional do trabalho. O nacional-desenvolvimentismo geiseliano é a operacionalização da busca de respostas aos problemas financeiros, comerciais, energéticos e tecnológicos que estrangulavam

<sup>12</sup> LESSA, Antônio Carlos M. A estratégia de diversificação de parcerias no contexto do nacional-desenvolvimentismo, 1974-1979. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 38, n. 1, p. 24-39, 1995.

<sup>13</sup> Essa tomada de consciência é demonstrada pelos inúmeros pronunciamentos de autoridades governamentais, notadamente do chanceler Azeredo da Silveira, mostrando-se uma constante no período em tela. Ver *Resenha de política exterior do Brasil*, n. 1/20, 1974 a 1979.

a economia, inserindo como questões de interesse, destacados os objetivos comerciais do Brasil, a garantia de suprimento de matéria-prima e produtos essenciais e o acesso a tecnologias avançadas e a fontes energéticas.

A redefinição das relações brasileiro-norte-americanas constituem a pedra angular da política externa no período, tanto no plano econômico quanto no político-militar. A natureza conflitiva do relacionamento encontra suas raízes na falta de conexão entre o que, a longo prazo, o Brasil pretende demandar e o que os EUA pretendem oferecer, ou seja, tecnologias e capitais desvinculados de uma estratégia que não encontre ressonância nos interesses nacionais. Desde os anos 60, o Brasil cresceu o suficiente, procurando diversificar sua dependência do exterior para aceitar os arranjos simples e lineares que organizaram, no passado, suas relações com os norte-americanos. Procura-se, então, a diversificação de fontes de aquisição de suprimentos sensíveis, como material militar, créditos, matérias primas essenciais, tecnologias e equipamentos, relativizando a dependência de fatores de produção de origem norte-americana<sup>14</sup>.

A despeito da dependência relativa que se observa no início dos anos 70, estão mais diversificadas as fontes externas desses suprimentos, o que permite operacionalizar a estratégia de continuar perseguindo os desígnios do desenvolvimento nacional. O Brasil busca concretizar uma situação de *autonomia heterodoxa* em que, mesmo conservando certos traços de dependência (com relação ao sistema financeiro internacional, por exemplo), encontra espaços para uma atuação própria que lhe permite redefinir a amplitude de seus laços com os EUA<sup>15</sup>.

A especificidade das relações brasileiro-norte-americanas reside no fato de que o desenvolvimento do Brasil o está levando a ocupar espaços já ocupados pelos EUA, em diferentes aspectos, tanto políticos quanto econômicos, com uma atuação mais destacada em determinados cenários regionais, como América Latina e África. A diferença de interesses já aludida circunscreve-se a alguns tópicos da agenda bilateral, justamente aqueles que temperam as estruturas do relacionamento, mes-

<sup>14</sup> GÓES, Walder de. *O Brasil do General Geisel*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, p. 164. LIMA, Maria Regina Soares de, MOURA, Gerson. A trajetória do pragmatismo : uma análise da política externa brasileira. *Dados*, v. 25, n. 3, p. 350, 1982.

<sup>15</sup> CAMARGO, op. cit., p. 394.

mo porque o Brasil se encontra irreversivelmente inscrito na órbita dos valores ocidentais, capitaneados desde o fim da Segunda Guerra Mundial pelos EUA.

Para o nacional-desenvolvimentismo de Geisel, a redefinição das relações com os EUA deve ser identificada com a busca de uma maior autonomia no interior do sistema ocidental e não com o seu rompimento. Nos valores fundamentais há, grosso modo, uma convergência de visão dos dois países, que leva ambos a compartilharem a mesma visão de mundo, o que inscreve os numerosos problemas do relacionamento bilateral na esfera operacional, e não-ideológica<sup>16</sup>.

### 3. Relações econômicas

No que diz respeito às relações econômicas entre Brasil e EUA, duas tendências se manifestaram de forma destacada no período que se estende de 1974 a 1979:

1) Operou-se a conclusão do processo de progressiva desvinculação do Brasil com relação ao mercado norte-americano, que se havia iniciado ainda nos anos 60. Ainda assim, as importações originárias dos EUA (basicamente produtos agropecuários, sobretudo trigo, produtos de tecnologia avançada e serviços) mantiveram seu dinamismo relativo no período, fazendo com que a balança comercial bilateral registrasse contínuos déficits contra o Brasil<sup>16</sup>. Não que o mercado norte-americano tenha deixado de ser importante, bem ao contrário, continua a sê-lo, mas sua importância é relativizada pelo crescimento dos fluxos de comércio com outros parceiros. As participações relativas da Europa Ocidental, América Latina, Japão, África, Oriente Médio e Europa Oriental modificam-se, as pautas de comércio crescem e ganham dinamismo, mas isso não ocorre às custas das relações comerciais com os EUA, sendo a qualidade das pautas de exportação, numa perspectiva comparada, bem distinta. Para os mercados dos novos parceiros, o Brasil destina além dos produtos tradicionais de exportação (como os produtos agropecuários), os frutos recentes de sua modernização industrial (bens de capital, material bélico e manufaturados)<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Seminários do IPRI 1987 a 1989. *Cadernos do IPRI*, Brasília, n. 1. p. 13-20, 1989.

<sup>17</sup> De fato, os mercados da CEE e da América Latina ganharam maior ponderação relativa na estrutura de comércio, cada qual equiparando-se em

2) A decrescente complementaridade existente entre as economias dos dois países, por outro lado, como resultado do incremento da presença de manufaturados na pauta brasileira de exportações, somada às pressões internas derivadas do ajuste estrutural em curso na economia norte-americana, em um contexto de lento crescimento, conduziu à incidência crescente de conflitos comerciais. Com efeito, pode-se observar a transformação estrutural que se operou nas pautas de exportações brasileiras, que em 1965 apresentavam 82,1% de participação de produtos primários, 9,7% de semi-manufaturados e apenas 8,2% de manufaturados, contra uma participação em 1978 de 42,7%, 11,8% e 51,5%, respectivamente<sup>18</sup>. Neste ano, as pautas brasileiras são compostas basicamente por produtos tropicais (café, açúcar e cacau), agroindustriais dependentes de insumos baratos (suco concentrado e congelado de laranja, por exemplo), industriais de aplicação intensiva de mão-de-obra (calçados e têxteis), processados por indústrias que se utilizam de técnicas já amadurecidas (produtos siderúrgicos) e alguns bens de tecnologia avançada (material de transporte).

O nível decrescente de complementaridade existente entre as economias brasileira e norte-americana encontra raízes na necessidade do Brasil de intensificar as exportações para cobrir o aumento explosivo das importações, e ao subsidiar seus produtos para torná-los mais competitivos, encontra no crescente protecionismo do mercado dos EUA uma barreira cada vez mais difícil de transpor. Em decorrência, a expansão comercial brasileira passou a se orientar para outros mercados, buscando, inclusive, outros fornecedores para arrefecer a tendência deficitária na balança comercial com os EUA<sup>19</sup>.

As práticas comerciais norte-americanas, contraditórias com a tradicional fé liberal professada, dão origem a um regime de comércio administrado, ainda que não baseado em sistemas tradicionais de controle do fluxo de bens e serviços. Desde a promulgação da atual Lei de Comércio americana em 1974, os problemas no relacionamento comercial Brasil-EUA avo-

importância ao mercado norte-americano como destinatário das exportações brasileiras. Ver HIRST (org.), op. cit., p. 18.

<sup>18</sup> Banco do Brasil. CACEX. *Comércio exterior, exportação*, 1982.

<sup>19</sup> HIRST (org.), op. cit., p. 18.

lumaram-se rapidamente, chegando a compor uma alentada agenda, envolvendo múltiplos conflitos notadamente nas áreas de produtos primários e manufaturados. A fim de evitar as importações, sobretudo de produtos de mão-de-obra intensiva provenientes de países onde o salário era mais baixo, surgiram fortes pressões de setores da indústria prejudicados com a relativa perda de competitividade das pautas para exportação com a valorização do dólar, no sentido da adoção mais vigorosa, das proteções previstas na nova lei, notadamente o estabelecimento de restrições voluntárias e a imposição de direitos compensatórios e cotas.

As diferentes percepções e reações dos respectivos governos ao processo de diversificação de vínculos resultaram em divergências sistêmicas e no acúmulo de conflitos específicos ao longo do período. Há entre Brasil e EUA um número crescente de elementos que encerra certas contradições de interesses, o que deriva essencialmente da ocorrência de dois fatores básicos:

1) O Brasil surge no período como “novo personagem” no mercado internacional, apresentando um perfil de exportações muito mais diversificado em termos de pauta e do destino de seus produtos e, por isso, já entra em condições de atrito com certos supridores tradicionalmente estabelecidos nos mercados internacionais. Ao buscar novos mercados para o escoamento de sua produção, o Brasil depara-se, por um lado, com a força de setores tão tradicionais quanto decadentes da economia norte-americana, o siderúrgico por exemplo, e, por outro, desenvolve uma estratégia comercial heterodoxa ao oferecer produtos dotados de tecnologias e preços adaptáveis às necessidades dos clientes, sem restrições políticas ou ideologias que usualmente acompanhavam as linhas de fornecimento norte-americanas. Aliás, o contínuo êxito obtido nas exportações brasileiras de produtos industrializados pode ser explicado, conjuntamente, por medidas até singelas, mas que constituem a ponta de lança das políticas comercial e industrial do governo brasileiro:

a) utilização do sistema de assistência creditícia à produção de manufaturados para exportação;

b) manutenção da competitividade dos produtos na exportação, mercê do regime de câmbio flexível;

c) melhoria substantiva da qualidade e apre-

sentação dos produtos manufaturados para exportação;

d) posição favorável do Brasil como supridor de produtos industrializados ao mercado internacional, em volume que ainda não suscita maiores entraves às suas vendas<sup>20</sup>.

2) Vê-se, portanto, que há um elemento de competição e de choque entre o Brasil, como novo personagem no mercado internacional, e os EUA, que, embora tivessem presença predominante nesse cenário, vêm no desempenho de seu setor externo um elemento ainda mais importante para os destinos de sua própria economia, que tentava se adaptar a uma ativa política de reorientação estrutural e de racionalização dos setores produtivos. O problema da simultaneidade da nova presença brasileira, de um lado, e dos EUA, do outro, no plano econômico internacional, acontece no momento em que se verifica um aperto de espaços<sup>21</sup>.

As dificuldades no comércio internacional que afetam as economias do Brasil e dos EUA constituem a face conjuntural de uma questão mais importante, qual seja, a crise da divisão internacional do trabalho, com a definição ainda tímida de um novo paradigma industrial, que, se por um lado lança em crise setores inteiros das economias dos países centrais, visando abrir espaço para novos setores produtivos mais dinâmicos e introdutores de novas tecnologias, por outro, abre janelas de oportunidades para países intermediários como o Brasil, de economias razoavelmente infra-estruturadas ocuparem os espaços relegados pelo rearranjo dos setores tradicionais das economias do núcleo capitalista<sup>22</sup>.

Os problemas nas relações econômicas entre ambos não se resumiam aos atritos decorrentes das pautas comerciais. Além das formas tradicionais de exportação de bens de capital, as de cooperação e as de investimentos eram limitadas aos moldes de uma típica relação Norte-Sul e não atendiam às necessidades do projeto de desenvolvimento brasileiro.

Os financiamentos provenientes dos EUA

<sup>20</sup> *Boletim do Banco Central*, 1979.

<sup>21</sup> HIRST (org.), op. cit., p. 28-30.

<sup>22</sup> CRUZ, Manuel A.C.M.L. *A política externa como instrumento da autonomia e do desenvolvimento nacionais*: uma análise comparada das experiências do Brasil e do Peru, 1974-1980, e de sua expressão no Tratado de Cooperação Amazônica. Brasília, 1989. Dissertação (Mestrado).

para projetos nacionais em geral eram vinculados à compra de equipamentos e excluía a transferência de tecnologias, forçando o desempenho do papel que o chanceler Azeredo da Silveira definiu como de “comprador passivo”. A restrição à transferência de tecnologias por parte dos EUA e a crescente participação do Estado brasileiro na economia, tanto como agente regulador quanto como empresário, traziam dificuldades para se estruturar uma agenda mais geral de cooperação e investimentos entre ambos.

Nesses marcos, a política de diversificação das relações econômicas e dos vínculos políticos externos por parte do Brasil se impôs como alternativa às limitações experimentadas nas relações com os EUA. Na prática, entre 1974 e 1979, embora se tenha mantido os norte-americanos como parceiros importantes, o Brasil cuidou de diversificar suas fontes externas de importações e os destinos de suas exportações, conseguiu maior autonomia em relação aos fluxos de capitais norte-americanos e atraiu investimentos de empresas originárias de outros países, internacionalizando definitivamente sua economia.

Exemplificadamente, o êxito da estratégia de diversificação de parceiros comerciais pode ser medido pela participação dos EUA na estrutura de comércio brasileira: entre 1964 e 1974, respondiam por 25,2% das exportações e 28,8% das importações brasileiras, números que caem para 22,7% e 17,9% em 1978, respectivamente<sup>23</sup>.

Na mesma tendência, a participação percentual dos norte-americanos no conjunto de investimentos diretos e reinvestimentos no Brasil, que correspondia a 42,2% em 1970 e 33,6% em 1974, cai para 27,8% em 1978<sup>24</sup>.

#### 4. Relações políticas

A estratégia de inserção internacional implementada por Geisel construiu-se a partir do duplo movimento de diversificação das relações exteriores do Brasil e de crescente integração à economia mundial. Essa orientação buscava assegurar uma presença internacional própria, com vistas a aumentar a capacidade de influência do país em questões globais que

<sup>23</sup> Banco do Brasil. CACEX. *Comércio exterior, exportação*, 1976, 1979.

<sup>24</sup> *Boletim do Banco Central*, 1979.

pudessem afetá-lo e, sobretudo, fazer face à situação de vulnerabilidade gerada pela crescente dependência dos insumos externos.

As relações políticas entre Brasil e EUA sofrem no período um processo de desgaste e deterioração. A ação geiseliana tem como base a busca de um sentido mais amplo à inserção internacional do Brasil, trocando-se uma relação de caráter exclusivista com os EUA por uma rede diversificada de contatos e entendimentos.

As áreas de diferenciação e até mesmo de atrito constituem o elemento mais característico das relações políticas bilaterais no período, potencializadas pelas maneiras como Brasília e Washington definiram e implementaram suas políticas. O contencioso incidiu sobre questões de natureza diversa (notadamente sobre assuntos militares, de transferência de tecnologias sensíveis e direitos humanos), sendo, por vezes, entendido por cada uma das partes como elementos necessários de um espetáculo de pirotecnia política que reverteriam-se em ganhos inestimáveis nos jogos de forças que se desenrolavam nos cenários domésticos.

Conforme já lembrado, a legitimidade de Geisel não se apoiava na repressão dos setores internos mais radicalizados, que já haviam sido neutralizados, nem na superada função externa de defensor da segurança continental. Tirando subsídios de uma rápida e feliz leitura do cenário internacional pós-1973 (primeiro choque do petróleo), encontrou, na evolução natural da política exterior implementada por governos anteriores, o elemento constrangedor de um desenvolvimento nacional mais autônomo, qual seja, a excessiva vinculação política e econômica aos centros capitalistas. Sua “legitimidade” teria que se apoiar em dois movimentos de liberalização: no plano interno, na sinalização de um processo de distensão, e no plano externo, na adoção de uma postura pragmática, com uma ação externa mais pluralista, flexível, diversificada e sobretudo independente<sup>25</sup>.

Do ponto de vista norte-americano, as relações com o Brasil no período são tipificadoras de um padrão a ser desenvolvido com uma nova “categoria” de países, que ainda não plenamente desenvolvidos, possuem influência regional considerável e anseiam por uma expansão dos limites políticos e econômicos impostos pelos esquemas rígidos do bipolarismo, surgindo como potências intermediárias no novo arran-

jo multipolar do poder mundial<sup>26</sup>. Esse padrão deve, pois, incorporar-se à estratégia global dos EUA, fornecendo subsídios para a adoção de uma política exterior centrada na revitalização da posição de porta-voz e guardião dos ideais do mundo ocidental, seriamente abalada após a crise de confiança que se abateu entre os norte-americanos depois da humilhação no Vietnã e do escândalo de *Watergate*.

Entre 1974 e 1979, processa-se uma tentativa por parte do governo brasileiro de redefinir o caráter exclusivista nas relações entre os dois países. Os elementos políticos das relações foram potencializados, com repercussões nos planos multilateral e bilateral.

No plano multilateral, as principais divergências diziam respeito, grosso modo, à ordenação do poder mundial e às regras do comércio internacional. Lutava-se para modificá-las, propondo-se a adoção do princípio da incondicionalidade para o tratamento preferencial para produtos oriundos de todos os países do Terceiro Mundo, numa reação ao princípio da graduação que privilegiava ex-colônias em detrimento de países com níveis intermediários de desenvolvimento<sup>27</sup>.

Surgindo como conseqüências das inflexões da política exterior no período e das modificações conceituais sobre a África Negra e o Oriente Médio, pode-se observar algumas alterações de posições tradicionais nos foros multilaterais, em oposição às orientações adotadas pelos EUA. O Brasil revê posições no que se refere às colônias portuguesas em África, ao Oriente Médio, à questão palestina, ao colonialismo residual e aos problemas raciais da África do Sul, ingressando, assim, num período de maior colaboração com os países africanos, árabes e asiáticos<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Nessa categoria estariam incluídos países como Brasil, México, Índia, Indonésia e China. GÖES, op. cit., p. 175.

<sup>27</sup> Wayne Selcher considera que os esforços internos e as relações bilaterais compõem a tônica principal da política externa Brasileira, numa análise de longo prazo, relativizando o papel das relações multilaterais. No período em tela (1974-1979) essa tendência manteve-se, servindo a diplomacia multilateral como elemento de apoio, notadamente nas áreas do comércio e do acesso a mercados, preços de produtos primários, transferência de tecnologias e finanças. Ver SELCHER, Wayne. *Brazil's multilateral relations*. Boulder : Westview, 1978.

<sup>28</sup> BUENO, Clodoaldo. A política multilateral brasileira. In: CERVO, Amado L. (org.). *O Desafio*

<sup>25</sup> CAMARGO, op. cit., p. 396.



As posições brasileiras para o Oriente Médio e para a África Negra estavam em aberta oposição à postura norte-americana. O choque do petróleo de 1973 força o país a rever urgentemente suas linhas de conduta para a questão palestina, objetivando nova acomodação de interesses com os países árabes com o abandono das posições tradicionais para o Oriente Médio e o apoio a Israel.

No que toca às ex-colônias portuguesas em África, urgia adaptar-se às novas condições regionais, em tempo de lançar as bases de um relacionamento de longo prazo com os países da região. Ainda que em confronto com as orientações norte-americanas, era necessário abandonar as hesitações de períodos anteriores para ganhar mercados e garantir a reserva de um espaço estratégico importante<sup>29</sup>.

Outras posturas brasileiras tiveram influência para a definição de um caráter conflitivo nas relações políticas bilaterais. O estabelecimento de relações econômicas e diplomáticas com a República Popular da China e o desenvolvimento de uma ativa diplomacia bilateral na América Latina, apesar de não estarem em confronto direto com as posições de Washington, seguem a lógica de uma leitura independente das relações internacionais do período e enquadram-se no conjunto de políticas que são adotadas tendo em vista a maximização das margens de autonomia externa.

O restabelecimento de relações com a China segue a própria política de reaproximação dos EUA com este país, mas inscreve-se no rol dos atos que sinalizavam para a busca de novas oportunidades, o que implicaria assumir as opções e os realinhamentos que se fizessem necessários, pavimentando o caminho aberto por alguns setores empresariais brasileiros alguns anos antes<sup>30</sup>. Foi, acima de tudo, uma quebra no ritmo das opiniões no plano doméstico (notadamente nos meios militares), indi-

---

*internacional* : a política exterior do Brasil de 1930 a nossos dias. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1994, p. 59-144.

<sup>29</sup> A longo prazo, os prementes interesses brasileiros em África se tornaram o principal obstáculo para a definição de uma política de colaboração com os Estados Unidos na área de segurança do Atlântico Sul. Em especial, ver SARAIVA, José F. S. Do silêncio à afirmação: as relações do Brasil com a África. In: CERVO (org.), op. cit., p. 263-331.

<sup>30</sup> BARBOSA, Antônio José. Outros espaços. In: CERVO (org.), op. cit., p. 336-337.

cando que o Brasil estava rompendo definitivamente com as amarras da Guerra Fria, como o afastamento da China, entre outros (inclusive de Cuba, cuja posição no quadro das relações internacionais do Brasil não pôde ser revista em virtude de um condicionamento ainda muito estreito de alguns setores de linha dura do regime), estava associado e desejava se atrelar à realidade internacional dos anos de 1970<sup>31</sup>.

O fortalecimento das posições brasileiras na América Latina-América do Sul coincide com o que é geralmente entendido como sendo o declínio político-econômico do poder dos EUA na região, incrementando o distanciamento entre os dois países, na medida em que expressam com exatidão a política de expansão das fronteiras comerciais e o sepultamento da política de alinhamento automático, traduzido pela delimitação de um espaço de atuação política e estratégica próprio<sup>32</sup>.

No plano estrito das relações bilaterais, Geisel bateu-se com duas estratégias americanas distintas, produzindo efeitos diversos, ligadas respectivamente aos governos Ford e Carter. Uma tentativa de periodização dessas relações pode agrupar os grandes movimentos da política exterior brasileira em dois períodos:

1) 1974 a 1977 – a fase conflitiva das relações, em que o nacional-desenvolvimentismo geiseliano procura limites, definindo seus espaços de atuação, testando novas possibilidades, buscando novos parceiros, perseguindo a adoção de políticas que sinalizassem o rompimento de uma longa relação de dependência política, econômica e tecnológica.

2) 1977 a 1979 – a fase da distensão necessária, em que a estratégia adotada encontra seus limites e esgota-se, com a estabilização das relações e a retomada do diálogo, tendo em vista a magnitude dos interesses e preocupações econômicas de ambos os lados.

#### 4.1. A medição das divergências (1974-1977)

Durante o período da administração Ford (até o final de 1976), alguns atos de rebeldia

---

<sup>31</sup> Sobre a disposição de se revisar estas posições mais tradicionais, convém lembrar a abstenção brasileira na OEA quando da votação da suspensão das sanções econômicas a Cuba em 1974.

<sup>32</sup> Ver COSTA, Gino. *The foreign policy of Brazil towards her south american neighbours during the Geisel and Figueiredo administrations*. Cambridge : Queen's College, 1987. Dissertação (Doutorado) – University of Cambridge, 1987.

por parte do Brasil já se manifestavam, como o reconhecimento dos movimentos de independência das colônias portuguesas em África (Guiné Bissau em 18/07/1974, Angola em 11/11/1975 e Moçambique em 15/11/1975) e a aproximação com os países árabes, por meio do voto anti-sionista na ONU em 1975<sup>33</sup>.

Esses atos são exemplificativos de um dos mais importantes vetores da ação externa do governo Geisel, a busca de novas fontes supridoras de energia. Em essência, pode-se afirmar que o governo Geisel era primariamente motivado pela busca de fornecedores diversificados de energia, visando diminuir a dependência de uma única fonte ou fornecedor<sup>34</sup>. Essa busca se concretizou em numerosos acordos de fornecimento e de instalação de *joint ventures* para exploração conjunta e na intensificação da busca de fontes domésticas de energia<sup>35</sup>. Neste quadro, intensificam-se o programa do álcool, o fortalecimento da capacidade técnica de pesquisa e lavra da Petrobrás e a aquisição da energia nuclear<sup>36</sup>.

A tentativa de aquisição da energia nuclear pelo Brasil, ao arrepio das disposições dos EUA, converteu-se cedo no pomo da discórdia do relacionamento entre os dois países e passou a se projetar para o plano interno brasileiro como a ponta de lança da política de diversificação de parcerias e de busca de maiores margens de autonomia<sup>37</sup>. Procurou-se operacionalizá-la

<sup>33</sup> O Brasil foi uma das poucas nações latino-americanas a votar a favor da resolução anti-sionista na ONU. Mesmo sendo criticada no plano doméstico, o voto assinalou a total adesão brasileira ao ponto de vista árabe, marcando o início do afastamento de Israel e das orientações norte-americanas para a região.

<sup>34</sup> Essa é a tese que permeia os estudos de COSTA e NAZÁRIO sobre distintos aspectos da política externa brasileira do período. COSTA, op. cit., e NAZÁRIO, Olga. *Pragmatism in Brazilian Foreign Policy: The Geisel Years*. Coral Gables: Press, 1983. Dissertação (Doutorado) – University of Miami, 1983.

<sup>35</sup> Fornecimento de carvão pela Colômbia, Polônia e China; de gás natural pela Bolívia; de petróleo pelo Peru, Equador, Venezuela, México, Angola, Gabão, Nigéria, China, União Soviética, em adição aos fornecedores tradicionais do Oriente Médio; de energia hidrelétrica pela exploração do complexo de Itaipu com o Paraguai.

<sup>36</sup> NAZÁRIO, op. cit., p. 28.

<sup>37</sup> Especialmente sobre a política nuclear brasileira e suas repercussões sobre o relacionamento com

pelo estabelecimento de linha de cooperação com uma potência atômica visando a efetiva transferência do ciclo completo de enriquecimento do urânio. A escolha recaiu sobre a República Federal da Alemanha, o que se justifica por sua disposição de oferecer as etapas do ciclo do combustível e da construção de grandes unidades de potência, dando-se a efetivação do programa com a assinatura do Acordo de cooperação para utilização Pacífica de Energia Nuclear, em 27 de junho de 1975<sup>38</sup>.

Para o Brasil, a nuclearização significava a possibilidade de combinadamente desenvolver a capacidade econômica e a capacidade militar de modo autônomo, assumindo nesse contexto o significado de sublevação ao juízo soviético-americano de que os países menos desenvolvidos são inidôneos e irresponsáveis<sup>39</sup>.

A indisposição norte-americana em face do Acordo teuto-brasileiro está diretamente relacionada com a defesa da estratégia global dos EUA, envolvendo mutuamente interesses estratégicos e econômicos vitais. Os norte-americanos viram-se surpreendidos ante a possibilidade do estabelecimento de uma cooperação nuclear alemã que favorecesse o acesso brasileiro a tecnologias sensíveis como o enriquecimento do urânio e o reprocessamento de combustível irradiado, inclusive considerando que o Brasil não era signatário do Tratado de Não-Proliferação Nuclear e resistia abertamente à idéia de sê-lo. Além disso, o surgimento de um novo país produtor de insumos nucleares num mercado altamente cartelizado, contribuiria para abalar a hegemonia norte-americana no setor a longo prazo.

Durante a campanha eleitoral do então candidato Jimmy Carter, as bandeiras do Congresso

os Estados Unidos, ver os trabalhos de Paulo Wrobel. WROBEL, Paulo Sérgio. *A questão nuclear nas relações Brasil - Estados Unidos*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1986. Dissertação (Mestrado) – Instituto Universitário de pesquisas do Rio de Janeiro, 1986; *Brazil, the non-proliferation treaty and Latin America as a nuclear weapon-free zone*. London: King's College University, 1991. Dissertação (Doutorado).

<sup>38</sup> Ver BIEBER, León E. Brasil e Europa: um relacionamento fluante e sem estratégia. In: CERVO (org.), op. cit., p. 209-261 e ARCELA, Nina Maria. *O acordo nuclear Teuto-Brasileiro: estudo de caso em política exterior sob a perspectiva do processo decisório*. Brasília, 1992. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, 1992.

<sup>39</sup> GÓES, op. cit., p. 164.

dos EUA de não-proliferação nuclear e de defesa dos direitos humanos foram encampadas e as críticas contundentes ao Acordo Brasil-Alemanha e à situação política interna do Brasil avolumaram-se. As posições dos EUA sobre o Acordo tornaram-se mais aguerridas, cedendo às pressões do Congresso e às reações desfavoráveis da imprensa, que repercutiam no sentido da liberalidade da administração republicana em face de um governo brasileiro pouco confiável<sup>40</sup>.

Com o mesmo objetivo de transferir e de desenvolver tecnologia que levou o governo brasileiro a firmar as bases da política nuclear do país, Geisel reestruturou, em 1976, a Comissão de Coordenação das Atividades de Processamento Eletrônico, que, ao receber poderes para formular a política nacional de informática, recomendou o estabelecimento da reserva de mercado para o grupo dos minicomputadores. Essa linha de conduta provocou a reação das grandes empresas do setor, de origem americana, e forneceu o elemento que transportará o caráter conflitivo das relações bilaterais para a década de 80<sup>41</sup>.

Frente à diminuição relativa da hegemonia norte-americana, a estratégia do governo Ford, de consolidar as relações com aliados tradicionais, levou-o a tentar relevar as áreas contenciosas, evitando politizar a questão do Acordo Nuclear. Em fevereiro de 1976, em visita ao Brasil, o Secretário de Estado Henry Kissinger tentou redefinir as relações – já em franco processo de deterioração – com a assinatura de um Memorando de Entendimento, que conferisse uma maior maturidade e respeito aos interesses próprios das partes, tão reivindicada pelo Brasil. Dispondo sobre consultas semestrais sobre diversas questões, o Memorando pretendia constituir-se num instrumento para a solução negociada de divergências tanto políticas quanto econômicas.

O Memorando que, sob o prisma norte-americano, pretende-se tipificador das relações bilaterais, oferecendo um marco de distensão ao fim da administração republicana, assume sob o ponto de vista brasileiro ares inócuos, perdendo-se entre outros instrumentos seme-

<sup>40</sup> Sobre as reações ao Acordo Nuclear no Congresso e na imprensa norte-americana, bem como o início das prestes sobre o Brasil e a RFA, ver ARCELA, op. cit., p. 37-39.

<sup>41</sup> BANDEIRA, O Brasil e o Continente. In: CERVO (org.), op. cit., p. 171.

lhantes acordados com as novas parcerias europeias. Fonte de irritação nas relações norte-americanas com os demais países da América Latina e de constrangimento entre estes e o Brasil, ao contrário das pretensões dos EUA, o Memorando não marca o início de uma nova fase de diálogo entre parceiros tradicionais, mas, sim, simboliza o fim das “relações especiais” engendradas durante décadas.

#### 4.2. Os difíceis anos Carter (1977-1979)

As relações Brasil-EUA adentram a administração Carter (1977-1980) tipificadas pelo breve período de distensão proporcionado pela assinatura do Memorando de 1976.

Em pouco tempo, a nova administração democrata tratou de retomar as críticas e pressões contra o Acordo Nuclear Teuto-Brasileiro, respondendo *também* às necessidades de um revigoramento das tradições liberais da sociedade norte-americana, procurando reassumir o papel de guarda dos valores ocidentais, profundamente abalado, depois dos fiascos proporcionados por duas administrações republicanas tidas como desastrosas para os anseios externos da potência e para as crenças democráticas de seu povo.

Quando Carter assumiu a Presidência dos EUA, na passagem para 1977, buscou implementar imediatamente uma nova estratégia para a América Latina, que traria mais problemas para as relações bilaterais. A visão da nova administração sobre o Brasil de Geisel tinha como ponto de partida a perspectiva de que os regimes autoritários da América Latina não seriam apropriados para sustentar um desenvolvimento econômico que interessasse aos países capitalistas por favorecerem a concentração de renda, em detrimento da formação de um mercado interno mais amplo, e por orientarem o desenvolvimento no sentido das exportações de produtos manufaturados e da substituição de importações. Adotava-se, pois, aprioristicamente, a condenação categórica dos regimes militares que proliferavam na América Latina, numa tentativa de inocular algum conteúdo ético à política externa americana, que perdia o respeito tanto interna quanto externamente, à medida que, sob o pretexto de defender a democracia, sustentava regimes que a suprimiam e não propiciavam *sequer* justiça social aos seus povos<sup>42</sup>.

Nesse quadro, as divergências que permea-

<sup>42</sup> Ibidem, p. 172.

vam as relações Brasil-EUA atingiram seu ponto máximo. O Governo Carter retomou com violência as pressões sobre o Brasil e também sobre a Alemanha Federal contra o Acordo Nuclear de 1975, para que fossem retiradas as cláusulas de transferência de tecnologia. As formas de pressão adotadas agravaram ainda mais o contencioso, na medida em que se executaram sem a consulta prévia ao Brasil, prevista no Memorando de Entendimento para estas situações, e foram secundadas de críticas de Washington à atuação do governo brasileiro em relação aos direitos humanos, condicionando a renovação de créditos em armas no valor de 50 milhões de dólares à erradicação das práticas de tortura e de outras violações.

Geisel, entretanto, não aceitava o exame de questões internas por órgãos de governos estrangeiros e considerou aquelas condições para a concessão de assistência militar como uma inaceitável intromissão nos assuntos internos do país. Poucos dias depois, denunciou o Acordo Militar com os EUA, firmado em 1952, extinguindo posteriormente a Comissão Militar Mista, a Missão Naval e o Acordo Cartográfico. A áspera atitude do governo brasileiro refletiu o recrudescimento do antiamericanismo dentro das Forças Armadas, nas quais alguns oficiais teriam chegado a sugerir a ruptura das relações com os EUA<sup>43</sup>.

As relações militares entre o Brasil e os EUA não constituíram, no âmbito do contencioso, matéria fundamental. Iniciadas num contexto de guerra fria, em substituição às relações com a França, eram interessantes para o Brasil enquanto os acordos oferecessem condições para a transferência de tecnologias. A partir da década de 60, entretanto, as Forças Armadas brasileiras começaram a investir pesadamente num programa de modernização de seus equipamentos, visando reduzir a dependência dos insumos americanos e a substituição de um número crescente de itens, com o objetivo de estimular a indústria bélica nacional.

Dois fatores contribuíram para tornar inócuos os Acordos Militares entre o Brasil e EUA, a saber: a) a auto-suficiência brasileira na produção de armamentos cada vez mais diversificados e sofisticados, dando origem a uma indústria bélica moderna e pujante; b) a revitalização do pensamento estratégico no seio das Forças Armadas, com a reivindicação de plena autonomia externa na busca de seus objetivos

<sup>43</sup> Ibidem, p. 172-173.

nacionais permanentes<sup>44</sup>.

O rápido crescimento da indústria bélica nacional, aliás, acabou por constituir-se em interessante ferramenta da política de expansão comercial brasileira, penetrando com facilidade em mercados anteriormente cativos dos EUA e de alguns países europeus. A estratégia comercial brasileira saiu-se vencedora neste novo ramo ao oferecer armas e acessórios com preços e serviços de assistência técnica que tornaram esta linha rapidamente competitiva. Mas ao lado da adaptabilidade, simplicidade e preços vantajosos, talvez a maior atração destes equipamentos tenha sido a falta de restrições políticas ou conotações ideológicas associadas<sup>45</sup>.

Embora os acordos já estivessem obsoletos e até mesmo obstaculizassem uma modernização mais efetiva das Forças Armadas, na medida em que não proporcionavam transferência de tecnologias modernas para o Brasil, a sua denúncia, com o que se chamou na época “a crise de março”, foi um ato simbólico, com custos insignificantes e dividendos políticos bastante expressivos. No plano doméstico, a decisão arrematou apoio interno em face das pressões dos EUA sobre o Acordo Teuto-Brasileiro e cerraria fileiras quanto ao acerto das orientações gerais da política exterior em implementação, enquanto no plano externo assegurava aos demais parceiros a posição de independência do Brasil com relação aos EUA, propiciando, por um lado, uma ampliação do campo para a ação política brasileira particularmente na América Latina, onde prevalecia a visão do Brasil como “aliado preferencial” dos EUA<sup>46</sup>, e, por outro, o entendimento de que a política de segurança do Brasil estava definitivamente livre do controle dos norte-americanos.

#### 4.3. A distensão necessária (1977-1979)

Nesta fase o nacional-desenvolvimentismo procede à consolidação das suas conquistas, tendo em vista a política de confrontação entabulada nas relações com os EUA e conhece os

<sup>44</sup> KRAMER, Paulo R. da Costa. As relações militares Brasil-Estados Unidos. *Política e Estratégia*, v. 4, n. 1, p. 47, 1986; e BANDEIRA. *A rivalidade emergente*. p. 217-248.

<sup>45</sup> Especificamente sobre a indústria bélica brasileira no período, ver PUNGS, Reiner. *Indústria de armamentos e a política externa brasileira*. Brasília, 1989. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, 1989.

<sup>46</sup> LIMA, MOURA, op. cit., p. 353-354.

seus limites, representados pelo apogeu e decadência da política de dar vazão às vertentes da política externa.

Gradualmente o Acordo Nuclear deixa de constituir o cerne do conflito com os EUA, provavelmente devido a uma nova avaliação norte-americana sobre as possibilidades concretas de um programa de efetiva capacitação tecnológica do Brasil na área nuclear. Atento às dificuldades de implementação inerentes ao Acordo, o governo dos EUA chegou à conclusão de que conviria, politicamente, deixar que se diluísse pela sua própria impraticabilidade técnica e comercial<sup>47</sup>.

Com efeito, a partir de meados de 1977, as pressões diretas dos EUA contra o Acordo Nuclear, assim como o clima de confronto das relações, cederam espaço para uma convivência menos conturbada. Tinha-se, de lado a lado, bem clara a magnitude dos interesses econômicos mútuos, que tornava transcendental o entendimento político. As divergências nas questões nuclear e de direitos humanos se restringiram no nível das relações governamentais, sem grandes repercussões nas relações econômicas. Nesse sentido, e apesar da distensão política, persistiam e se avolumavam as divergências relativas ao protecionismo norte-americano às normas de comércio internacional e as limitações impostas pelos EUA à transferência de tecnologias avançadas.

Assim, até o fim da administração Geisel as relações se normalizaram, deixando de lado o confronto político e passando a orbitar em torno dos interesses e conflitos das relações econômicas. A visita do presidente Jimmy Carter ao Brasil, em março de 1977, dá o novo tom das relações, com temas como direitos humanos e Acordo Nuclear sendo tratados com pouco alarde e centrando-se a agenda da visita nas questões econômicas, tanto bilaterais quanto multilaterais.

Ao mesmo tempo, procedendo-se a uma análise dos resultados da nova estratégia comercial brasileira, conclui-se que o período de busca de novos espaços comerciais em que o Brasil colocou-se em posições de confronto com alguns setores da economia norte-americana, encerra-se com um balanço positivo para o país. O comércio bilateral apresenta-se mais equilibrado, e, ainda que não se reverta a tendência deficitária contra o Brasil, o decréscimo acen-

tuado da participação relativa dos EUA na balança comercial brasileira se faz compensar favoravelmente com o incremento das relações comerciais com as novas vertentes do nacional-desenvolvimentismo.

Os limites colocados pelo confronto marcam ganhos permanentes consideráveis em diversos cenários regionais, como na África Negra e na América Latina, mas especialmente na América do Sul. Como no Oriente Médio e África, na América do Sul a ação brasileira esteve motivada pelo desejo de explorar novas oportunidades econômicas, diversificar seus laços políticos e expandir sua presença e influência e aumentar sua margem de manobra internacional. Nessa fase de distensão, consolidada a presença econômica e diplomática perseguida no primeiro período, em que procurou-se agir para ocupar os espaços políticos e econômicos deixados vazios pelos EUA, parte-se de uma base de liderança já consolidada no cenário latino para a criação de novos espaços diplomáticos de atuação exclusiva, o que vai se tornar possível com a definição de um espaço de cooperação na Bacia Amazônica<sup>48</sup>.

## 5. Conclusão

O nacional-desenvolvimentismo geiseliano procura, com intensidade, abrir novos horizontes políticos e econômicos, corroborando externamente alguns aspectos do projeto de “potência emergente” que, em nível doméstico, consubstancia-se no II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND), buscando os insumos necessários para a sua implementação onde quer que pudessem ser obtidos.

Nesse contexto, a revisão drástica das relações com os EUA deve ser entendida como condição primacial de toda a estratégia externa implementada. Como tentar vôos mais altos se todo o espectro de opções e oportunidades políticas e econômicas tivesse que ser corroborado pela potência hegemônica do hemisfério? O quinquênio Geisel é o coroamento de um processo de distanciamento político que se inaugura anos antes, mas é sobretudo o período em que se tornou patente a perda de complementaridade econômica entre os dois parceiros. A leitura do nacional-desenvolvimentismo feita por Geisel conduz a um processo inevitável, o definitivo “descolamento” de um dos vetores principais das relações internacionais do Bra-

<sup>47</sup> ARCELA, op. cit., p. 41.

<sup>48</sup> COSTA, op. cit. p. 224.

sil até então, consubstanciado na dependência excessiva dos desígnios políticos, estratégicos e econômicos dos EUA. A partir de então, nada será como antes: uma vez explicitada a natureza conflitiva das relações entre os dois países, ela passa a se manifestar nos mais diversos itens

da agenda bilateral, sendo transferida intocada para a década seguinte para acabar por constituir-se num novo vetor: o da negação intransigente dos laços de dependência e da afirmação categórica da necessidade constante de relativizá-los com novas parcerias.

# Princípios da tributação internacional sobre a renda

MARCÍLIO TOSCANO FRANCA FILHO

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Universalidade e territorialidade na tributação internacional. 2.1. O princípio da territorialidade. 2.2. O princípio da universalidade. 3. O problema da pluritributação. 3.1. A questão da bitributação internacional. 4. A tributação da renda no Brasil. 4.1. O imposto de renda de pessoa jurídica. 5. Conclusão.*

## 1. Introdução

Há muito as práticas comerciais ultraparam as fronteiras geográficas nacionais. Afinal, a própria diversidade de fatores produtivos, bem como as demandas sociais de consumo, peculiares a cada país, impulsionavam os Estados à prática de uma economia aberta. A interdependência econômica internacional sempre conduziu os Estados a uma inexorável prática de comércio exterior.

No atual estágio de desenvolvimento do comércio, além das informações circularem em velocidade cada vez maior, os produtos têm agora um mercado mundial. Assim, pode-se concluir que, numa ótica produtiva e comercial, o processo de globalização se traduz numa crescente *homogeneização* internacional das estruturas de oferta e demanda<sup>1</sup>; fenômeno que, a um só tempo, garante e facilita:

a majoração de ganhos de escala, com a ampliação da produção e do mercado de consumo;

a uniformização de técnicas produtivas, estratégias administrativas e métodos de organização do processo produtivo, comprovada pelas exigências crescentes de certificação internacional<sup>2</sup>;

Marcílio Toscano Franca Filho é Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da Paraíba, Professor do Departamento de Direito Público da UFPB e Aluno do Mestrado em Ciências Jurídicas da UFPB. Ex-aluno da Universidade Livre de Berlim.

<sup>1</sup> BAUMANN, op. cit., p. 34.

<sup>2</sup> O prestígio da *International Organization of Standardization* (ISO), com suas normas sobre

a mudança do eixo da competitividade, que deixa de ser o produto em si para ser a tecnologia de processos (não só de produção, mas de fornecimento, de controle da qualidade, de atendimento e informação ao consumidor, de assistência técnica, entre outros);

o maior investimento na formação de mão-de-obra qualificada e aperfeiçoada, na pesquisa e no desenvolvimento de produtos, com consultas aos clientes a fim de atender a necessidades mais específicas;

a descentralização geográfica da produção das empresas, o que provoca a sua especialização nas áreas em que são mais eficientes e, assim, otimizam as vantagens comparativas de cada lugar e originam a “fábrica-global”;

a formação de vínculos mais rígidos entre empresas, por meio de *joint ventures*, participações acionárias e franquias, já que a produção global exige padrões mais rígidos de fornecimento e qualidade de componentes e matérias-primas e um investimento (leia-se risco) ampliado em tecnologia.

Um outro fator característico da globalização, agora sob um ponto de vista institucional, aponta para a convergência da regulação político-econômica dos países<sup>3</sup>. Para se garantir a maior mobilidade de capitais, fatores produtivos e bens de consumo, promove-se a *homogeneização* das relações jurídicas e econômicas entre os sujeitos privados da atividade econômica e os Estados, aproximando os institutos jurídicos referentes sobretudo a sociedades comerciais, consumidor, mercado financeiro e tributação.

Um segundo aspecto institucional da economia a ser sublinhado é a crescente perda de soberania das autoridades responsáveis pelas políticas econômicas nacionais na ordem globalizada. Tal fato se deve tanto à formação dos blocos econômicos, como à necessidade de adaptação das economias nacionais às migrações internacionais dos fatores produtivos. As políticas cambial e salarial, por exemplo, passam a depender muito mais das regras externas do que da vontade exclusiva das autoridades monetárias ou fiscais. Se, de um lado, o cenário internacional globalizado mostra inúmeras oportunidades e facilidades por meio da captação de recursos estrangeiros, de outro, impõe algumas restrições rígidas às políticas macroeconômicas nacionais (câmbio

qualidade e padronização (ISO 9000 e ISO 14000, por exemplo), dá provas desse fenômeno.

<sup>3</sup> BAUMANN, op. cit., p. 35.

e taxa de juros), evitando-se desequilíbrios que favoreçam movimentos especulativos, como os que já desestabilizaram algumas economias latino-americanas recentemente.

Ao sabor desses novos ventos, a afluência de determinantes externos na ordenação das economias nacionais faz com que, à agenda econômica dos Estados, fiquem também associados outros temas de relevância supranacional, como proteção ambiental, tributação, monitoramento das empresas transnacionais etc. Será sobre um desses novos temas, especificamente a tributação internacional, que nos deteremos a partir de agora.

As notas que ora iniciamos, aproximando Direito Tributário, Finanças Internacionais e Direito Internacional, terão como objetivo sistematizar a noção de alguns princípios tributários – particularmente aqueles referentes à tributação internacional das rendas das empresas.

## 2. Universalidade e territorialidade na tributação internacional

Viu-se acima que, com a maior integração dos mercados nacionais à economia mundial, valorizou-se a importância das empresas multinacionais – aquelas cujas unidades (matriz, subsidiárias, coligadas, filiais etc.) situam-se sob diversas jurisdições. Um ponto particularmente importante no que diz respeito a essa atividade empresarial multinacional é o que trata da tributação internacional de suas rendas.

O sistema internacional contemporâneo de tributação sobre as rendas é orientado por dois princípios distintos: o da *territorialidade* e o da *universalidade*. Ambos constituem elementos de conexão entre Estado e contribuinte, estabelecendo critérios para definir o exercício do poder estatal de tributar.

Excludentes entre si, a opção por qualquer um deles nos sistemas tributários dos Estados é decidida apenas pela conveniência e oportunidade de um ou outro princípio em relação às políticas fiscais planejadas e pretendidas pelos países. Como princípios que são, a *territorialidade* e a *universalidade* orientam toda a atividade legislativa e hermenêutica que lhes é subsequente nos Estados que as adotam.

### 2.1. O princípio da territorialidade

Também conhecido como *source income taxation* ou *base territorial*, o princípio da territorialidade significa que todas as situações



jurídicas que dão origem à produção de renda, por nacionais ou residentes, localizadas dentro do território de um Estado, geram uma obrigação tributária<sup>4</sup>.

A territorialidade tributária é, afinal, decorrência lógica do próprio poder soberano de qualquer Estado, já que todos os fatos ocorridos dentro do seu território são ordenados e disciplinados pelo seu sistema jurídico. Pode-se concluir que é a base territorial uma manifestação pura da jurisdição, aquele poder-dever de que dispõe o Estado para, nos limites territoriais de sua soberania, aplicar o seu Direito.

Acerca da opção entre a territorialidade e a universalidade, Heleno Torres<sup>5</sup> chega a afirmar:

“Em verdade, tal escolha paira, tão-somente, na opção entre adotar o princípio da universalidade, ou não, porque o princípio da territorialidade é imanente a todo e qualquer ordenamento jurídico. Não há uma terceira opção”.

Segundo o princípio da territorialidade, a imponibilidade dependerá tão-só da localização territorial da fonte geradora da renda. Descrita a hipótese de incidência na lei e ocorrendo o fato gerador no território nacional, nasce a obrigação tributária. Pelo princípio da territorialidade, importa essencialmente determinar a localização da fonte reidual produtora, se em território nacional ou estrangeiro. Evidenciado que essa fonte está localizada em país estrangeiro, seria inegável que o fato gerador estaria fora do alcance de validade da legislação tributária nacional<sup>6</sup>.

A maior integração das praças comerciais e financeiras mundiais experimentada nas últimas décadas desvalorizou a adoção da base territorial pelas economias nacionais, sobretudo em razão da evasão fiscal internacional decorrente de pesados estímulos fiscais estrangeiros (guerra tributária para atração de investimentos) e da formação de paraísos fiscais<sup>7</sup>. Obviamente que, quando um Estado tributa apenas as fontes reituais localizadas

<sup>4</sup> “Obrigação Tributária é uma relação de Direito Público, prevista na lei descritiva do fato que lhe dá origem, pela qual o Fisco (sujeito ativo) exige do contribuinte (sujeito passivo) uma prestação (objeto)” (NOGUEIRA, 1990, p. 145).

<sup>5</sup> 1997, p. 69.

<sup>6</sup> CASELLA, [s.d.], p. 83.

<sup>7</sup> TORRES (1997, p. 73) indica como paraísos fiscais para rendimentos de pessoas jurídicas, entre outros, Uruguai, Groelândia, Belize, Bahamas, Costa Rica, Panamá, Bermudas e Hong Kong.

em seu território, poderá haver uma fuga de investimentos para outras praças onde o tributo não seja tão pesado.

## 2.2. O princípio da universalidade

No contexto atual de internacionalização da economia, a evasão fiscal é fenômeno comum e constante que precisa ser combatido. Do mesmo modo, a maior necessidade de operações internacionais para um número crescente de operadores privados requer a flexibilidade e previsibilidade do regime legal-tributário aplicável aos investimentos internacionais.

Assim, em oposição à base territorial, o sistema de tributação de rendas apresenta o princípio da universalidade – também denominado de *base global*, *princípio da pessoa-lidade*, *princípio da renda mundial* ou ainda *world-wide income taxation* – que melhor atende às exigências de isonomia entre os contribuintes que têm rendas apenas no mercado doméstico e aqueles que atuam em praças financeiras no exterior, favorecendo-se de benefícios fiscais estrangeiros.

Segundo o princípio da base global do imposto sobre a renda, passa a ser tributada a universalidade dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos (nos mercados doméstico e exterior) por pessoas jurídicas domiciliadas no país. Todas as rendas obtidas por pessoas jurídicas sediadas nos Estados que adotam a base global, mesmo aquelas obtidas fora do território nacional, encontram-se dentro do âmbito da incidência do IR. Em suma, o princípio da base global do IR obriga a taxação da renda onde quer que ela venha a ser produzida.

A adoção da base global vem se tornando cada vez mais freqüente nas economias contemporâneas, sobretudo aquelas mais desenvolvidas, exportadoras de capital e investimento. Com propriedade, Heleno Torres<sup>8</sup> anota como virtudes do princípio da universalidade, entre outras, a ampliação do financiamento do Estado, decorrente da maximização da sua base fiscal, a vocação isonômica daquele princípio (v. supra) e, sobretudo, a sua melhor adaptação aos princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade.

Revela-nos Antônio Carlos Rodrigues do Amaral<sup>9</sup> que, em histórica decisão, a Suprema Corte norte-americana, ainda no início da década de 20, já se pronunciara acerca da

<sup>8</sup> 1997, p. 73.

<sup>9</sup> 1997, p. 310.

constitucionalidade da adoção da base global no *case Cook v. Tait* (1924).

Argüido em 15 de abril de 1924 e decidido em 5 de maio de 1924, o caso cuidava de uma repetição de indébito movida (por Cook) contra um coletor (Tait) da Receita Federal norte-americana (*Internal Revenue Service – IRS*), objetivando recuperar a soma de US\$298,34, referente à primeira parcela do imposto sobre uma renda advinda de uma propriedade situada na cidade do México – fora da jurisdição tributária americana, portanto.

Doutrinariamente, aquela decisão da Corte Suprema baseava-se no argumento de que o sistema tributário de um país é fundamentado pela presunção de que “o Governo, por sua própria natureza, beneficia o cidadão e suas propriedades onde quer que estejam situadas”<sup>10</sup>.

Finalmente, vale observar que duas são as principais conseqüências da adoção da base global no IRPJ: a) a bitributação internacional da renda, que veremos mais detalhadamente

<sup>10</sup> U.S. Supreme Court. COOK v. TAIT, 265 U.S. 47 (1924). Mr. Justice McKENNA: “[In United States v. Bennett] The contention was rejected that a citizen’s property without the limits of the United States derives no benefit from the United States. The contention, it was said, came from the confusion of thought in ‘mistaking the scope and extent of the sovereign power of the United States as a nation and its relations to its citizens and their relation to it.’ And that power in its scope and extent, it was decided, is based on the presumption that government by its very nature benefits the citizen and his property wherever found, and that opposition to it holds on to citizenship while it ‘belittles and destroys its advantages and blessings by denying the possession by government of an essential power required to make citizenship completely beneficial.’ In other words, the principle was declared that *the government, by its very nature, benefits the citizen and his property wherever found, and therefore has the power to make the benefit complete.* Or, to express it another way, the basis of the power to tax was not and cannot be made dependent upon the situs of the property in all cases, it being in or out of the United States, nor was not and cannot be made dependent upon the domicile of the citizen, that being in or out of the United States, but upon his relation as citizen to the United States and the relation of the latter to him as citizen. The consequence of the relations is that the native citizen who is taxed may have domicile, and the property from which his income is derived may have situs, in a foreign country and the tax be legal – the government having power to impose the tax. Judgment affirmed.” (<http://www.findlaw.com/cgibin/getcase.pl?court=US&vol=265&invol=47>).

no capítulo a seguir e b) a substancial perda de importância dos paraísos fiscais como atrativos aos capitais internacionais.

### 3. O problema da pluritributação

#### 3.1. A questão da bitributação internacional

Não demanda muito esforço se concluir que a adoção da base global no Imposto de Renda pode favorecer o concurso de pretensões tributárias entre dois ou mais Estados soberanos – fenômeno a que se dá o nome de pluritributação internacional. Desde logo é preciso ressaltar entretanto que, apesar de ser um fenômeno que inibe circulação internacional de capital e, por isso, contrário às atuais tendências de abertura da economia<sup>11</sup>, a pluritributação internacional é um procedimento nacional legítimo e não pode ser limitada por nenhuma lei ou norma constitucional, já que decorre diretamente do poder estatal de tributar.

A fim de evitar os problemas e injustiças decorrentes da pluritributação internacional, os Estados passaram a adotar duas ordens de medidas – unilaterais e bilaterais, dependendo da política fiscal desejada.

Entre as medidas internas (unilaterais) para evitar a bitributação estão a isenção (*tax exemption*), o crédito de imposto (*tax credits*) e a dedução de impostos com despesas. Veja-se

Isenção (*tax exemption*) – é o efeito de certas normas que, ao incidirem sobre determinados fatos, previstos nas respectivas hipóteses de incidência isentiva, eliminam a possibilidade de surgimento da obrigação tributária<sup>12</sup>. Pelo sistema do *tax exemption* o Estado se nega a impor qualquer exação (ou aplica uma exação progressiva) a certas categorias redituais de fonte estrangeira.

Crédito de imposto (*tax credits*) – é um sistema que concede ao contribuinte o direito subjetivo de abater dos impostos sobre a renda devidos ao Estado de residência, sob a forma de crédito, os valores pagos no estrangeiro sobre as mesmas categorias redituais<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> ROLIM (1996, p. 85) relata que “a dupla tributação internacional acarreta, além de ser um obstáculo para o comércio e investimentos, uma repartição injusta dos encargos fiscais entre contribuintes, conforme tenham interesses no estrangeiro ou se entreguem a atividades limitadas ao território nacional”.

<sup>12</sup> TORRES, 1997, p. 290.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 298.

Dedução de impostos como despesas – consiste na possibilidade de deduzir da base de cálculo do imposto doméstico, sob a forma de despesa, o valor dos tributos efetivamente pagos no exterior<sup>14</sup>. Tal método se justifica pelo fato de que os tributos pagos no exterior são despesas inerentes à produção da renda.

Além desses modelos, para se livrar dos efeitos maléficos da pluritributação internacional, os Estados contemporâneos adotam soluções bilaterais – os acordos e convenções internacionais para evitar a bitributação. Tanto a ONU (1980) como a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE – (1992) apresentam modelos de convenção desse tipo.

#### 4. A tributação da renda no Brasil

##### 4.1. O imposto de renda de pessoa jurídica

No Brasil, ao contrário do que ocorria com o Imposto de Renda de Pessoa Física, que adotava o princípio da *universalidade* dos rendimentos, o Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, até recentemente, adotava o princípio da *territorialidade*<sup>15</sup>, segundo o qual ficavam sujeitos àquele tributo apenas os rendimentos produzidos no âmbito do Estado brasileiro. Corroborando esta afirmação, veja-se o que estatua o art. 337 do Regulamento do Imposto de Renda de 1994:

“Art. 337 – O lucro proveniente de atividades exercidas parte no país e parte no exterior somente será tributado na parte produzida no país”.

Vê-se, pois, que as rendas obtidas fora do território brasileiro por pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil encontravam-se fora da incidência do IR até recentemente. A esse respeito, o eminente jurista Paulo Borba Casella<sup>16</sup> já lecionou:

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 321.

<sup>15</sup> Relata TORRES (1997, p. 39) que “o Brasil, por exemplo, com o Dec. Leg. nº 2.397, de 22.12.87, alterou o regime de tributação de pessoas jurídicas que produzem rendas no exterior, passando do princípio da territorialidade para o princípio da renda mundial. (*world-wide income taxation*), ou princípio da universalidade. Dois meses após, com o Dec. Leg. nº 2.413, de 10.2.88, determinou a taxação inclusiva das rendas produzidas mediante subsidiárias. Dois meses mais tarde, mediante o Dec. Leg. nº 2.429, de 15.4.88, no seu art. 11, restabeleceu o princípio da territorialidade, fazendo retornar tudo ao *status quo* ante. Uma verdadeira alquimia fiscal em menos de um ano”.

<sup>16</sup> [s.d.], p. 81.

“Com efeito, nos seus primórdios, a legislação do imposto de renda brasileiro dispunha que o tributo incidia exclusivamente sobre os rendimentos produzidos no Brasil. Com o passar do tempo, face ao desenvolvimento da atividade empresarial brasileira, tornou-se necessário regular, do ponto de vista fiscal, a apuração dos resultados das pessoas jurídicas cuja operacionalidade não mais se circunscrevia ao território nacional. Coexistindo a intributabilidade dos rendimentos produzidos no exterior com a sujeição ao tributo dos rendimentos aqui produzidos, impunha-se a instituição de normas reguladoras para os casos em que a mesma pessoa jurídica exercesse atividades fora e dentro do país”.

Com a vigência da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, entretanto, passou-se a tributar, a partir de 1996, a universalidade dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos por pessoas jurídicas aqui sediadas – passando-se a adotar a base global no IRPJ brasileiro. Os lucros de filiais, sucursais, controladas e coligadas, auferidos no exterior por pessoa jurídica domiciliada no Brasil, do mesmo modo, também passaram a ser tributados pelo IRPJ em nosso país.

Para os doutrinadores do Direito Tributário<sup>17</sup>, a adoção do princípio da universalidade no IRPJ brasileiro seria um parâmetro mais adequado para se avaliar a capacidade contributiva dos sujeitos passivos da exação, como previsto no art. 145, §1º, da CF/88 (“sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”). Do mesmo modo, a adoção da base global no IRPJ brasileiro concretiza a hipótese definida no art. 153, §2º, I da CF/88 (“o imposto de renda será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei”).

O tratamento normativo da Lei nº 9.249/95 é, basicamente, o seguinte:

“Art. 25 – Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

(...)

<sup>17</sup> AMARAL, 1996, p. 310.

§5º – Os prejuízos e perdas decorrentes das operações referidas neste artigo não serão compensados com lucros auferidos no Brasil.

(...)

Art. 26 – A pessoa jurídica poderá compensar o Imposto sobre a Renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real, até o limite do Imposto sobre a Renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital”.

Conforme o esquema geral proposto na Lei nº 9.249/95, em seus arts. 25 e 26, a implementação da base global implicará<sup>18</sup>: 1) rendimentos obtidos no exterior tributados anualmente, independentemente de efetiva distribuição; 2) impossibilidade de compensação dos prejuízos obtidos no exterior; 3) possibilidade de compensação do imposto pago no exterior (*tax credits*)<sup>19</sup>; 4) obrigatória utilização do regime de tributação com base no lucro real.

Conseqüência imediata da adoção da base global para as pessoas jurídicas brasileiras passa a ser a preocupação em se evitar a bitributação internacional sobre as suas rendas. Após as mudanças introduzidas pela Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, partiu-se assim para a busca de soluções que evitassem aquele custo adicional extraordinário. Em um sistema comercial altamente competitivo, como o atual, a perseguição da maior qualidade e menor custo nos produtos e serviços é uma constante. Nesse novo âmbito, mais importante e útil que a manutenção de subsidiárias brasileiras em paraísos fiscais do exterior, passou a ser a criação de sociedades em países com que o Brasil celebrou convenções destinadas a impedir a bitributação.

Pelo sistema de *tax credits* não haveria vantagem de se estruturar uma subsidiária nas Ilhas Cayman, por exemplo, já que aquele

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Mais uma vez é AMARAL (1996, p. 309) quem observa que “as repartições diplomáticas localizadas no exterior dificilmente estarão aptas a verificar da correção, ou não, do documento arrecadatário que lhe for submetido para autenticação. Os Estados Unidos, para essa, entre outras finalidades, além de uma ampla rede de acordos internacionais em matéria tributária e de troca de informação com os fiscos nacionais, possui diversos escritórios do *Internal Revenue Service* (Receita Federal norte-americana) em vários países do mundo”.

imposto que não seria pago lá motivaria a integralidade da cobrança do IRPJ no Brasil. Ao passo que, havendo pagamento de Imposto sobre a Renda nas Ilhas Cayman, a pessoa jurídica poderá compensá-lo até o limite do Imposto sobre a Renda incidente no Brasil.

Por outro lado, veja-se o que ocorre na Ilha da Madeira, território onde é vigente a *Convenção para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Imposto sobre o Rendimento*, celebrada entre Brasil e Portugal e aprovada pelo Decreto nº 69.393, de 21.10.71:

“[O art. 7º, §1º, da Convenção Brasil-Portugal] determina que os lucros de uma empresa de um dos Estados contratantes (no caso, Portugal), só podem sofrer tributação nesse mesmo Estado, a menos que essa empresa exerça a sua atividade no outro Estado contratante (no caso, o Brasil) através de estabelecimento estável aí situado. A sociedade sediada na Ilha da Madeira somente nesse local poderia sofrer tributação. No entanto, a Ilha da Madeira, sendo considerada uma zona franca, há isenção de tributação do imposto de renda, o que significa que os rendimentos estariam isentos de tributação”<sup>20</sup>.

O Brasil, anota Amaral<sup>21</sup>, mantém tratados firmados para evitar a bitributação, entre outros, com os seguintes países: Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, China, República Checa, República Eslovaca, Dinamarca, França, Alemanha, Equador, Holanda, Hungria, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Espanha e Suécia. Por meio desses tratados, frustra-se a intenção do legislador brasileiro de tributar os lucros, rendimentos e ganhos de capital gerados por subsidiárias brasileiras localizadas no exterior.

Por fim, não se pode deixar de lado o papel brasileiro dentro da organização do Mercosul. A esse respeito, vale destacar inicialmente que o Tratado de Assunção, em seu art. 1º, estabelece:

“O Mercado Comum implica:

a) A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação de direito aduaneiros e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e qualquer outro meio equivalente.

<sup>20</sup> CASELLA, op. cit., p.85.

<sup>21</sup> 1996, p. 309.

b) O estabelecimento de uma TEC (...) em relação a terceiros Estados ou grupos de Estados.

c) A coordenação de políticas fiscal (...), aduaneira (...) e outras que se acordem.

d) O compromisso dos Estados-partes de harmonizar suas legislações em áreas pertinentes, para lograr o processo de integração”.

Pode-se concluir daí que é condição indissociável para a constituição de um mercado comum que os Estados-membros harmonizem os regimes tributários comunitário e particular. As distorções implicam existência de discriminações de origem fiscal que alteram as condições de concorrência e as correntes ordinárias de tráfego comercial. A harmonização há de estender-se a todos os tributos, salientando-se, outrossim, que a harmonização fiscal pressupõe não só harmonização eco-

nômico-fiscal, como também uma política comum dos Estados-partes. Dentro desse complexo sistema, há dois princípios básicos a serem perseguidos:

*A proibição de bitributação:* é fundamental que a tributação da renda ou do patrimônio de um contribuinte seja efetuada apenas uma vez, sob pena de criar injustiças e impedir o desenvolvimento.

*A supressão de fronteiras fiscais:* a abolição das fronteiras fiscais, que tem por finalidade nivelar as cargas tributárias, é resultado da exigência de integração em um “mercado comum” real.

A fim de se captar com maior precisão as distorções entre os diversos sistemas tributários dos Estados do Mercosul, veja-se a tabela abaixo que apresenta, com algum detalhamento, os aspectos mais particulares da tributação da renda na Argentina, no Brasil, no Paraguai e no Uruguai.

Imposto de Renda Pessoa Jurídica - Quadro Comparativo				
	Argentina	Brasil	Paraguai	Uruguai
Base de Cálculo	Renda Líquida	Renda Líquida	Renda Líquida	Renda Líquida
Alíquota	30% (a)	25% (b)	30%	30%
Crítério Territorial	Fonte Mundial	Fonte Mundial	Fonte Paraguaia	Fonte Uruguiaia
Proporcional ou Progressivo	Proporcional	Progressivo	Proporcional	Proporcional
Ajuste pela Inflação	Não	Sim	Não	Sim
Perdas Fiscais	5 Anos	4 Anos	3 Anos	3 Anos
Retenções de Remessas ao Exterior	Sim	Sim	Sim	Não
Dividendos	Não há	15%	5%	(c)
Juros	12%	25%	17,5%	Não há
Royalties	18 e 24%	25%	17,5%	20%
Assistência Técnica	24%	25%	25,5%	(d)

Legenda:

(a) Sociedades nacionais ou sucursais estrangeiras

(b) Mais o adicional de 10% e contribuição social

(c) Pagos a residentes: isentos; remetidos ao exterior: sujeitos a retenção de 30%. Se taxados no país do acionista ou da matriz, haverá um crédito pela taxa paga no Uruguai.

(d) Retenção de 30%; isenção se taxado no país beneficiário.

Fonte dos Dados:

*Mercosul: A Estratégia Legal dos Negócios*, p. 90.

## 5. Conclusão

Com o surgimento da nova ordem mundial, desde o fim da Guerra Fria, estreitaram-se como nunca as relações econômicas entre as diversas partes do globo, sobretudo em decorrência da revolução tecnológica. Deu-se origem, assim, ao fenômeno da mundialização da economia que, rompendo com as fronteiras geográficas nacionais do comércio e da produção, limitou a liberdade de execução das políticas tributária e financeira dos países, já que aumentava a *interdependência* entre eles.

Quanto mais integrada a economia internacional, maiores as exigências de reformulação das estratégias de atuação do Estado e de fortalecimento de seus núcleos coordenadores e reguladores, para que se combatam a especulação financeira, o endividamento interno e a evasão fiscal – empecilhos maiores do desenvolvimento econômico e social.

A reforma do Estado, portanto, torna-se imperativa e deve ser dirigida a articular a segura integração dos mercados interno e externo. Um ponto basilar nesta reengenharia do Estado diz respeito à reformulação do seu aparato legal. Na ordem globalizada, o Direito há de adaptar-se melhor às idéias de *parceria* e *controle* e à criação de instâncias de negociação desestatizadas (nacionais e internacionais), conceitos que precisam ser melhor compreendidos e utilizados pelo ordenamento positivo.

No âmbito da nova ordem mundial, constata-se o enfraquecimento dos Estados nacionais, baseados na soberania absoluta, no intervencionismo e no centralismo, e o favorecimento do papel das empresas privadas, sujeitos econômicos importantíssimos no processo de universalização da história, na medida em que possuem uma mobilidade e uma capacidade adaptativa extraordinárias no meio ambiente econômico.

São marcas da contemporaneidade as facilidades de comunicação, o processamento veloz de informações, a formação de blocos econômicos multilaterais, a maior mobilidade internacional dos fatores produtivos (capital, trabalho, matérias primas etc.) e a valorizada importância de informação e dinheiro enquanto importantes bens de capital (“economia da informação”!). Nesse cenário, não somente é contraditório, como o mais das vezes contra-producente, tentar-se impor limites e fronteiras, sejam essas nacionais ou ideológicas, ao capital-informação ou ao capital dinheiro<sup>22</sup>.

## Bibliografia

- AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. *Tributação do consumo e da renda no Mercosul*. In: *Anais... SIMPÓSIO IOB DE DIREITO TRIBUTÁRIO*, 1, [s.d]. p.119-143.
- . Bases globais do imposto de renda e “Transfer Pricing” no Brasil. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 13, p. 310-305, 1996.
- BAUMANN, Renato (org.). *O Brasil e a economia global*. São Paulo : Campus, 1996.
- CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo : Malheiros, 1997.
- CASELLA, Paulo Borba. *Circulação de capitais em perspectiva brasileira : entrada e saída de divisas e moeda nacional*. *Revista de Direito Mercantil*, n. 103, p. 79-86.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1997.
- NOGUEIRA, Rui Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- ROLIM, João Dácio. *Da tributação da renda mundial : princípios jurídicos*. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 4, 96, p. 87-85, 1996.
- TORRES, Heleno. *Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- UCKMAR, Victor. *La evasión fiscal internacional*. *Revista de Direito Tributário*, v 4, n. 13-14, p. 09-35, jul/dez. de 1980.

<sup>22</sup> CASELLA, op. cit., passim.

# A prática jurídica no domínio da proteção internacional dos direitos do homem

(A Convenção Europeia dos Direitos do Homem)

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

## SUMÁRIO

*1. Tipologia dos sistemas de proteção dos direitos do homem. Delimitação da proteção da humanidade no Direito Internacional. O direito de ação e os dispositivos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2. Os princípios e os mecanismos da Convenção. Regras, métodos e princípios de interpretação na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem. 3. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem. 4. Bioética e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Experimentação médica e científica. 5. A Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e as Liberdades Fundamentais. 6. O conteúdo dos artigos da Convenção. 7. Os Protocolos Adicionais. 8. A responsabilidade do Estado por violação dos direitos do homem.*

### 1. Tipologia dos sistemas de proteção dos direitos do homem. Delimitação da proteção da humanidade no Direito Internacional. O direito de ação e os dispositivos da Convenção Europeia de Direitos do Homem

A doutrina dos direitos humanos, e a sua própria conscientização, tomou grande relevo, desde o final da Segunda Guerra Mundial, como um verdadeiro fenómeno cultural de nossos dias. É a primeira vez, na experiência da humanidade, que ocorre aceitação universal, da necessidade de um mínimo de normas, no que se refere aos direitos individuais, como uma Declaração Universal, para a comunidade global.

Os direitos humanos não podem ser apenas retóricos, nem, muito menos, monopólio dos advogados. Suas explicações são multidisciplinares.

José Alfredo de Oliveira Baracho é Doutor em Direito.

nares, pelo que podem ser examinadas, seguindo diversas perspectivas: a) históricas; b) filosóficas; c) religiosas; d) legais; e) sociais; f) culturais; g) política e h) econômicas.

Em cada uma dessas áreas devemos realizar as necessárias combinações, entre os aspectos conceituais e práticos. É preciso realizar as aproximações entre os direitos humanos e cada uma dessas disciplinas. Os direitos humanos são “multidisciplinares”, por essência. O pensamento histórico, as modificações constitucionais, as diversas correntes filosóficas, os ensinamentos religiosos, os princípios legais, bem como a vida social, cultural, política e econômica mantêm interligações entre os diversos sistemas de direitos humanos. Os direitos humanos não podem ser compreendidos de maneira isolada.

C. G. Weeramantny, em artigo apresentado no *Internacional Seminar of Teaching of Human Rights* (United Nations, Geneva, 5-7 December, 1988), dedicado aos estudos dos direitos humanos, apresenta critérios sob os quais podem ser estudados os direitos humanos. Não devemos, no seu entendimento, ensinar o atual conteúdo dos direitos do homem, mas entendê-los. É preciso apreciá-los, de maneira profunda. Os cidadãos devem encorajar os estudos e a prática dos direitos humanos. Indagar a razão da existência deles, suas justificações e a utilidade dos mesmos.

Não se deve apenas discutir os direitos humanos e suas violações, em termos apenas de suas origens, mas torna-se necessário consagrar medidas para sua efetivação. Os discursos sobre os direitos humanos têm sido efetivados, em grande parte, em alguns sistemas legais. Nem todas as comunidades têm dado relevância à teoria dos direitos humanos, nem dedicado suficiente apreço no ensino desse assunto. É importante, no ensino dos direitos humanos, que se reconheçam as instituições que denegam os direitos do homem. Existem lugares, em que o desrespeito aos direitos humanos, constitui fonte para denegrir o próprio sistema legal, nos seus aspectos estruturais e conceituais, com repercussões no sistema administrativo, no religioso, no educacional, no de comunicações e no industrial<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> WEERAMANTNY, C. G. The Teaching of Human Rights. *Sri Lanka Journal of International Law*. v. 1, junho, 1989. p. 79 e segs. Hayden Starke Professor of Law, Faculty of Law, Monash University, Austrália. This article was first presented at the International Seminar of the Teaching of Human Rights, United Nations, Geneva, 5-7, December, 1988.

A Academia de Direito Internacional, por meio de seu *Centre de droit international*, dedicou-se ao tema geral da proteção internacional dos direitos do homem. Entendeu-se que não havia apenas um sistema de proteção dos direitos humanos, mas diversos sistemas concretos, variados, criados e aceitos pelos Estados.

Diversos sistemas internacionais de proteção são consagrados no direito internacional convencional ou costumeiro. Os mais importantes foram instaurados por algumas Convenções internacionais, como: a Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 1950; a Convenção concernente à luta contra a discriminação no domínio do ensino, de 14 de dezembro de 1960; a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 21 de dezembro de 1965; os pactos relativos aos direitos do homem, de 16 de dezembro de 1966; a Convenção Americana, relativa aos direitos do homem, de São José, de 22 de novembro de 1969<sup>2</sup>.

Muitos documentos compõem outros sistemas, como os concernentes aos estrangeiros, às vítimas de guerra (Convenção de Genebra), aos trabalhadores (Convenções da OIT) e muitas outras manifestações que foram ampliando e aplicando as diversas maneiras de resguardo e proteção dos direitos humanos.

Os trabalhos que surgiram procuram estabelecer as diversas variáveis que caracterizam cada sistema de proteção, bem como seu conteúdo específico. São apontadas quatro variáveis, indispensáveis para definir os sistemas de aplicação:

1 – quem protege, isto é, a determinação do *órgão protetor*;

2 – quem é protegido, corresponde à determinação das *pessoas protegidas*;

3 – em que consiste a definição dos *direitos protegidos*;

4 – como é o problema dos *meios* e dos *métodos* de proteção<sup>3</sup>.

A determinação do órgão protetor encontra-se, primeiramente, nos termos da soberania nacional, efetivada no Estado no qual a pessoa

<sup>2</sup> TRAVIESO, Juan Antonio. *La Corte Interamericana de Derechos Humano ; Opiniones consultivas y fallos ; La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1996.

<sup>3</sup> SALMON, Jean. J. A. Essai de typologie des systemes de protection des droits de l'homme. In: LA PROTECTION internationale des droits de l'homme. Bruxelas : Université de Bruxelles, 1977. p. 174.



protegida é domiciliada. Pode ocorrer, também, por intermédio de um terceiro Estado determinado ou não, bem como por meio de uma organização internacional governamental ou não-governamental.

O protetor inicial dos direitos do homem deve ou deveria ser, pelo menos, o Estado sobre o território no qual o cidadão se encontra, debaixo da submissão à ordem jurídica consagrada. Henri Rolin, em 1950, em *La Haya*, disse:

“o primeiro modo de proteção dos direitos individuais, contra os atos ilícitos de órgãos ou agentes estatais, é o recurso aos órgãos de controle interno”.

É uma prerrogativa da soberania territorial assegurar uma ordem jurídica que confere aos particulares, nacionais ou estrangeiros, os direitos e as liberdades fundamentais. Os vários textos relativos aos direitos do homem estabelecem para os Estados que os subscrevem a obrigação de outorgar aos particulares recursos efetivos na ordem interna, em caso de violação dos direitos protegidos (Declaração Universal, art. 8º; Convenção Européia, art. 13; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 2, § 3º; Convenção sobre a Discriminação Racial, art. 6; Convenção sobre a Discriminação Religiosa, art. X; Convenção de San José, art. 27, § 1º.

Em certos momentos, o objetivo da regra é resolver um conflito de jurisdição, entre a ordem interna e a ordem internacional. Pode ocorrer a dupla proteção, por meio do direito interno e do direito internacional, em decorrência de simultânea violação, em ambas as ordens jurídicas.

A proteção da humanidade é uma instituição jurídica que, na comunidade internacional dos Estados, visa proteger todos os indivíduos, qualquer que seja sua nacionalidade, principalmente os direitos fundamentais, que decorrem da própria natureza do ser humano, antes mesmo de que ele faça parte de uma sociedade política. A proteção da humanidade é independente de todo reconhecimento escrito, em decorrência de seu caráter fundamental e inalienável, proveniente de certas prerrogativas inerentes à natureza humana. Ela não se confunde com o que normalmente se entende como proteção internacional dos direitos do homem, que corresponde apenas aos direitos expressamente reconhecidos pelos textos internacionais.

O conteúdo da noção ou a determinação dos direitos protegidos parte, em princípio, do

reconhecimento de dois pressupostos essenciais: a *vida* e a *liberdade*. No momento em que o legislador interno objetiva garanti-los, ele deverá considerar como uma espécie de um terceiro direito humano, o princípio da *legalidade*.

O *direito de ação*, em virtude dos dispositivos da Convenção Européia dos Direitos do Homem<sup>4</sup>, constitui um aspecto fundamental do Direito Processual Internacional.

A Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950, para entrar em vigor no dia 3 de setembro de 1953, é caracterizada pelo mecanismo judiciário, que ela instituiu, no plano europeu, com o objetivo de assegurar a garantia coletiva de certos direitos, considerados como fundamentais a toda sociedade democrática. Consagra a todas as pessoas a jurisdição das “garantias democráticas”, independentemente da nacionalidade e de sua residência.

O preâmbulo da Convenção ressalta o papel dos meios para atender à salvaguarda e ao desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

O direito a um recurso individual é a pedra angular do sistema previsto pela Convenção, como a inovação mais importante, consagrada no domínio do direito das gentes. O direito de ação dos particulares (artigos 25 e 48 da Convenção) assenta-se na insuficiência de uma ação, exclusivamente reservada aos Estados, fosse eficaz apenas na proteção diplomática. Ela não é suficiente para assegurar a proteção eficaz dos direitos do homem, muitas vezes, vítima desconhecida de seus próprios governos.

Quanto à sua natureza, o direito de ação dos particulares, nos termos do artigo 25, caracteriza-se como uma *demand*, que não se configura apenas como direito de petição. O requerente individual deve ser vítima de uma violação de direitos, garantidos pela Convenção. O exercício do direito configura-se em um recurso individual, de um titular desse direito. Toda pessoa física, toda organização não-governamental ou grupos de particulares, que são

<sup>4</sup> MÜLLER-RAPPARD, Ekkehart. Le droit d'action en vertu des dispositions de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. In LA PROTECTION internationale des droits de l'homme, p. 31 e segs; GOMIEN, Donna. *Vade-mecum de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Strasbourg : Conseil de l'Europe, 1996. (Collection Documents européens).

vítimas de violação, por uma das Altas Partes Contratantes dos direitos reconhecidos pela Convenção, têm direito de agir. Essa fórmula faz abstração das noções de nacionalidade, residência e capacidade de estar em juízo, por que esses direitos tutelam, também, o menor, o apátrida, o alienado e o detento.

O direito de ação, no sistema europeu, considerado como “direito de recurso individual” é da maior importância, para o sistema criado pela Convenção. Mas o recurso individual, em virtude da Convenção, está submetido a condições muito estritas.

O direito a um recurso efetivo, perante a autoridade nacional competente, nas Convenções Internacionais, relativas à proteção dos direitos do homem, tem suas origens e fundamentos no artigo 8, da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

“toda pessoa tem o direito a um recurso efetivo, perante as jurisdições nacionais competentes, contra os atos que violam os direitos fundamentais que são reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

A Convenção Européia dos Direitos do Homem, consagrando a proteção dos direitos do homem na ordem jurídica internacional, aboliu a distinção radical entre ordem interna e ordem internacional, sobre a qual estava fundado o Direito internacional clássico. O direito europeu, no que toca aos direitos do homem, visa assegurar em nome dos valores comuns e superiores do Estado a proteção dos interesses dos indivíduos. Essa idéia, de uma ordem comum, passou a dar plenos efeitos aos direitos e liberdades da pessoa.

Os direitos do homem identificam a pessoa humana em seu caráter objetivo, não são atribuídos aos indivíduos, com base em um estatuto jurídico particular revogável, mas na própria qualidade de pessoa humana. O CEDH apresenta o caráter que a Comissão reconheceu, expressamente, na decisão Áustria/Itália, de 11 de janeiro de 1961: as obrigações subscritas pelos Estados contratantes, na Convenção, têm essencialmente caráter objetivo, pois eles visam proteger os direitos fundamentais dos particulares contra as manifestações dos Estados contratantes, atentatórios a estes direitos. O caráter objetivo do sistema convencional transcende os interesses estatais e cria a *solidariedade* comum.

Conforme a Convenção de Viena, de 23 de maio de 1969, sobre o direito dos tratados, a violação, mesmo substancial, por um Estado-

parte, de uma convenção dos direitos do homem, de disposições relativas à proteção da pessoa humana, não autoriza às outras partes contratantes, a pôr fim ao tratado ou suspender sua aplicação. A inexecução das disposições protetoras, pode prejudicar os indivíduos.

A *aplicabilidade direta* da Convenção européia tem sua especificidade, decorrente de seu caráter objetivo de convenção protetora dos direitos individuais. O caráter diretamente aplicável (*self-executing*) da norma convencional deve ser preciso. A aplicabilidade direta envia ao direito público interno dos Estados e supõe que a regra internacional não necessita, para ser seguida, de ser introduzida na ordem interna por uma disposição especial. A Convenção Européia não impõe a integração da mesma no direito interno.

Quanto ao *exercício dos direitos*, o caráter objetivo das normas subscritas pelos Estados-partes da Convenção. Surge, igualmente, no mecanismo erigido pela Convenção, para garantir o exercício efetivo desses direitos e seu respeito. O mecanismo de controle repousa sobre a noção de *garantia coletiva*. Nos termos do Preâmbulo do Estatuto do Conselho da Europa, bem como o da Convenção, o respeito aos direitos dos homens e das liberdades fundamentais, fazem parte do “patrimônio comum ideal e das tradições políticas” dos Estados-membros do Conselho da Europa. Tratando-se de um patrimônio comum, a Convenção encarrega os Estados contratantes de assegurar, coletiva e solidariamente, a salvaguarda dos direitos enunciados. Essa garantia coletiva e solidária é confiada aos Estados e aos indivíduos. O direito de ação estatal é consagrado pelo artigo 24 da CEDH, que autoriza todo Estado contratante a permitir que a comissão possa atuar em todos os casos em que haja ofensa à Convenção, por um outro Estado-parte. A convenção européia derogou os princípios fundamentais do direito internacional clássico.

O princípio da competência nacional e exclusiva, representado pela proteção diplomática, segundo o qual a vinculação nacional efetiva do indivíduo a um Estado determinado autoriza uma eventual proteção (CPJI, arresto Mavrommatis, 30 de agosto de 1924). A CEDH dá origem a obrigação de os Estados contratantes a compromissos, nos quais a execução não está submetida ao princípio da reciprocidade. O Estado-parte não é obrigado apenas a garantir os direitos protegidos para seus

próprios nacionais, mas, também, a todos os indivíduos que estão sob sua jurisdição, qualquer que seja sua nacionalidade. Esse processo é uma ruptura, no plano teórico, com a proteção diplomática tradicional.

A Convenção Européia consagra, com destaque, o princípio da não-ingerência nos negócios interiores (Declaração da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 24 de outubro de 1970, sobre os princípios que devem reger as relações de amizade entre os Estados).

O direito de ação individual consagra a titularidade de direitos e obrigações, conferidos pela Convenção internacional protetora dos direitos do homem, pelo que o indivíduo pode agir diretamente, por meio de procedimentos adaptados, para fazer prevalecer os direitos aos beneficiários e de fazer respeitar o exercício efetivo. A Convenção Européia, em seu artigo 25, confere ao indivíduo um direito de ação direta. Os recursos contenciosos, mencionados nas duas convenções regionais, distinguem as simples previsões, consagradas por outros instrumentos protetores dos direitos do homem. No plano universal a Convenção de 21 de dezembro de 1965, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial e o Protocolo facultativo, referem-se ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 16 de dezembro de 1966. O direito ao recurso individual tornou-se a pedra angular do mecanismo de salvaguarda instaurado pelo CEDH. A multiplicidade de recursos individuais, facilitados pela gratuidade do processo perante os órgãos de Strasburg e a instauração do sistema de assistência judiciária, deu origem a uma multiplicidade de processos.

A soberania passou por profundas transformações, tendo em vista ser a Convenção Européia um instrumento convencional de caráter obrigatório. Ele reflete a vontade dos Estados a se engajar, de maneira explícita, no domínio dos direitos humanos e repousa sobre o consentimento definitivo do Estado, expresso pela ratificação (art. 66). A necessidade de um instrumento convencional multilateral, em obter a aceitação dos Estados, levou a novas reflexões sobre as soberanias estatais.

A modulação das participações estatais opera-se por reservas e disposições facultativas, que conferem a um instrumento convencional (Convenção ou Protocolo). As disposições facultativas compreendem, primeiramente, a aceitação de cláusulas facultativas de aceitação da competência das Comissões (art. 25) e da Corte (art.

46), inspirados na cláusula facultativa de jurisdição obrigatória do Estatuto da CIJ (Art. 36, § 2º). Estas disposições sobre o respeito das soberanias nacionais justificam o controle do respeito da Convenção ao consentimento dos Estados.

A Convenção Européia dos Direitos do Homem, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, criam um instrumento internacional de proteção aos direitos do homem. O processo de controle compreende três fases: o recebimento da reclamação, a conciliação e a decisão de fundo. O processo perante a Corte, a decisão de fundo e a execução das decisões levam as questões sobre: a formação do julgamento, o caráter contraditório e a decisão (a constatação da violação, a obrigatoriedade da decisão, sua definitividade e a reparação, com temas sobre o caráter subsidiário da reparação e as modalidades de reparação). A execução da decisão leva aos estudos sobre a solução política, o procedimento, a decisão e a sua execução.

Os direitos garantidos ou protegidos são enunciados pela Convenção, no Título I e nos Protocolos 1, 4, 6 e 7. Eles tratam dos direitos individuais, dos quais o indivíduo é titular. Vinham, esses direitos, assegurar a integridade da pessoa, no que se refere ao aspecto físico e moral, considerados como direitos intangíveis: direito à vida; direito de não ser submetido à tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes; direito de não ser colocado em estado de escravidão ou servidão. O Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção Européia e a Convenção Americana sobre Direitos do Homem acordaram-se em estipular que estes direitos não podem ser jamais suprimidos ou limitados. Convém ressaltar, ainda, a não retroatividade da lei penal, que, como outros princípios, constitui atributos inalienáveis da pessoa humana. A CEDH é uma carta viva de direitos e liberdades, que veio acompanhada de ações intergovernamentais, protocolos adicionais, convenção contra a tortura, que se destaca pelo seu aspecto pretoriano<sup>5</sup>.

As reflexões sobre a Comunidade Européia e a Convenção Européia dos Direitos do Homem, como organizações de integração, revelam que elas foram beneficiadas pela transferência de competências de seus Estados-

<sup>5</sup> SUDRE, Frédéric. *La Convention Européenne des Droits de L'Homme*. 2. ed. (Coleção "Que sais-je?", n° 2513), Paris : Presses Universitaires de France, 1992.

membros. À proporção que certos Estados passaram a aceitar a Convenção Européia dos Direitos do Homem, com a utilização de suas competências, submetiam-se às obrigações decorrentes da mesma.

As relações entre a Convenção e o Direito comunitário têm levantado questões sobre o confronto das compatibilidades entre os atos comunitários, com os direitos do homem, particularmente com os direitos garantidos pela Convenção. Ressalte-se a posição da Corte de Strasbourg no que toca às relações entre os atos comunitários e os atos nacionais, apreciados pelo Direito comunitário.

A Convenção Européia dos Direitos do Homem não dispõe de um estatuto particular em matéria de Direito comunitário. Na declaração comunitária, de 5 de abril de 1977, o Parlamento europeu, o Conselho e a Comissão reconheceram a importância primordial, no que toca ao respeito dos direitos fundamentais, como resultantes das constituições dos Estados-membros, como da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa declaração não visou incorporar a Convenção na ordem comunitária. Também o preâmbulo do Ato Único europeu ressaltava que os signatários decidiram promover a democracia, sobre as bases dos direitos fundamentais, reconhecidos nas constituições e leis dos Estados-membros, na Convenção da salvaguarda dos direitos fundamentais e na Carta Social Européia, especialmente a liberdade, a igualdade e a justiça social.

A adesão da Comunidade à Convenção foi muito discutida, principalmente no *memorandum* da Comissão, de 4 de abril de 1979. O Tratado de Maastricht estipulou que a União respeitaria os direitos fundamentais, à medida que fossem garantidos pela Convenção Européia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Esses direitos estão baseados, também, nas tradições constitucionais comuns dos Estados-membros e nos princípios gerais do Direito comunitário.

## 2. Os Princípios e os mecanismos da Convenção. Regras, métodos e princípios de interpretação na jurisprudência da Corte Européia de direitos do homem

A Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem tem propiciado diversos estudos, decisões e comentários sobre seu significado e aplicação. As decisões da Comissão

e da Corte européia, as manifestações das jurisprudências nacionais dos Estados-membros referentes à Convenção Européia têm acarretado a necessidade de estudos científicos por seus membros, pelos universitários e os praticantes, sobre o desenvolvimento dos trabalhos da Convenção, no interior de cada disposição do tratado, devido à jurisprudência evolutiva e dinâmica dos órgãos de Strasbourg. A adesão ao Conselho da Europa, por parte de novos Estados-membros da Europa Central e Oriental, demonstra que os juristas dessas partes e de outras devem apreender, cada vez mais, os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, para consolidar, nesses países, o processo democrático. Existem contradições entre escolas de Direito e os sistemas, mas a tendência para certa harmonização está presente. A vocação da Convenção é criar uma filosofia humanista, a serviço da justiça e da dignidade da pessoa, que se efetivará, progressivamente, com a compreensão da extensão dos direitos protegidos, inclusive pelos protocolos adicionais, que respondem às aspirações dos povos europeus<sup>6</sup>.

O sistema de controle de Strasbourg propiciou rica jurisprudência, transformando a Convenção Européia em documento fundamental, para a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, circunstância que gerou critérios interpretativos complexos.

O colóquio do Centro de Direito Internacional (Cedin), de Nanterre, consagrado à prática jurídica francesa, no domínio da proteção internacional dos direitos do homem, propiciou contribuições dos autores de várias procedências, como de juízes da Corte Européia de direitos do homem e membros da Comissão Européia de Direitos do Homem, magistrados e funcionários europeus, *experts*, diplomatas e universitários, com destaque para a doutrina francesa da Convenção Européia dos Direitos do Homem, que ultrapassou as fronteiras nacionais, com numerosas contribuições francófonas, bem como das de língua inglesa e alemã.

A Convenção Européia de Direitos do Homem, que passou a vigorar em 1953, é considerada como “patrimônio comum” das liberdades democráticas da grande Europa, reunindo trinta Estados-partes, que vão desde a Islândia

<sup>6</sup> PETTITI, Louis-Edmond (coord.). *La Convention Européenne des Droits de L'Homme*. Préface de Pierre-Henri Teitgen. Paris : Economica, 1995. Commentaire article par article.

à Bulgária e de Portugal à Finlândia. A jurisprudência da Corte e da Comissão européias dos direitos do homem é permanente instrumento de enriquecimento da concepção das liberdades fundamentais. Em cada ordem interna, criando uma verdadeira “ordem pública européia”, consolida-se, por meio da jurisprudência estrasburguesa, um sistema de controle, que se verifica em seus aspectos políticos, jurídicos e técnicos. O Protocolo nº 11, da Convenção, assinado pelos Estados membros do Conselho da Europa, em maio de 1994, tornou possível a reforma radical do sistema, o que se denomina “Europa do direito”.

Os Estados-membros do Conselho da Europa ou os Estados partes aceitaram as disposições da Convenção Européia dos Direitos do Homem, como indissociáveis à plena participação da “família européia”, que constitui a organização de Strasburg, com a participação dos novos componentes vindos da Europa Central, como a Hungria, 6 de novembro de 1990; Checoslováquia, 21 de fevereiro de 1991; a Polônia, 6 de novembro de 1991; a Bulgária, em 7 de maio de 1992; a Estônia, a Lituânia e Eslovênia, em 14 de maio de 1993; a Rumânia, em 7 de outubro de 1993. Assinaram a Convenção, no momento de sua adesão ao Estatuto do Conselho, para ratificar, após um breve período de adaptação, a Checoslováquia (18 de março de 1992); a Bulgária (7 de setembro de 1992); a Hungria (5 de novembro de 1992); a Polônia (9 de janeiro de 1993); a Rumânia (20 de junho de 1994) e a Eslovênia (24 de junho de 1994). Esses marcos constituem a *história legislativa* da Convenção, quarenta anos depois de entrar em vigor a Convenção, de 3 de setembro de 1953.

A história legislativa da Convenção vem acompanhada de substanciais mudanças conceituais, após longos períodos de maturação. Essas transformações construíram um sistema inédito, colocando em discussão o primado da soberania nacional, em confronto com a opinião européia.

As origens da Convenção estão vinculadas à escolha de princípio que gerou uma série de compromissos. A idéia da proteção regional dos direitos do homem assenta-se sobre dois grandes movimentos de opinião, que ocorreram após a Segunda Guerra Mundial: o militantismo em torno dos direitos humanos e a idéia européia.

A luta pelos direitos do homem tem grande significado a partir de 1945, quando as Nações Unidas procuram realizar a cooperação inter-

nacional, com o encorajamento pelo respeito aos direitos dos homens e às liberdades fundamentais para todos (artigo 1º). A preocupação com o princípio do “respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais” é repetida no artigo 55, com intenção programatória. Após 1947, quando foi colocada em vigor, em virtude do artigo 68 da Carta, a Comissão de direitos do homem deveria elaborar a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, adotada por uma Resolução da Assembléia Geral e votada em Paris, em 10 de dezembro de 1948. A necessidade de instrumentos jurídicos e de mecanismos de controle eficazes levou a dois “Pactos das Nações Unidas”, para completar a “Carta de Direitos do Homem”<sup>7</sup>.

A existência da autoridade política européia, já realçada pelo Preâmbulo da Convenção, surge como instrumento que traduziria a vontade dos Estados europeus, por meio de medidas, para assegurar a garantia coletiva de certos direitos enunciados na Declaração Universal, sublinhando-se a existência de um patrimônio comum ideal e de tradições políticas, concernentes ao respeito da liberdade e a preeminência do direito.

A construção européia foi marcada por um dinamismo excepcional, com iniciativas políticas, fundadas no patrimônio comum das idéias que foram sendo lançados. Essa criação provém de várias iniciativas e momentos, como os discursos de Winston Churchill (19 de setembro de 1946, em Zurich e 14 de maio de 1947), no “Congresso da Europa”, em La Haya, de 7 a 10 de maio de 1948. Essas reuniões contêm os germens da futura organização pluralista do continente, por meio do Conselho da Europa e da Comunidade Européia, quando foram organizadas três Comissões (política, econômica e cultural). Naquela ocasião surgem as teses federalistas e a Comissão política, presidida por

<sup>7</sup> MARIE, J. B., QUESTIAN N. In: La Charte des Nations Unies. 2. ed. COT, J.P. A. PELLET, Economica, 1991; PHILIP, O. *Le problème de Union Européenne*. La Baconnière, 1950; DECAUX, Emmanuel. *Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe*. PUF, 1992 (Coleção “Que sais-je?”, 2.661). Idem. La genèse de la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme. *Bulletin de Association René Cassin*, n. 10, maio, 1989; BOSSUYT, M. *Guide to the travaux préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Nijhoff, 1987; DECAUX, *La mise en vigueur du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. RGDIP, 1980, n. 2.

Paul Ramadier, que provocaria a reunião da “Constituinte europeia”. De conformidade com o artigo 5º da Resolução política, a futura Assembléa europeia previa a criação de uma Corte de Justiça, dedicada a aplicar as sanções necessárias, para ser respeitada. Cada cidadão europeu poderia fazer respeitar pela Corte de justiça europeia, seus direitos fundamentais, eventualmente violados por uma justiça nacional. Ao mesmo tempo, propunha-se a criação de uma Corte suprema, para fazer acatar pelos Estados, a Declaração de Direitos do Homem. A Resolução determinava que os Estados-membros da União Europeia dariam um caráter juridicamente obrigatório às decisões de uma Corte suprema, órgão de controle judiciário, acerca do respeito pelos governantes dos direitos individuais fundamentais.

O Congresso de Bruxelas, em fevereiro de 1949, com a elaboração de um projeto de “Corte Europeia de Direitos do Homem”, é um passo importante.

A ação diplomática, ao lado de outras iniciativas, completa os esforços dos governos europeus, em torno da cooperação em todos os domínios. Os Estados passaram a negociar o crescimento do “Pacto de Bruxelas”, firmado, em 17 de março de 1948, que associava os dois aliados do tratado de Dunquerque de 1947 (França e Reino Unido), com os três membros do Benelux (Bélgica, Países-Baixos e Luxemburgo). Pelo Preâmbulo do Pacto, os cinco Estados afirmaram a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, bem como outros princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, confirmando a defesa dos princípios democráticos, as liberdades cívicas e individuais, as tradições constitucionais e o respeito à lei, que configurariam o patrimônio comum.

No Comitê consultivo, reunindo os ministros dos negócios estrangeiros dos cinco membros do Pacto de Bruxelas, devido uma iniciativa franco-belga, apesar da oposição britânica, sobre a criação do Conselho da Europa. Posteriormente em conferência ocorrida em Londres, foram convocadas a Irlanda, Itália, Dinamarca, Noruega e Suécia, ocasião em que a Suíça declinou do convite, em nome da neutralidade. A conferência diplomática concluiu-se pela assinatura do Estatuto do Conselho da Europa, em 5 de maio de 1949. Na mesma ocasião, houve a admissão da Islândia, da Grécia e da Turquia.

O Preâmbulo do Estatuto, baseado nos valores espirituais e morais, considerados como

patrimônio comum de seus povos, é a origem dos princípios da liberdade individual, da liberdade política e da preeminência do direito, sobre os quais está assentada toda verdadeira democracia. Os Estados-membros consagram, em seu artigo primeiro, que têm como finalidade, a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

A estrutura do Conselho da Europa passou a ser assentada em dois órgãos: o Conselho de Ministros (reunindo os Ministros dos Negócios estrangeiros ou seus representantes), caracterizado pela tradição de conferência intergovernamental e uma Assembléa Consultiva, representada pelos Paramentos nacionais. O Comitê de Ministros fixou a ordem do dia para a primeira sessão da Assembléa, prevista para 10 de agosto ou 8 de setembro de 1949, em Strasburg. A Irlanda apresentou proposta que objetivava consagrar a defesa dos direitos fundamentais, civis e religiosos do homem à “comissão preparatória do Conselho da Europa”.

A primeira sessão do Comitê de Ministros, de 9 de agosto de 1949, em Strasburg, sob a presidência de Paul-Henri Spaak, apreciou a emenda britânica de “Definição, salvaguarda e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”. Robert Schuman entendeu que seria prematuro destacar a questão da salvaguarda e do desenvolvimento dos direitos do homem, pois as Nações Unidas já haviam se ocupado do problema. Entendeu-se que não era necessário fazer nova declaração, mas criar uma Corte de Justiça, pelo fato de as declarações, puramente verbais, estarem desacreditadas. O importante seria estabelecer meios rápidos e eficazes de cumprir a Declaração de Direitos do Homem, com previsão de sanções jurídicas definidas.

A Convenção Europeia resultou de vários trabalhos preparatórios, com reuniões entre a Assembléa consultiva e o Comitê de Ministros, com exames dos pontos técnicos das Comissões de especialistas. O projeto deu início ao movimento europeu, com os primeiros trabalhos da Assembléa Consultiva. A Comissão jurídica da Assembléa estabeleceu uma lista de direitos, com referência aos artigos pertinentes da Declaração Universal, expressamente citados no projeto. Precisava, igualmente, os mecanismos de “garantia coletiva” desses direitos e a possibilidade de pleitos individuais, sendo necessária a criação da Corte Europeia.

A Comissão de justiça propunha a criação do “controle jurisdicional em duas etapas”, com uma primeira fase de investigação e conciliação, seguida de recurso a uma verdadeira jurisdição, com a criação da Corte de Justiça Européia. Além de responder os pressupostos da justiça internacional, entendia-se que a Corte Européia aplicaria as convenções aceitas pelos membros do Conselho da Europa, para garantir, reciprocamente, as liberdades e direitos fundamentais, que fariam parte do patrimônio comum. Debateu-se os litígios entre os Estados-membros do Conselho da Europa, que seriam examinados perante a Corte Permanente de Justiça internacional. Ao mesmo tempo evocava-se a noção de “soberania”, em que não se daria competência a uma jurisdição européia para controlar as legislações internas, os atos executivos ou judiciários dos governantes da Europa.

Após longos e minuciosos debates na Assembléia, em 8 de setembro de 1949, os projetos elaborados pela Comissão foram adotados por 64 votos, um contra e vinte e uma abstenções.

Os trabalhos dos Comitês de Ministros, em 5 de novembro de 1949, realizaram, uma vez mais, a discussão sobre a oportunidade de convocar uma reunião de especialistas dos Estados-membros. Invocando-se os trabalhos das Nações Unidas, a Comissão de Direitos do Homem deveria elaborar um texto definitivo em 1950.

Diversas propostas e reuniões dedicam-se às formas de elaboração de mecanismo prático e eficiente de proteção jurisdicional. As noções de soberania, reforçadas pelas diferenças de civilização e de ideologia, sob o plano europeu, seriam superadas. No direito interno, a salvaguarda do direito era condicionada pela existência de tribunais nacionais. Deveria ser dado ao indivíduo o livre acesso à Corte.

A adoção definitiva do Projeto da Convenção, no seio desses trabalhos, em diversas etapas, constava de reunião da Comissão das questões jurídicas da Assembléia parlamentar, que se reuniu em 23 e 24 de junho de 1950, para breve debate. Opôs-se à inserção na Convenção, de um artigo assegurando a proteção dessas instituições, pois tal determinação fugiria ao quadro da mesma. Dever-se-ia apoiar no artigo 21 da Declaração Universal, que tratava, de maneira específica, sobre os direitos e liberdades políticas do indivíduo.

Concluiu-se que os direitos do homem não se esgotariam, em vagas, em generalidades, mas

que poderiam ser sancionados perante uma Corte de Justiça.

As etapas da Convenção consolidaram-se na decisão de assiná-la em Roma, sendo que a assinatura solene ocorreu em 4 de novembro de 1950, no Palácio Barberini, sob a presidência do Conde Sforza. O pleno desenvolvimento do sistema não apenas entrou em vigor com a aprovação da Convenção, mas, também, por meio da aceitação progressiva de mecanismos facultativos. As ratificações da Convenção por parte do Reino Unido (1951), da Noruega, Suécia e Alemanha (1952), Irlanda, Grécia, Dinamarca, Islândia e Luxemburgo (1953), Turquia e Países Baixos (1954), Bélgica e Itália (1955), Áustria (1958), Chipre (1962), Malta (1967), consolidam o processo. A ratificação francesa ocorreu em 3 de maio de 1974, a da Suíça e o retorno da Grécia em 28 de novembro de 1974. Novas ratificações vêm nos anos seguintes como a de Portugal em 1978, a da Espanha em 1979 e a da Finlândia em 1990.

A Convenção inovou quando ocorreu a aceitação específica, por parte dos Estados, do compromisso elaborado no seio do Comitê de Ministros, inclusive no que se refere às declarações facultativas. Os *protocoles d'amendement*, modificando as disposições da Convenção, utilizam, também, os “Protocolos adicionais”, acrescentando disposições facultativas, consubstanciados nos Protocolos números 2, 4, 5, 6, 7, 8 e 9.

Ao lado do desenvolvimento do contencioso, ocorreu a adaptação dos mecanismos de garantia dos direitos, desde suas origens, com emendas pontuais e Protocolos. As transformações jurídicas consolidam-se, também, pelo Protocolo nº 11, de 11 de maio de 1994.

Os princípios e os mecanismos da Convenção têm sido objeto de reflexões por parte, também, de juízes da Corte Européia de Direitos do Homem<sup>8</sup>, que realçam as lições de quarenta anos de aplicação da Convenção. Identificam os valores que inspiraram a Convenção Européia, inclusive com aqueles que emergem no tempo, os princípios cujas origens são substituídas e os que aparecem a partir de 1960. Nesse período surge a oposição entre a teoria marxista-leninista dos direitos do homem e a doutrina humanista européia, até 1989. A desagregação

<sup>8</sup> PETTITI, Juge à la cour européenne des droits de l'homme : réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention de l'ideal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui. In: LA CONVENTION Européenne des Droits de L'Homme. p. 27 e segs.

do império soviético e o abandono da doutrina marxista dos direitos do homem reforçam o sistema da Convenção europeia, que atrai os novos Estados da Europa Central e Oriental.

As idéias que orientaram o Conselho da Europa, condenação do totalitarismo e salvaguarda das democracias, permaneceram presentes. A Europa da Convenção passou, após a guerra, por vários perigos, ao lado de crescente tendência à prosperidade econômica, aparentemente, sem maiores perigos para os direitos do homem, em 1990.

Os autores da Convenção e os governantes, pouco confiantes nas virtudes da democracia, entendiam que os recursos individuais seriam raros, chegando-se, mesmo, a pensar que a criação de uma Corte seria inútil. O recurso individual tornou-se o único mecanismo de controle.

Os grandes fenômenos sociais agravaram-se com a droga, o proxenetismo, a máfia do crime, as experimentações sobre as pessoas, as políticas de saúde pública, a situação das minorias ou dos refugiados, que não eram objeto de exame exaustivo. Nova categoria de pessoas a proteger surge na Europa, fugindo às definições clássicas do direito internacional.

A situação real dos direitos do homem deveria passar por corretivos, por meio de recursos interestatais, para combater as violações massivas e sistemáticas dos mesmos.

Os princípios diretores da Convenção podem ser percebidos pelos trabalhos preparatórios. O Preâmbulo da Convenção, em 1950, mostrava que os Estados deveriam ser mais pragmáticos e menos idealistas. Inscreveram na Convenção Europeia os princípios, situando-os nas perspectivas de futuras realizações, em decorrência de suas possibilidades. Os governantes dos Estados europeus, animados pelo mesmo espírito e em decorrência de patrimônio comum ideal e de tradições políticas, acerca da liberdade e da preeminência do direito, tomaram as primeiras medidas para assegurar a garantia de certos direitos enunciados na Declaração Universal. Quanto aos direitos sociais, em 1961, adotou-se Carta Social Europeia, sem que sua justiciabilidade seja plenamente, ainda hoje, reconhecida.

Nos primeiros anos de aplicação, os órgãos de controle examinaram aspectos de seu lugar no Direito internacional público. Elaborou-se uma jurisprudência, dando à Convenção um caráter declaratório. Não se apresentou como um direito *sui generis*, no sentido de ser reco-

nhecido pelo tratado de Roma-CEE, mas de um direito comunitário, dotado de aplicação direta e comum aos Estados-membros da Comunidade. A Convenção, por seu Preâmbulo e Artigo 1, salienta a primazia que ele deve ter sobre os acordos bilaterais ou multilaterais, quando se trata do respeito aos direitos fundamentais. O artigo 1, diz que as Altas Partes Contratantes reconhecem a toda pessoa, como relevante, uma jurisdição dos direitos e liberdades definidos no Título I da Convenção.

No caso *Áustria v. Itália*, a Comissão teve a ocasião de se pronunciar sobre os princípios diretores da Convenção. Acrescentou que as obrigações subscritas pelos Estados contratantes da Convenção têm caráter objetivo, visando proteger os direitos fundamentais dos particulares contra as investidas dos Estados contratantes. A noção de garantia coletiva está no coração da Convenção. O engajamento coletivo e solidário dos Estados propiciou que a Convenção inscrevesse como obrigação positiva, a cargo dos Estados, assegurar a salvaguarda dos direitos fundamentais. A regra clássica da reciprocidade das negociações internacionais bilaterais não foi incorporada ou aplicada, no que toca ao respeito dos direitos do homem. A Convenção colocou os direitos do homem como normas de referência ou normas superiores às leis nacionais, na medida em que estas são incompatíveis com os direitos garantidos.

A legitimação do sistema receberia garantia, por parte de interpretação autônoma, de órgão jurisdicional europeu. Tem a Convenção caráter declaratório, esclarecido por parte do processo interpretativo. As preocupações em torno da segurança jurídica surgem, inclusive, quando se examina o direito interno, frente à Convenção, em decisões da Corte, frente à legislação nacional e sua compatibilidade frente à Convenção.

O caráter objetivo e declaratório do mecanismo da Convenção implica igualmente seu caráter subsidiário, que corresponde a uma obrigação de seguridade jurídica, inclusive para os Estados signatários. A Corte adotou certo classicismo em suas análises, situando-se no seio dos princípios gerais de direito internacional. Dessa objetividade interna, no seio do exame da Convenção, no plano jurídico, não se pode desprezar o exame de outros instrumentos internacionais.

A Corte não tentou definir, expressamente, os princípios gerais do direito europeu, mas contribuiu para elaborar certas normas necessárias ao reconhecimento de uma ordem pública



européia, paralelamente àquela definida pela Corte de Justiça das Comunidades, no campo do Direito Comunitário. A noção de ordem pública internacional tinha sua expressão no seio das Nações Unidas, mas essa noção se impõe, paulatinamente, no Direito internacional público, depois que os sistemas da CEE e da CEDH levam ao reconhecimento de uma ordem pública européia.

A jurisprudência da Corte fornece elementos para a determinação objetiva e constante, definindo normas de segurança jurídica na aplicação da Convenção. A Corte observa a regra da objetividade, situando-a sob a ótica da interpretação autônoma dos direitos reconhecidos às vítimas de sua violação, que não podem ser privadas de recursos, em vista da ambigüidade do direito interno. A coesão e coerência das decisões da Corte, particularmente no domínio penal, assegura uma interpretação objetiva da Convenção, distanciando-se das escolas de direitos nacionais ou de controvérsias doutrinárias. A Corte, paulatinamente, afasta-se dos princípios das legislações e das jurisprudências dos Estados-membros, que inspiram a escola positivista ou a escola de defesa social.

A Convenção é um instrumento de proteção generalizada, destacando-se o papel das interferências intra-estatais da jurisprudência. É um instrumento especificamente europeu, funcionando para os Estados-partes e de suas pessoas judiciais, independentemente da nacionalidade.

Os Estados-membros do Conselho da Europa pretenderam a universalização dos direitos do homem. Surgiram problemas no que concerne aos terceiros Estados, em torno do Direito internacional, quando não eram membros do Conselho da Europa. As interferências entre os organismos internacionais apresenta, também, problemas, como os das relações entre os “Trinta e Dois” do Conselho da Europa e os Doze da Comunidade, mas são membros da Convenção européia. O *corpus de diretivas* e os *regulamentos comunitários* impõem-se ao direito interno dos Doze. Os Doze no meio dos “Trinta e Dois” não têm o mesmo estatuto internacional dos outros membros. A fórmula de adesão da Comunidade à Convenção Européia deve impor-se apenas as discussões doutrinárias e parlamentares. A influência comunitária é exercida pela jurisprudência entre as duas Cortes. A Corte de Luxemburgo tem como fonte prioritária do direito a Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Merecem destaque as regras, os métodos e os princípios de interpretação, na jurisprudência da Corte Européia dos direitos do homem, no que toca à ação<sup>9</sup> intergovernamental do Conselho da Europa, no domínio dos direitos do homem, no que se refere à gestão e à visão, entre a salvaguarda e o desenvolvimento. Também a jurisprudência da Corte Européia dos direitos do homem, relativa à Convenção, oscila entre a prudência e a criatividade, entre a compreensão formalista dos textos e as considerações sobre seu espírito. Vista no contexto social, político e cultural, as decisões procuram as razões de ser entre salvaguardas dos direitos garantidos pela Convenção e seu desenvolvimento. É uma salvaguarda necessária, no que toca aos direitos do homem, mas ainda não adquiriu definitividade, por se situar na compreensão de seu desenvolvimento indispensável, na lógica da proteção dos direitos fundamentais, partindo da primeira regra nacional e internacional, européia ou universal, no que toca à ótima proteção dos direitos do indivíduo.

Nas funções próprias à interpretação judiciária, a Corte européia de direitos do homem tem um objetivo essencial, decorrente do artigo 45 da Convenção, isto é, uma competência contenciosa que se estende a todas as questões concernentes à interpretação e à aplicação desse documento. A Corte de Strasburg não se esgota apenas nesse esforço interpretativo<sup>10</sup>, utiliza-se da Comissão, sua auxiliar natural e inspiradora. No mesmo sentido, assenta-se nas Cortes Supremas dos Estados partes da Convenção e nos observadores, legitimamente exigentes e críticos. Outras jurisdições européias regionais e internacionais são apreciadas. Nessa metodologia interpretativa, destacam-se, sucessivamente:

- as *regras de interpretação* (regra geral do artigo 31 da Convenção de Viena, com assento no texto, no contexto, objeto e finalidade do Tratado, em relação com os artigos 32 e 33 do mencionado instrumento;

<sup>9</sup> JACOT-GUILLARMOND, Olivier. Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, In: LA CONVENTION Européenne des Droits De L'Homme, p. 41 e segs.

<sup>10</sup> IMBERT, P. H. L'action intergouvernementale du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme: sauvegarde ou développement?, In: MÉLANGES Wiarda. Cologne : Carl Heymanns, 1988; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Valeur de la jurisprudence de la court européenne des droits de l'homme en droit espagnol. In: MÉLANGES Wiarda.

- os métodos de interpretação que, a partir desse quadro jurídico, caracterizam a produção jurisprudencial da Corte de Strasbourg, notadamente autônoma de certas noções convencionais, à margem de apreciação reservada aos Estados e a existência simultânea de um “controle europeu”;

- os princípios de interpretação, que não aparecem, claramente na jurisprudência, mas são talvez os mais ilustrativos da originalidade da interpretação material da Convenção, por parte da Corte.

As regras de interpretação têm diversas fontes, como a regra geral do artigo 31 da Convenção de Viena. A Corte insiste em repetir que a Convenção e seus Protocolos formam um todo, pelo que devem ser interpretados de maneira geral. Outra regra de interpretação geral é a decorrente do arresto *Golder* de 1975 de grande importância.

No que se refere ao texto, a jurisprudência da Corte reporta-se ao sentido ordinário das palavras, nos termos utilizados pela Convenção. No *l'affaire linguistique belge*, a Corte recusou considerar que o artigo 14 da Convenção, interdição de discriminação, combinado com o artigo 2, do Protocolo 1, direito à instrução, que tem como efeito a garantia às crianças ou aos seus pais do direito a uma instrução feita na língua de sua escolha.

Quanto ao contexto, a interpretação sistemática tem papel fundamental na jurisprudência da Corte, sendo praticada em larga escala. O referencial normativo, em certas ocasiões, assenta-se em outro instrumento do Conselho da Europa, ou mesmo em diferenciados instrumentos internacionais. Como ilustração dessas situações, convém mencionar a Convenção americana relativa aos direitos do homem. Como outros exemplos de utilização de normas internacionais, pode-se mencionar o Estatuto do Conselho da Europa, de 1949, o Pacto Internacional de 1966, relativo aos direitos civis e políticos.

Examinando-se o objeto e a finalidade, a doutrina ocupa um lugar primordial no sistema jurisprudencial de Strasbourg. É por isso que a Comissão chegou a dizer que a Convenção, por via da interpretação, tem como objeto tornar eficaz a proteção do indivíduo.

Existem meios complementares para aplicação dos temas examinados, pelo que convém mencionar os artigos 32 e 33 da Convenção de Viena. Os intérpretes têm levado em conta que, além do contexto, é necessário examinar o preâmbulo os anexos de toda regra pertinente de

direito internacional aplicável nas relações entre as partes. O Estatuto do Conselho, de 25 de maio de 1949, estabelece a importância de temas como: o pluralismo político, a preeminência do direito e o respeito dos direitos do homem.

Os métodos de interpretação são examinados à luz do direito comparado, tomando-se inicialmente a temática do seu relacionamento ou outros atos jurídicos internacionais, no que toca ao seu emprego, por parte da Corte europeia dos direitos do homem. A Corte de Strasbourg, em diversas decisões, selecionou disposições materiais que convêm à Convenção e a seus Protocolos. Tomando como base os métodos de interpretação, podemos ressaltar a interpretação ampla e o efeito útil, que objetiva assegurar, de maneira efetiva, os direitos garantidos pela Convenção. A jurisprudência relativa ao artigo 6 da Convenção é ilustrativa, quando conclui: em uma sociedade democrática, no sentido da Convenção, ressalta-se o direito a uma boa administração da justiça.

Outra forma da consagração de uma interpretação ampla dos direitos garantidos surgiu no arresto *Klass*. A autonomia de certas noções convencionais, surge nos métodos de interpretação da Corte. As noções de direito comum, apreciadas na Convenção, devem ser interpretadas, de conformidade com os conceitos correspondentes do direito interno. A Corte pode dar um conteúdo normativo próprio ou “autônomo” a uma série de conceitos convencionais, tais como os do artigo 5 da Convenção: detenção, privação da liberdade, tribunal, condenação, alienado e vagabundo. Ao mesmo tempo o artigo 6 da Convenção trata de conceitos sobre tribunal, contestação, direitos e obrigações de caráter civil e acusação em matéria penal. O artigo 7 da Convenção trata dos conceitos de condenação; os artigos 8, § 2, 9, § 2, 10, § 2 e 11, § 2 da Convenção trata do conceito de lei; o artigo 25 da Convenção menciona vítima e o artigo 50 da Convenção trata de parte lesada.

A convenção não visa consagrar um direito uniforme e equalizador, mas pretende chegar a *standart* mínimo de proteção, em uma sociedade democrática e pluralista.

A necessária submissão dessas apreciações ao “controle europeu” aparece na jurisprudência, quando se entende que os Estados contratantes conservam uma certa margem de apreciação, para julgar a existência de certos tipos de ingerência, mas deve partir do controle europeu sobre as leis e as decisões. A referência

pontual e ocasional do direito nacional convém ser examinada. As origens nacionais decorrentes de certos conceitos convencionais levam a Corte, pontualmente, a se apoiar no Direito nacional ou nas práticas nacionais, mencionando-se a expressão “denominador comum dos direitos nacionais”. A Corte tem levado em conta, em suas decisões, a existência ou não de um denominador comum, dos sistemas jurídicos dos estados contratantes, destacando-se o arresto *Marckx*. A Corte considerou os efeitos jurídicos da assimilação da filiação natural à filiação legítima, como consequência de uma tendência de um direito interno, da maioria dos Estados-membros do Conselho da Europa.

O precedente jurisprudencial é mencionado entre os métodos de interpretação da Corte, no que se refere às ligações a decisões anteriores. Convém mencionar a questão da compatibilidade da transexualidade com o artigo 8 da Convenção. Entretanto, a ausência de força obrigatória do precedente jurisprudencial encontra-se na afirmativa de que a Corte não está ligada às decisões anteriores.

Os princípios de interpretação têm significativa importância em sua qualificação material ou processual, com referência ao caráter de ordem pública europeia da Convenção. Esta característica é essencial à proteção dos direitos do homem, instituída pela Convenção, mas que aparece em diferentes contextos. A subsidiariedade dos mecanismos de controle da Corte de Strasbourg é de grande importância. Na questão *linguistique belge*, destaca-se o caráter subsidiário do mecanismo internacional da *garantia coletiva*, instaurada pela Convenção.

O princípio da não-aplicação, por parte da Corte, do direito interno é matéria também examinada quando se afirma que incumbe, em primeiro lugar, as decisões das autoridades nacionais, bem como às cortes e tribunais, interpretar e aplicar o direito interno.

Diversos órgãos estatais são depositários da responsabilidade internacional em caso de violação da Convenção. No mesmo sentido, ressalte-se o papel das obrigações de resultado ou de meios, no que se refere aos Estados contratantes. Estes devem agenciar seus sistemas jurídicos, de maneira que lhes permita responder às exigências do artigo 6. A obrigação de resultado é um tema clássico na jurisprudência da Corte. No artigo 11 da Convenção – liberdade de reunião pacífica e liberdade de associação –, entende-se que os Estados assumem

uma verdadeira obrigação de meios e não de resultado. Pelo que incumbe aos Estados contratantes adotar medidas racionais e apropriadas, para assegurar o desenvolvimento pacífico das manifestações lícitas.

As obrigações “positivas” pesam sobre os Estados, desde que em complemento à teoria clássica das liberdades individuais, construiu-se uma obrigação de abstenção de Estado. A Corte examinou diversas questões sobre *obrigações positivas*: execução, em virtude da Convenção, de medidas positivas do Estado, não se dando importância a distinção entre “atos” e omissões.

Entre as medidas positivas do Estado, podemos anotar:

1 - garantia aos jurisdicionados de um direito efetivo de acesso à justiça;

2 - assegurar o respeito efetivo à vida familiar, nos termos do artigo 8 da Convenção;

3 - no quadro da obrigação do Estado, verificar se o “advogado de ofício” cumpriu corretamente suas tarefas;

4 - organização das eleições democráticas, de conformidade com o artigo 3 do Protocolo 1;

5 - obrigação dos Estados assegurarem uma proteção às doenças mentais, por disposições, não apenas civis, mas penais;

6 - obrigação de informar a Corte a situação do acusado, de conformidade com o artigo 6, § 5 e 6, sobre a natureza e a causa da acusação que lhe é feita;

7 - a obrigação de respeitar a vida privada dos transexuais, em virtude do artigo 8, da Convenção, entretanto a Corte admitiu as dificuldades da definição das obrigações positivas correspondentes.

A preeminência do direito está ligada à idéia de sociedade democrática, parte essencial da Convenção. Este conceito figura no preâmbulo da Convenção e faz parte do “contexto”, pertinente a interpretação do artigo 31, § 2 da Convenção de Viena.

Várias são as exigências ligadas à idéia de uma sociedade democrática, princípio que domina toda a Convenção. Nesse sentido convém ressaltar diversas decisões da Corte.

1 - pluralismo, tolerância e espírito de abertura, que devem caracterizar a sociedade democrática;

2 - liberdade de expressão, que constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática;

3 - em uma sociedade democrática, o direito a uma boa Administração da Justiça ocupa lugar de relevo;

4 - a exigência com um processo equitativo e público, nos termos do artigo 6, § 1º, constitui um dos princípios fundamentais da sociedade democrática;

5 - a *preeminência do direito* constitui um dos princípios fundamentais de uma sociedade democrática.

Outras garantias implícitas, surgem no sistema da Convenção:

1 - o direito ao acesso a um Tribunal, elemento inerente aos direitos enunciados no artigo 6, 1, com destaque para a equidade, a publicidade e a celeridade do processo;

2 - as garantias de um processo judiciário é uma exigência que decorre, implicitamente, da palavra *Tribunal*;

3 - a faculdade do acusado de tomar parte na audiência, é um desdobramento do objeto e da finalidade do artigo 6, 1 da Convenção.

A aplicação direta do Direito comunitário tem grande importância, no que se refere a sua aplicação, desde que prevalece como regra comum, de direito primário ou derivado, perante as jurisdições nacionais dos Estados-membros da Comunidade.

Os princípios gerais do direito, no que se refere à interpretação da Corte, merecem melhor elaboração no trabalho de interpretação. À procura dos princípios gerais do direito, comuns aos Estados-membros do Conselho da Europa, são examinados frente aos princípios gerais, aos quais a Corte se refere expressamente:

- o princípio retirado da economia geral da Convenção;

- o princípio da boa-fé;

- o princípio da proteção da confiança, inerente a sociedade democrática;

- o princípio da segurança jurídica;

- o princípio da economia processual;

- o princípio do respeito ao formalismo no processo que exige que as partes o invoquem a tempo e com clareza;

- o princípio do desenvolvimento coerente da jurisprudência da Corte.

Os efeitos horizontais de certos direitos (*Drittwirkung*) têm sido matéria de constante interpretação da Convenção, desde 1985, quando a Corte tratou das *obrigações positivas*, a respeito da vida privada ou familiar, no sentido dado pelo artigo 8 da Convenção o qual configurou obrigações positivas, que podem implicar a adoção de medidas que visam o respeito à vida privada, nas relações dos indivíduos entre eles.

Nas regras de interpretação, a jurisprudência da Corte, vem apreciando aspectos concretos ou abstratos, com importantes questionamentos acerca de temas como:

- apreciação do direito à instrução na Bélgica, Estado plurilingüístico, composto de várias regiões linguísticas; apreciação sobre a liberdade de expressão, em decorrência de uma controvérsia política pós-eleitoral na Áustria;

- apreciação de aspectos do artigo 3 da Convenção, quanto à situação de vida da Irlanda do Norte;

- exigências da proteção da moral, em decorrência do artigo 8 da Convenção, na Irlanda, substituindo as infrações dos atos provenientes de homossexuais, entre homens adultos, no contexto da sociedade naquela região, tendo em vista que em um Estado em que as comunidades culturais são diversas, compete às autoridades a solução dos imperativos de ordem moral e social.

Outro tema que tem sido objeto dessa jurisprudência é o referente às “aparências”, quando a Corte é solicitada a pronunciar sobre a existência de um atentado aos direitos protegidos pela Convenção, quando depara com este fenômeno que está desvinculado, muitas vezes, do vocabulário empregado.

A Convenção é interpretada à luz das condições atuais, da própria vida, tendo em vista a dinâmica política, social, jurídica e cultural, nas quais a Convenção está inserida.

### 3. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem

O princípio da proporcionalidade leva a diversos estudos, que têm procurado dar seu conceito e formular suas origens. As fontes do princípio da proporcionalidade são examinadas na sua origem corrente, sendo que surgem levantamentos sobre as fontes doutrinárias e normativas do princípio e o seu controle. A noção da proporcionalidade evoca a idéia de equilíbrio ou harmonia. Ela tem grande potencialidade de aplicação em várias ciências. Não é um conceito próprio ao direito, mas trata-se de uma noção genérica, empregada em várias ciências. Originariamente, a proporcionalidade é um princípio matemático, adotado pela filosofia, tomando formas e acepções variáveis. Os conceitos de razoabilidade, equilíbrio e racionalidade constituem aspectos particulares dessa noção. A proporcionalidade transporta-se para

o quadro da democracia liberal, inserindo-se na filosofia política do sistema. A vida social impõe tomadas de decisões, que necessitam de um certo equilíbrio. Vários países institucionalizaram o princípio da proporcionalidade, como o lugar que passou a ocupar na República Federal da Alemanha. É um princípio que tem valor constitucional, sendo que seu conteúdo é examinado em três elementos que lhe compõem: o princípio da pertinência, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade estrita. O princípio tem, também, aplicação na Suíça, na Itália, na Espanha e em outros países.

O Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho tem várias formulações sobre o princípio. Também a Corte Europeia dos Direitos do Homem aplica-o, de maneira ampla, visando assegurar o respeito às disposições da Convenção internacional. As decisões da Convenção são ricas em disposições que tratam do conceito de proporcionalidade. Ele transparece, indiretamente, nas noções de processo equitativo, na decisão razoável e no princípio da igualdade. A Corte Europeia dos Direitos do Homem, em sua jurisprudência, precisa o campo de aplicação do conteúdo do princípio da proporcionalidade. São importantes as repercussões da aplicação na Convenção, na ordem jurídica interna, pelo que as jurisprudências nacionais devem integrar o princípio da proporcionalidade, nos controles que exercem. Convém ressaltar a importância e a riqueza do princípio da proporcionalidade no Direito comunitário. Este reconhece o conceito de proporcionalidade, como princípio geral do direito. Ele ocupa, na hierarquia das normas comunitárias, o mesmo papel das disposições de um Tratado. Vários doutrinadores têm tratado do assunto, com diversos concepções: Latournerie, Braibant, M. Costa, Kahn, Eisenmann, Dubouis, Bockel, Guibal, Bienvenu, Lamasurier, Laubadere, Vedel, Delvolve, Chapus e outros<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> PHILIPPE, Xavier. *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative français* : collection science et droit administratifs. Préface de Charles Debbasch. Paris : Economica, 1990; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do Advogado 1995; BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.

O princípio da proporcionalidade deve ser visto com mais intensidade na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem. Entretanto, na Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, como nos diversos Protocolos adicionais, o termo *proporcionalidade* não aparece. A idéia que ele exprime transparece, de maneira sutil, nos diversos arrestos da Corte de Strasburg. A proporcionalidade aparece na jurisprudência, relativa aos artigos 8 a 11 da Convenção, que garantem o direito ao respeito à vida privada e familiar, ao domicílio, à correspondência, à liberdade de pensamento, à liberdade de consciência e de religião, de associação, compreendida a liberdade sindical. Várias decisões da Corte constatam os casos de violações, resultantes do desconhecimento do princípio de proporcionalidade. Existem várias limitações autorizadas, no que se refere ao direito da liberdade física da pessoa, que permite a detenção regular de um alienado ou a detenção provisória, permitida pelo artigo 5, 1. Assuntos referentes ao casamento (artigo 12 da Convenção) e ao direito de propriedade ocupam espaço nos estudos desses temas. As limitações implícitas, no que se refere a outros direitos garantidos, tratam do direito à um processo equitativo, direito à instrução, direitos ao voto e à elegibilidade.

A proporcionalidade é considerada como um elemento de um direito garantido ou de uma obrigação positiva dos Estados contratantes, no que toca à proibição de penas e tratamentos desumanos ou degradantes (art. 3 da Convenção), como o recurso à tortura. Tendo em vista a sua redação concisa, categórica e aparentemente absoluta, indaga-se se é possível aplicar o princípio da proporcionalidade. Já em 1978, a Corte julgou que para compreensão do texto, deve-se configurar como mal tratamento, a existência de um mínimo de gravidade, cuja apreciação, relativa em sua essência, depende de um conjunto de circunstâncias, notadamente a duração do tratamento e seus efeitos físicos ou mentais, como, também, por vezes, referentes ao sexo, idade, estado de saúde da vítima. O arresto *Soering contra o Reino Unido*, de julho de 1989, introduziu certa dose de proporcionalidade.

A proibição aos trabalhos forçados ou obrigatórios (art. 4 da Convenção) surge no caso *Van der Musselle contra a Bélgica*, em que configurou-se certa forma de trabalho forçado ou obrigatório, e a Corte partiu da definição adotada pelo artigo 2, 1 da Convenção nº 29, da Organização Internacional do Trabalho.

As obrigações positivas, decorrentes do artigo 8 da Convenção, nos termos jurisprudenciais, decorrem da compreensão de que ele tem, essencialmente, por objeto prevenir o indivíduo contra a ingerência arbitrária dos poderes públicos. Para se configurar uma obrigação positiva, é preciso levar em conta o justo equilíbrio entre interesse geral e os interesses do indivíduo.

Quanto à relação entre proporcionalidade e não-discriminação, nos termos do artigo 14 da Convenção, destaca-se que é aí que a Corte utiliza pela primeira vez a palavra *proporcionalidade*, sendo que em várias decisões conclui-se pelo respeito ao princípio de proporcionalidade. Com o tempo, a proporcionalidade passou a ter destaque na jurisprudência da Corte Européia dos Direitos do Homem, de maneira sólida e durável.

#### 4. Bioética e a Convenção Européia dos Direitos do Homem. Experimentação médica e científica

O progresso das ciências da vida é um elemento dos mais significativos, para a revolução científica do século XX. Os textos internacionais, relativos aos direitos do homem, são singularmente discretos, sobre os aspectos próprios ao direito do homem, colocados pelas ciências da vida. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, como a Convenção Européia de Direitos do Homem não contém qualquer disposição específica sobre o assunto. O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, adotados pelas Nações Unidas, em 1966, contém no artigo 7, uma referência à *experimentação médica*<sup>12</sup>.

Os órgãos da Convenção não tomaram, inicialmente, posição sobre a aplicação dos princípios da Convenção a certas situações decorrentes do desenvolvimento das ciências biomédicas, com o objetivo de determinar a proteção da integridade psíquica ou a da vida privada e da família.

A proteção da integridade psíquica da pessoa não pode ser considerada, aprioristicamente, como uma decorrência da condenação dos crimes cometidos pelo regime nazista, tendo em vista que as pesquisas científicas suscitam riscos para a vida humana.

As difíceis questões sobre as pesquisas em torno do *embrião* e do *foetus* mostram que não

<sup>12</sup> CORNAVIN, T. *Théorie des droits de l'homme et progrès de la biologie*. Paris : Droits, 1985. nº 2.

é possível, em tal debate, esgotar as realidades de outras experiências sobre o corpo humano, por meio de disciplinas e práticas científicas e médicas, também significativas e bem complexas.

As preocupações com a vida e as questões das pesquisas sobre o embrião e os *foetus* ocupam lugar de relevo, também, nos estudos jurídicos. Sendo o “direito à vida” o primeiro direito que a Convenção garante ao indivíduo, nem sempre é ele considerado como absoluto. Podem ocorrer exceções legais, às quais a Convenção situou em um campo definido, possibilitando certa flexibilização (artigo 2, 2, letras a e c).

Os Estados que ratificaram o Protocolo nº 6, que entrou em vigor, suprimiram, pelo menos em tempo de paz, a pena de morte, pelo que este direito adquiriu caráter quase absoluto. O Protocolo deixou intactas as exceções, quando a morte não é infringida intencionalmente. A proteção devida ao embrião e ao *foetus*, é examinada não apenas no que se refere aos beneficiários do direito à vida, mas também àqueles que são relativos às obrigações do Estado.

O embrião e o *foetus* são considerados como beneficiários do direito à vida. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, protege como direito de toda pessoa o respeito à vida, a partir da concepção (art. 4, 1). Mas a Convenção européia é mais explícita, quando no artigo 2, § 1, fala em “direito de toda pessoa à vida”.

Os trabalhos preparatórios de elaboração de um documento destinado ao Comitê de especialistas, sobre a Convenção realizada pelo Secretário-Geral, fazem, pela primeira vez, menção ao direito à vida, em comparação com o artigo 2, § 1 da Resolução da Assembléia parlamentar ao artigo 5, § 1, do projeto da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A proteção do direito à vida inscreve-se no contexto largamente tributário, que visa oferecer ao indivíduo proteção contra o risco de ver repetir os abusos cometidos durante a guerra. Essa proposição foi adotada, em 7 de agosto de 1950, pelo Comitê de Ministros, sem muitos debates. No *affaire Brüggemann et Scheuten contre la République fédérale d'Allemagne*, a Comissão recorda que quando a Convenção entrou em vigor, a legislação sobre o aborto era em todos os Estados mais restritiva do que aquela que predominava anteriormente. Não se pode comprovar qual o motivo que teriam as partes da Convenção entendido por uma ou

outra solução debatida, que não foram nem objeto de debates públicos, à época em que a Convenção foi elaborada e adotada.

A jurisprudência dos órgãos da Comissão iria consolidar-se, mas somente ocorreram pronunciamentos quando a Comissão e o Comitê de Ministros tiveram a ocasião de se pronunciar acerca dos diversos casos referentes ao aborto. A Corte que tinha receio em torno da liberdade de comunicação das informações (art. 10), acerca de um caso de aborto, releva, de repente, a situação, em *“Open Door et Dublin Well Woman C. Irlanda*, em arresto de 29 de outubro de 1992, A nº 246, § 66, no que toca à determinação se a Convenção, garantindo o direito ao aborto ou se o direito à vida, reconhecido pelo artigo 2, valeria igualmente para o *foetus*.

Nos termos do artigo 2, dois requerimentos foram declarados inadmitidos pela Comissão, com o argumento de que os requerentes não poderiam tornar-se “vítimas” de leis incriminadoras do aborto. Mas no caso *Brüggemann et Scheuten c. République fédéral d’Allemagne*, a Comissão declarou que o requerimento seria atendido à medida, que fosse encaminhado.

De conformidade com o artigo 8 da Convenção, para se saber se a proibição de interrupção da gravidez, após duodécima semana, poderia constituir um “atentado à vida privada”, a Comissão e posteriormente o Comitê de Ministros decidiram, neste caso, que não ocorreu violação da Convenção.

A Comissão entendeu que não se pode dizer que a gravidez tem importância apenas no domínio da vida privada. Nessas circunstâncias, a vida privada deve ser associada à do *foetus* que se desenvolve. No que toca ao direito à vida, a Comissão entendeu que não seria necessário examinar, se a criança a nascer deve ser considerada como portadora de uma “vida”, nos termos do artigo 2 da Convenção. A Comissão faz referência à palavra *vida*, mais do que a expressão *toda pessoa*.

Na decisão de 13 de maio de 1980, no “affaire” *X. contre Royaume-Uni*, a Comissão explicitou sua posição sobre o direito do *foetus* à vida. Nesse caso, a esposa do requerente pediu a interrupção de gravidez, para proteger sua saúde, no curso da décima semana de gravidez, de conformidade com a lei britânica, segundo a qual o juiz nacional não reconhecia no *foetus* uma existência distinta da mãe.

A Comissão entendeu que o termo *toda pessoa* é utilizado pela Convenção (artigos 4,

6, 8 a 11 e 13), de tal modo que não se pode aplicar após o nascimento. Não se estabeleceu, claramente, se o termo poderia ter aplicação antes do nascimento, mas não se poderia excluir tal aplicação, em casos raros, como o artigo 6, 1. Quanto ao artigo 2, a Comissão ressalta, igualmente, que as limitações do direito à vida mencionadas, contêm, todas elas, por sua natureza, referências às pessoas já nascidas, não sendo aplicáveis aos *foetus*. Para a Comissão o termo *vida*, contido no artigo 2, 1, não é definido na Convenção. Para interpretar o mencionado termo, necessita-se saber se ele compreende, igualmente, a “vida a nascer”, pelo que é necessário dar atenção particular ao contexto do artigo, tomado em seu conjunto.

Na ausência de limitação expressa, concernente ao *foetus*, artigo 2, a Comissão propôs examinar qual interpretação deveria ser deduzida desse artigo. Não teria validade para todos os *foetus* ou daria ao mesmo um “direito à vida”, com certas limitações implícitas. Seria reconhecido ao *foetus* um direito de caráter absoluto? O problema não se resume na compreensão de que a “fase inicial” da gravidez, desde que o aborto é praticado antes da décima semana. Quanto à limitação implícita do direito à vida, durante a fase inicial, só a limitação destinada a proteger a vida ou a saúde da mulher está em jogo.

Supõe-se que existe o “direito à vida” do *foetus*, sendo que uma tal restrição aplicada na fase inicial da gravidez seria incompatível com o artigo 2, § 1 da Convenção, porque o aborto encontra sua limitação implícita no direito à vida do *foetus*, neste estágio, para proteger a vida e a saúde da mãe.

No que se refere à natureza das obrigações do Estado, a Comissão reconheceu, por diversas vezes, a questão de saber se o artigo 2 da Convenção não é uma posição negativa ou se ela obriga os poderes públicos a uma ação positiva, quando a vida de uma pessoa está em perigo. Num requerimento (X. c. Irlanda, n. 6839/74), com decisão em 4 de outubro de 1976, a Comissão colocou o problema da obrigação para os poderes públicos, de intervir positivamente, fornecendo recursos médicos. Compreendeu-se que a primeira frase do artigo 2 impõe ao Estado uma obrigação maior do que aquela constante da segunda parte: a idéia que o direito de toda pessoa à vida é protegido pela lei. Nessa hipótese, o Estado não somente deveria abster-se de realizar a morte intencionalmente, mas também tomar as medidas necessárias para a proteção da vida.

A Associação que reagrupava parentes de crianças que tinham passado por experiências graves e duradouras, decididos a vacinar, alegaram que as autoridades britânicas, organizando campanhas regulares de vacinação, sem informar os parentes dos perigos potenciais, tinha-lhes imposto risco injustificável. A Comissão, por compreender manifestamente mal fundada a situação grave, constatou que o Estado tinha adotado um sistema de controle apropriado (Assoc. X. c. Royaume-Uni), por meio do Requerimento nº 7.154/75, decisão de 12 de julho de 1978, consagrando-se uma obrigação ativa. Tratava-se de uma obrigação de comportamento, não se reduzindo a uma obrigação de resultado. A Comissão julgou, no que se refere ao risco de violência, que visava pessoas determinadas, que o artigo 2 da Convenção não seria interpretado como imposição ao Estado, que estaria obrigado a estabelecer uma proteção de natureza especial, no que se refere à guarda do corpo por um período ilimitado (Requerimento nº 6.040/73, de 20 de julho de 1973). Se o requerente não tivesse direito a uma obrigação de resultado, por parte dos poderes públicos, haveria a impossibilidade radical de um resultado, mesmo no caso de ausência de medidas positivas, que não constituiriam violação da Convenção. No caso *A. Hughes c. Royaume-Uni* (Requerimento nº 1.1590/85, decisão de 18 de julho de 1986) a requerente explicou que seu esposo não havia sido beneficiado por assistência médica rápida, que levaria às chances de uma reanimação. A Comissão, entendendo o requerimento mal fundado, que, na espécie, a informação médica entendeu que a morte seria inevitável.

A análise dessas questões, acerca da integridade do corpo humano, suscitadas pelo desenvolvimento das ciências biomédicas, leva ao aprofundamento destas questões.

Diversos outros atentados à integridade física da pessoa, em decorrência da prática científica e médica, colocam em relevo novas formas de solidariedade social, no que toca certos doentes que se beneficiam do sangue ou de órgãos de terceiros doadores, em proveito da sociedade em seu conjunto, que tem, também, a vantagem de levar ao surgimento de novos medicamentos. Essas medidas demonstram a necessidade de ressaltar o papel dos direitos do homem, em que a tradição pela proteção da pessoa é elemento essencial contra certos atentados à integridade física, suscetíveis de afetar a descendência do homem.

As práticas sobre os direitos do homem levantam problemas sobre sua legitimidade e sobre a questão do consentimento. Quanto à legitimidade, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 7, proíbe submeter uma pessoa, sem seu consentimento, a uma experiência médica ou científica. Entretanto, a Convenção Européia não menciona explicitamente a questão de experimentação humana, nem a de transplante de órgãos. O artigo 2, 1 da Convenção reconhece o direito de toda pessoa à vida, proibindo implicitamente os ensaios ou experimentações que têm consequências mortais sobre o ser humano. O artigo 3 da Convenção proíbe a submissão do ser humano às formas de tortura e às penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

O tratamento médico, de caráter experimental, sem o consentimento da pessoa, em certas condições, é proibido pelo artigo 3 da Convenção. A natureza experimental do ato médico é a condição primeira para que tal ação possa ser considerada como tratamento desumano. Ainda, no domínio médico, no que se refere ao artigo 8 da Convenção, a Comissão julgou o caso *X contra a Áustria*.

O consentimento foi debatido e tratado no *Código de Nuremberg*, que enunciava a necessidade de se obter o consentimento do doente, sendo que o artigo 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos faz do consentimento condição essencial à experimentação médica. A Comissão entendeu que o tratamento médico, de caráter experimental, sem o consentimento do interessado, pode, em certas circunstâncias, ser considerado como ofensivo ao artigo 3.

Tratando dos detidos, o princípio 7 da *Recomendação* nº R (90), do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, acerca da pesquisa médica sobre o ser humano, determina que as pessoas privadas da liberdade não podem ser objeto dessas experiências, se estes não prestam significativo benefício à saúde dos mesmos.

As pessoas incapazes, no que toca aos órgãos, nos termos da Resolução nº (78) 29, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, sobre a harmonização jurídica, em matéria de transplante de substâncias de origem humana, distinguiu as situações em que prevalecem ou não as substâncias suscetíveis ou não de regeneração.

As experiências biomédicas, nos menores, nos termos da *Recomendação* nº R (90) do



Comitê de Ministros do Conselho da Europa colocam como princípio o entendimento de que se as experimentações beneficiam terapêuticamente, são possíveis, a título excepcional. Os incapazes maiores são objeto da Recomendação nº R (83) 2, concernente à proteção jurídica das pessoas dotadas de perturbações mentais ou pacientes involuntários. Intercepta-se os ensaios clínicos com produtos ou técnicas que não têm base terapêutica psiquiátrica, sobre pessoas dotadas de perturbações mentais.

Os atentados à integridade do corpo, que afetam a descendência do homem, fazem surgir questionamentos sobre:

- a esterilização não voluntária;
- técnicas sobre o genoma genético.

O direito à procriação ou de criar uma família é reconhecido pelo artigo 12 da Convenção. A experimentação não consentida, como a esterilização não-voluntária, constitui atentado à integridade física do indivíduo.

O gênio genético está ligado à transferência de gens de célula germinal, que levaria à possibilidade de modificação do *fundo genético* da espécie humana. A Assembléia parlamentar do Conselho da Europa tratou do assunto, em 1982, na Resolução 934, relativa à *engenharia genética*. Os direitos à vida e à dignidade humana são garantidos pelos artigos 2 e 3 da Convenção Européia dos Direitos do Homem, no que toca a impedir que as características genéticas não sejam objeto de qualquer mutação.

Temas como a proteção da liberdade de pensamento e da vida privada e familiar são examinados nestes estudos, inclusive no que se refere às repercussões sociais sobre o reconhecimento do gênio genético.

Os perigos da utilização de informações científicas e médicas, sobre os indivíduos, foram objeto de duas Recomendações do Conselho da Europa, no que toca à regulamentação aplicável aos bancos de dados médicos automatizados. O artigo 54 estabelece que sem o consentimento expresso e consciente da pessoa envolvida na existência e conteúdo de um dossiê médico não podem estes dados ser comunicados a pessoas ou a organizações médicas. A Recomendação R (83), 10, de 23 de setembro de 1983, sobre a proteção de dados de caráter pessoal, utilizados para fins de pesquisas científicas e estatísticas, determina que se deve respeitar a vida privada.

Entre os anos de 1987 a 1992, o Comitê de especialistas sobre Bioética, do Conselho Europeu, denominado CAHBI, a partir de 1992,

denominado Comitê Diretor sobre Bioética (CDBI), incluiu em suas preocupações um conjunto de questões sobre:

- rastreamento genético pré-natal, diagnóstico pré-natal e conselho genético relativo (Recomendação R (90), de 21 de junho de 1990);
- dois textos relativos à utilização de análises de “ácido déoxyribonucléique” (ADN), no quadro de justiça penal (Recomendação R 5 (92) 1, de 10 de fevereiro de 1992) e sobre rastreamento genético, com finalidades médicas (Recomendação R (92) 3, de 10 de fevereiro de 1992).

Várias são as categorias de textos sobre como a Convenção Européia dos Direitos do Homem vem protegendo o indivíduo, fonte à divulgação de informações, referentes à saúde e ao patrimônio genético.

## 5. A Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e as Liberdades Fundamentais

O preâmbulo da Convenção Européia de Direitos do Homem é integrante da mesma, sendo que este estatuto não difere dos preâmbulos de outros tratados internacionais. O artigo 31 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, destaca certas regras gerais de interpretação dos mesmos, reconhecendo a indivisibilidade que existe entre esta parte e o corpo de um tratado. Ele dispõe que o tratado deve ser interpretado de acordo com a regra da boa-fé, de conformidade com o sentido ordinário atribuído aos termos do tratado em seu contexto, à luz de seu objeto e de sua finalidade. Em seu parágrafo 2º, estabelece-se que os fins da interpretação de um tratado, em seu contexto, compreende o seu texto, o preâmbulo e os anexos incluídos. Jean-Pierre Cot e Alain Pellet, em comentário sobre o preâmbulo da Carta das Nações Unidas, acentuam que a peça inaugural e o texto devem ser analisados com igualdade<sup>13</sup>.

Os preâmbulos, como instrumentos internacionais, são portadores de significado especial, pois que refletem as motivações que conduzem a elaboração dos mencionados instrumentos. A Corte Européia dos Direitos Humanos, no caso *Golder*, entendeu que o artigo 31, § 2º da Convenção de Viena, faz parte do seu contexto, apresentando grande utilidade para determinação do objeto e dos fins do instrumento de interpretação. A elaboração dos instrumentos internacionais, sob a forma de

<sup>13</sup> COT, J. P., PELLET, A. *La Charte des Nations Unies*. Paris : Economica, 1985.

preâmbulo, não tem uma prática uniforme. No que se refere à Convenção Européia dos Direitos do Homem, a questão do preâmbulo só se colocou numa fase avançada dos trabalhos, isto é, durante a segunda sessão da Assembléia consultiva do Conselho da Europa, reunido do dia 7 a 28 de agosto de 1980. A comissão de questões jurídicas e administrativas da Assembléia, de maneira unânime, reconhece que era preciso iniciar a Convenção por um preâmbulo. Os estudos consagrados ao preâmbulo têm examinado sucessivamente: a Declaração Universal dos Direitos do Homem como fonte e quadro de referência, a segunda e a terceira alíneas do preâmbulo; a relação com o Conselho da Europa, à luz de sua finalidade, nos termos da 4ª alínea do preâmbulo; os direitos do homem no contexto de um regime político verdadeiramente democrático, alínea 5ª do Preâmbulo; o patrimônio comum de valores e mecanismos de garantia coletiva, 6ª alínea do Preâmbulo.

Os primeiros projetos continham, na sessão dedicada aos direitos garantidos, uma lista de direitos não precisamente definidos, mencionando, por referência explícita, os artigos correspondentes da Declaração Universal. Reafirmavam uma cláusula geral, prevendo uma garantia coletiva dos direitos e liberdades existentes na Declaração. A enumeração de um certo número de direitos relacionava-se com a previsão que estabelecia a vinculação com certo artigo da Declaração das Nações Unidas. No momento da redação da Convenção Européia, a Declaração Universal dos Direitos do Homem era sempre a primeira, como o único elemento adotado pela série de instrumentos internacionais que finalmente formaria a Carta Internacional dos Direitos do Homem. A Carta Internacional dos Direitos do Homem compreende, em seu conjunto, de quatro textos: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); o Pacto Internacional relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais (1966); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e o Protocolo facultativo que se reportava ao último pacto (1966). A referência à Declaração Universal, ao lado da Convenção Européia, estabelece uma relação estreita entre este instrumento regional em matéria de direitos do homem e as normas das Nações Unidas.

A relação com o Conselho da Europa e a Convenção Européia dos Direitos do Homem é bem significativa. O objetivo do Conselho da Europa é realizar a união, mais estreita, entre os Membros, com o fim de salvaguardar e promover os ideais e os princípios que formam o

patrimônio comum e favorecem o progresso econômico e social. O Preâmbulo do Estatuto diz, claramente, que os valores e princípios subjacentes à noção e ao reconhecimento dos direitos do homem e liberdades fundamentais são a base da cooperação internacional, como assim o entende o Conselho da Europa. Refere-se aos princípios da liberdade individual, da liberdade política e da preeminência do direito, sobre os quais se funda toda verdadeira democracia. O Preâmbulo da Convenção, bem como o Estatuto do Conselho, ressalta a consolidação da paz fundada na justiça e na cooperação internacional e dos interesses vitais, para preservar a sociedade humana e a civilização. Acentuam-se as noções de democracia política e sociedade democrática, como elementos indispensáveis à proteção e ao respeito dos direitos do homem, reafirmados, com força, nos textos adotados pela Conferência sobre a Seguridade e a Cooperação da Europa (CSCE), que se refere, particularmente, ao conceito de democracia pluralista. Os Estados participantes reconheceram, em documento adotado na reunião de Copenhague, na Conferência sobre a Dimensão Humana (CSCE - 5 - 29 junho 1990) que a democracia pluralista e o Estado são essenciais para garantir o respeito a todos os direitos do homem e todas as liberdades fundamentais. A Carta de Paris, para uma nova Europa, assinada em 21 de setembro de 1990 pelos Chefes de Estado ou de governantes de Estados participantes da CSCE, contém pontos importantes sobre a democracia, os direitos do homem e o Estado de direito. Entendeu-se que o governo democrático repousa sobre a vontade do povo, expressa em intervalos regulares, por eleições livres e leais. A democracia repousa no respeito da pessoa humana e no Estado de direito.

A Convenção Européia é considerada como um instrumento que reflete a vocação dos Estados signatários, para tomar as primeiras providências para assegurar a garantia coletiva de certos direitos enunciados na Declaração Universal.

O Preâmbulo fornece inspiração e fundamento para uma interpretação evolutiva.

## 6. O Conteúdo dos artigos da Convenção

O artigo 1 estabelece que as Altas Partes Contratantes reconhecem a todas as pessoas dependentes de sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título 1 da Convenção.

Pela jurisprudência da Comissão e da Corte Européia dos Direitos do Homem, no caso de violação desses direitos e liberdades definidos nos documentos da Convenção, configura-se a responsabilidade do Estado. Pelo artigo 1 da Convenção Européia e Direitos do Homem, os titulares desses direitos e liberdades reconhecidos, estão vinculados às pessoas que necessitam da jurisdição dos Estados contratantes. Trata-se de um princípio dos direitos e liberdades reconhecidos pelo 1º, 4º, 6º e 7º Protocolos. Os Estados-partes da Convenção devem reconhecer esses direitos e liberdades não somente para os seus nacionais, mas também para os outros Estados contratantes. A expressão *toda pessoa* é análoga à que aparece em outros instrumentos jurídicos internacionais pertinentes à natureza universal dos direitos e liberdades reconhecidos pelo sistema da Convenção.

O artigo 2 reconhece o direito de toda pessoa à vida, estando o mesmo protegido pela lei. A morte não pode ser infringida intencionalmente, salvo no caso de execução de uma sentença capital, decorrente de um tribunal, no caso de um delito ser punido com pena estabelecida em lei. Assegura-se a defesa de toda pessoa contra a violência ilegal. As disposições do artigo 2 foram completadas em 28 de abril de 1983, pelo Protocolo nº 6, aditado à Convenção, no que se refere à abolição da pena de morte. Este protocolo, que não foi assinado por todos os Estados-Partes da Convenção, é apreciado de maneira diferente. O direito à vida, proclamado pela Convenção, apresenta caráter fundamental. Esse direito estabelecido no artigo 2 garante os benefícios do direito à vida, com implicações sobre a morte infringida intencionalmente, as medidas de proteção à vida e as limitações do direito à vida.

O artigo 3 estabelece que ninguém pode ser submetido a tortura nem a penas ou tratamentos inumanos ou degradantes. A interdição à tortura, às penas ou a tratamentos inumanos ou degradantes, consagra, como tem decidido a Corte Européia dos Direitos do Homem (*Soring du 7 juillet 1989 - A nº 161, § 88*), um dos valores fundamentais da sociedade democrática que formam o Conselho da Europa. Com esse artigo, ressalta-se a importância da dignidade, inerente a pessoa humana, que passa a ser considerado como um direito intangível. Outros instrumentos convencionais têm ressaltado essa forma de proteção, alguns de natureza universal como o Pacto dos Direitos Civis e

Políticos 16 de dezembro de 1966, artigo 7, ou mecanismo regional como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969, artigo 5, 1 e 2. A Carta Africana dos direitos do homem e dos povos, de 28 de junho de 1981, não distingue os direitos intangíveis entre aqueles que ela enuncia. O direito à preservação da dignidade humana é considerado como um atributo inalienável ao ser humano, fundado sob os valores comuns, bem como aos patrimônios culturais e os sistemas sociais. A proibição à tortura figura entre as normas imperativas do direito internacional dos homens, enunciados como absolutos.

Na interpretação dos princípios inerentes aos direitos tratados no artigo 3, surgem os critérios específicos, tendo em vista a gravidade do sofrimento infringido às vítimas. Os juízes europeus reconhecem que essas normas são aplicáveis aos detidos e aos estrangeiros. A noção de tratamento degradante aparece como valor social, estabelecendo critérios sobre a discriminação racial, o descrédito social, os castigos corporais, os tratamentos médico-experimentais e as brutalidades infringidas às pessoas. O uso organizado da violência, os interrogatórios excessivos, a duração da detenção, o regime de detenção, o tratamento médico, as condições materiais do detento, o isolamento celular total vêm sendo objeto das decisões sobre a matéria.

O artigo 4 trata da escravidão, da servidão, do trabalho forçado ou obrigatório, dando destaque para o tema da escravidão e da servidão (Convenção da OIT, concernente ao trabalho forçado ou obrigatório, nº 29, de 28 de junho de 1930; Convenção sobre a Escravatura assinado em Genebra em 25 de setembro de 1926, emendada pelo Protocolo de New York de 7 de dezembro de 1953; a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura de 7 de setembro de 1956; a Convenção de New York para supressão do tratamento dos seres humanos e a exploração da prostituição, de 21 de março de 1950; a Convenção da OIT, nº 50, relativa à regulação de certos sistemas particulares de recrutamento de trabalhadores indígenas, de 21 de junho de 1936).

Várias convenções internacionais têm se dedicado a aspectos do tratamento dado aos seres humanos.

O artigo 5, § 1º, estabelece que toda pessoa tem o direito à liberdade e à segurança, pelo

que não pode ser privada de sua liberdade, salvo nos casos mencionados e conforme as vias legais. Esse artigo da Convenção garante a toda pessoa o direito à liberdade e à segurança, estabelecendo os casos em que as pessoas podem ser privadas de sua liberdade. O artigo 5, § 2º, estabelece que toda pessoa tem o direito de ser informada, perante a Corte, na língua que ele compreende, com explicações sobre a sua prisão e acusação.

O artigo 5, n° 3, estabelece que as pessoas detidas nas condições previstas no parágrafo 1, c, têm direito à assistência perante o juiz ou um outro magistrado habilitado pela lei a exercer as funções judiciárias e o direito de ser julgado de maneira razoável, com a liberdade processual.

O artigo 5, 4, estabelece que toda pessoa privada de sua liberdade, por meio de detenção, tem direito a um recurso perante um tribunal, onde se discute a legalidade de sua detenção, com a ordem de libertação no caso de detenção ilegal. O artigo 5, n° 5, estabelece que todas as pessoas vítimas de uma detenção, em condições contrárias as disposições do mencionado artigo, têm direito a uma reparação.

O artigo 6 estabelece que toda pessoa tem o direito que a sua causa seja julgada de uma maneira equitativa, pública e razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei, que decidirá sobre os direitos e obrigações de caráter civil. Esse artigo tem como finalidade a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Na análise do artigo 6, convém destacar a importância crescente da arbitragem, na regulamentação dos litígios do comércio internacional, com indagações sobre as garantias processuais contidas no artigo 6, n° 1, da Convenção, válido, inclusive, em matéria de arbitragem.

A Convenção de arbitragem, o processo de arbitragem têm levantado várias questões, no que se refere ao reconhecimento de que a arbitragem não representa uma renúncia absoluta à proteção judiciária estatal.

O artigo 7 determina que ninguém pode ser condenado por uma ação ou uma omissão, quando não constitui infração perante o direito nacional e o direito internacional.

O princípio da legalidade dos detidos e das penas, na fórmula do artigo 7, exige que a ação ou a omissão constituam infração do direito nacional ou internacional, ao mesmo tempo reconhece-se o princípio da não-retroatividade das leis penais.

O artigo 8, n° 1 determina que toda pessoa tem o direito ao respeito de sua vida privada e familiar, bem como de seu domicílio e de sua correspondência. Não é permitida a ingerência de uma autoridade pública no exercício deste direito. O n° 2, estabelece que não é possível a ingerência da autoridade pública no exercício deste direito.

O artigo 9, n° 1 reconhece a toda pessoa o direito à liberdade de pensamento, de consciência e religião. Já o artigo 9, n° 2, ressalta que a liberdade de manifestação da religião ou de convicções não pode ser objeto de outras restrições, senão aquelas previstas por lei, em casos de utilização de medidas necessárias para uma sociedade democrática, promover a segurança pública, a proteção da ordem, da saúde e da moral pública ou a proteção de direitos de outrem.

Os artigos 10, n° 2, 11, n° 2, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 n° 1, a, b, 2, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66 tratam de variada temática que proclama direitos como a liberdade de expressão; o exercício das liberdades, os deveres e as responsabilidades; liberdade de reunião pacífica e de associação; exercício desses direitos, com apenas as restrições previstas em lei; o homem e a mulher têm direito a se casar e a constituir família; os direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção, quando violados, podem ser demandados, por recurso a uma instância nacional; os direitos e liberdades, reconhecidos na Convenção, devem ser assegurados, sem qualquer distinção fundada no sexo, na raça, na cor, na religião, nas opiniões públicas, qualquer que seja a origem nacional ou social; em caso de guerra ou de perigo público que ameace a vida da nação, as Altas Partes Contratantes podem tomar medidas que derroguem as obrigações previstas na Convenção; qualquer das disposições dos artigos 10, 11 e 14 não podem ser considerados impeditivas das Altas Partes Contratantes, de impor restrições à atividade política dos estrangeiros; as disposições da Convenção não podem ser interpretadas com restrições de um Estado, agrupamento ou indivíduo, de se livrar de atividades que visam a destruição dos direitos e liberdades; as restrições da presente Convenção só poderão ser aplicadas nos casos previstos;

Afim de assegurar o respeito aos preceitos, por parte das Altas Partes Contratantes, a Convenção instituiu uma Comissão Européia dos

Direitos do Homem ou uma Corte Européia dos Direitos do Homem no elenco dos artigos mencionados. Estabelece-se que a Comissão compõe-se de um número de membros igual ao das Altas Partes Contratantes, que se reúne em sessão plenária, com a criação de Câmaras; os membros da Comissão são eleitos pelo Comitê de Ministros, por maioria absoluta para um mandato de seis anos; e têm título individual; durante todo o exercício de seu mandato, não podem assumir funções incompatíveis com as exigências de independência, imparcialidade e disponibilidade inerentes a seu mandato; a Parte contratante pode pertencer à Comissão, por intermédio da Secretaria Geral do Conselho da Europa. A Comissão pode decidir sobre requerimentos encaminhados à Secretaria Geral do Conselho da Europa por toda pessoa física, organização não-governamental ou grupo de particulares, que se sintam vítimas de violação por uma das Altas Partes Contratantes; a Comissão não pode pronunciar-se sobre recursos internos, desde que eles tenham decidido de acordo com os princípios internacionais; a Comissão não aplicará o artigo 25, quando é usado o anonimato ou tenha-se submetido à instância internacional.

Nos casos de recurso, a Comissão aprecia os fatos, procedendo o exame contraditório do requerimento das partes; na aplicação do artigo 25, a Comissão pode decidir, com a maioria de dois terços de seus membros; em todo momento do processo, a Comissão pode decidir sobre um requerimento, estabelecendo se o litígio está resolvido; o exame do recurso não tem como fim a aplicação dos artigos 28, nº 2, 29 e 30, em que a Comissão pronuncia-se sobre uma relação de ordem estatal ou individual, em que ocorre a violação de obrigações que lhe são traçadas em nome da Convenção; o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, no exercício de atribuição de natureza jurídica, decide sobre a questão de saber se houve ou não violação da Convenção; a Comissão, nos termos da Convenção, resolve, de acordo com disposições do Regimento Interior, sobre suas audiências e deliberações; as decisões da Comissão são tomadas pela maioria de seus membros, presentes e votantes; a Comissão reúne-se quando as circunstâncias exigirem, convocada pela Secretaria Geral do Conselho da Europa; a Comissão estabeleceu seu regulamento interno; o secretário da Comissão é assessorado pela Secretaria Geral do Conselho da Europa; os membros da Corte são eleitos pela Assem-

bléia Consultiva, pela maioria das vozes que expressam, de conformidade com as pessoas apresentadas pelos Membros do Conselho da Europa, em que cada um pode apontar três candidatos; os membros da Corte são eleitos para um mandato de nove anos, sendo reeleitos; a Corte elege seu Presidente e Vice-Presidente para um mandato de três anos, sendo reelegíveis; os membros da Corte recebem pelo exercício de suas funções, fixada pelo Comitê de Ministros; para exame de cada caso, a Corte é constituída por Câmara composta de nove juízes; somente as Altas Partes contratantes e a Comissão têm a qualificação para se apresentar perante a Corte; a competência da Corte estende-se a todos os assuntos concernentes à interpretação e à aplicação da Convenção, que as Altas Partes Contratantes ou a Comissão se submetem, nos termos das condições previstas no artigo 48; cada uma das Altas Partes Contratantes pode, não importando em qual momento, declarar reconhecido como obrigatório, de pleno direito e sem convenção especial, a jurisdição da Corte, sobre todos os negócios concernentes à interpretação e à aplicação da Convenção; a Corte não pode pronunciar-se sobre assunto, após a constatação pela Comissão de condições processuais, sobre a regularidade sobre certos assuntos, no prazo de três meses, previstos no artigo 32; a condição que a Alta Parte Contratante assume, nos termos do artigo 48, foi modificada pelo Protocolo nº 9, artigo 5.

Em caso de contestação, em que se discute se a Corte é competente, ela própria decide; a decisão da Corte pode declarar se uma providência tomada por autoridade judiciária contra uma Parte contratante, situa-se como parcial, em oposição com as obrigações decorrentes da Convenção; a decisão da Corte deve ser motivada; sendo que se o arresto não obtém a opinião unânime dos juízes, pode ocorrer a opinião individual; a decisão da Corte é definitiva; as Altas Partes Contratantes, como partes no litígio, podem conformar-se às decisões da Corte, nos litígios nos quais são partes; a decisão da Corte é transmitida ao Comitê de Ministros, em grau de execução; a Corte estabelece seu regulamento e fixa seu procedimento; a primeira eleição dos membros da Corte teve lugar, após as declarações das Altas Partes Contratantes, nos termos do artigo 46; toda Alta Parte contratante apresentará sua demanda perante o Secretariado Geral do Conselho da Europa; as despesas da Comissão e da

Corte estão a cargo do Conselho da Europa; os membros da Comissão e da Corte, no exercício de suas funções, gozam de imunidades previstas no artigo 40 do Estatuto do Conselho da Europa; nenhuma das disposições da Convenção será interpretada como limitação ou atentado aos direitos do homem e às liberdades fundamentais; as disposições da Convenção não podem atentar contra os poderes conferidos aos Comitês de Ministros e ao Estatuto do Conselho da Europa; as Altas Partes Contratantes reconhecem, reciprocamente, salvo compromisso especial, a prevalência dos Tratados e Convenções, existentes entre elas; todo Estado, no momento da ratificação ou em outra oportunidade, deve declarar, por notificação endereçada ao Secretariado Geral do Conselho da Europa, que a Convenção será aplicada em seus territórios; todo Estado, no momento da assinatura da Convenção, na oportunidade do depósito do instrumento de ratificação, pode formular reserva sobre certa disposição particular da Convenção; a Alta Parte Contratante só poderá denunciar a Convenção após cinco anos de entrada em vigor da mesma; a Convenção foi aberta à assinatura dos Membros do Conselho da Europa, sendo que as ratificações serão depositadas na Secretaria Geral do Conselho da Europa.

## 7. Os Protocolos Adicionais

O Primeiro Protocolo Adicional, com seis artigos, estabelece que toda pessoa física ou moral tem o direito de ver respeitados seus bens, não podendo ser privado de sua propriedade, senão em caso de utilidade pública, de conformidade com as condições previstas em lei e nos princípios gerais do direito internacional. A disposição visa proteger um direito do homem, de natureza econômica.

O artigo 2 protege o direito à instrução, pelo que o Estado, no exercício de suas funções, deverá assumir as obrigações no domínio da educação e do ensino, com respeito às convicções religiosas e filosóficas. As Altas Partes Contratantes (artigo 3) devem organizar, em intervalos razoáveis, as eleições livres, com escrutínio secreto, em condições que assegurem a livre expressão do povo, na escolha do corpo legislativo.

Toda Alta Parte Contratante (artigo 4) pode, no momento da assinatura, ou da ratificação do Protocolo Primeiro, em qualquer momento, comunicar à Secretaria Geral do Conselho da

Europa uma declaração indicando em que medida aceita as suas disposições. As Altas Partes Contratantes, de conformidade com os artigos 1, 2, 3 e 4 do Protocolo, como dos artigos adicionais à Convenção, podem usar o processo da denúncia.

O artigo 6 do Protocolo foi aberto à assinatura dos membros do Conselho da Europa, signatários da Convenção.

O Protocolo nº 2, artigos 1 a 4, estabelece critérios sobre interpretação da Convenção e de seus Protocolos. Já no artigo 5, estabelece regras inerentes à assinatura, no que se refere à ratificação e aceitação.

O Protocolo nº 4, artigos 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, estabelece regras sobre a privação da liberdade, em razão de execução de uma obrigação contratual. No mesmo sentido estabelece normas do direito de livre circulação e de livre escolha de residência. A não-expulsão, por medidas individuais e coletivas, de certo território do Estado é consagrada. São proibidas as expulsões coletivas de estrangeiros. A Alta Parte Contratante pode, no momento de sua assinatura ou ratificação do Protocolo acima mencionado, comunicar ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, declaração indicando, em que medida aceita as disposições do Protocolo. Ao mesmo tempo considerar os artigos 1 a 5 do Protocolo, como adicionais à Convenção.

O Protocolo nº 6, com quatro artigos, estabelece a abolição da pena de morte; ninguém pode ser condenado a tal punição. O Protocolo, no artigo 5, estabelece que todo Estado, no momento de sua assinatura ou do depósito, do instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, deve designar os territórios nos quais se aplica o Protocolo. Pelo artigo 6, os Estados-partes consideram que os artigos 1 a 5 do Protocolo como adicionais à Convenção. O Protocolo foi aberto à assinatura dos Estados-membros do Conselho da Europa, signatários da Convenção, passando a entrar em vigor no primeiro dia do mês, em que cinco Estados-membros do Conselho da Europa exprimiram seu consentimento. A Secretaria Geral do Conselho da Europa notificaria os Estados-membros do Conselho às respectivas assinaturas.

O Protocolo nº 7, nos artigos 1 a 10, trata do estrangeiro residente regularmente em um território do Estado e sua não-expulsão, a não ser na execução de decisão tomada de acordo com a lei e o direito. Ao mesmo tempo, estabelece que toda pessoa declarada culpada, por infração penal, por um Tribunal, terá direito

de fazer examinar a questão por uma jurisdição superior, no que se refere à declaração de culpabilidade e à condenação respectiva. Sendo a condenação penal definitiva e ulteriormente anulada, em vista de erro judiciário, a pessoa submetida à condenação, será indenizada. Pelo artigo 4, ninguém pode ser condenado ou punido penalmente, por jurisdição do mesmo Estado, em razão de infração pela qual já foi apenado, por julgamento definitivo, conforme a lei e o processo penal deste Estado.

Os esposos devem obedecer a igualdade de direitos e as responsabilidades de caráter civil entre eles e nas relações com os filhos, durante o casamento e sua dissolução. O artigo 6 do Protocolo em questão trata dos critérios de assinatura, depósito e ratificação. Os artigos 1 a 6 do Protocolo são considerados como adicionais à Convenção, sendo que outros Estados podem apor suas assinaturas. O artigo 9 trata da entrada em vigor do Protocolo; ao passo que o de número 10 refere-se à assinatura, ratificação e aprovação<sup>14</sup>.

## 8. A responsabilidade do Estado por violação dos Direitos do Homem

O ensino do Direito Europeu parte dos primeiros projetos de organização europeia, com o estudo de diversas teorias, doutrinas e práticas da integração europeia, com controvérsias sobre o federalismo, teorias funcionalistas, controvérsias sobre supranacionalidade, tratados comunitários e o Tratado de Maastricht sobre a União Europeia, com destaque para a institucionalização jurídica das Comunidades Europeias. Esses levantamentos, ultimamente,

<sup>14</sup> Texto da Convenção e Protocolos: Convenção europeia dos direitos do homem. Roma, 1950, em vigor depois, isto é, 1953; Texto revisado da Convenção (emendado em 1970, pelo Protocolo nº 3, de 1971, pelo Protocolo nº 5, de 1990 e pelo Protocolo nº 8, Protocolo nº 2, de Strasbourg, 1963 (o texto do Protocolo nº 2, passou a fazer parte integrante da Convenção, após sua entrada; Protocolo em vigor, em 1970; Protocolos em vigor (Protocolo adicional, Paris, 1952, em vigor, depois de 1954; Protocolo nº 4, Strasbourg, 1963, entrou em vigor em 1968; Protocolo nº 6, Strasbourg, 1983, em vigor depois de 1985; Protocolo nº 7, Strasbourg, 1984, em vigor depois de 1988; Protocolo nº 9, Strasbourg, 1990, em vigor depois de 1994; Protocolos em fase de ratificação (Protocolo nº 10, Strasbourg, 1992; Protocolo nº 11, Strasbourg, 1994); Collection. Documentos europeus. Droits de l'homme en droit international. Les éditions du Conseil de l'Europe, textes de base, 1992.

têm destacado a revisão do Tratado sobre a União Europeia, suas perspectivas e realidades, com dados sobre a Conferência intergovernamental de revisão do Tratado sobre a União Europeia, com questões referentes à hierarquia das normas<sup>15</sup>.

Os novos paradigmas em Direito Internacional Público, o Direito Internacional da Integração e a autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos levam-nos às reflexões transformadoras da sociedade contemporânea<sup>16</sup>. As novas perspectivas do direito das Organizações internacionais, com os detalhados exames dos grandes textos do Direito Comunitário e da União Europeia, conduzem-nos às mais amplas reflexões sobre as trans-

<sup>15</sup> GANTRON, Jean-Claude. *Droit européen* : Mémentos. Droit Public. Science Politique. 7. ed. Paris : Dalloz, 1995, LOUIS, Jean-Victor. *L'ordre juridique communautaire* : comissão das communautés européennes. Perspectives Européennes. 6 ed. Bruxelas, 1993, BOULOUIS, Jean. *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, 5. ed. Paris : Montchrestien, 1995, CARREAU, Dominique. *Droit International, Etudes Internationales*, Pedone, Paris, 1994, DINH, Nguyen Quoc. *Droit International Public*. Atualização Patrick Daillier e Alain Pellet. 5. ed. Paris : L. G. D. J., 1994, LÓPEZ GARRIDO, Diego. *Libertades Económicas y Derechos Fundamentales en el Sistema Comunitario Europeo*. Madrid : Tecnos, 1986; GATHOT, Pierre Holleaux. *La Convención de Bruxeles de 27 de septiembre 1968* : competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE. Prólogo de Bernardo M. Cremades, La Ley; CASSESE, Antônio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona : Ariel, 1993; ACKERMAN, Bruce, GALOVE, David. *Is Nafta constitutional?* Cambridge Massachusetts : Harvard University Press, 1995; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. São Paulo : Max Limonad, 1996.

<sup>16</sup> DINIZ, Arthur J. *Novos paradigmas em Direito Internacional Público*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1995; MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional da integração*. Rio de Janeiro : Renovar em 1996; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre : S. A. Fabris 1997 v. 1, ROCHA, José de Moura. *Dissabores do Saber ; Comunidade Europeia, Mercosul, jurisdição*. Ed. Universitária, Recife : 1997. Separata do Anuário do Mestrado em Direito, n. 7, 1995. ANDOLINA, Italo. *Ricerche sul processo. Cooperazione internazionale in materia giudiziaria. Dirette e Coordinate da Italo Andolina*. Ordinaria di Diritto Processuale Civile dell' Università di Catania. Catania : Libreria Editrice Torre, 1996.

formações da sociedade internacional contemporânea<sup>17</sup>, com reflexões sobre a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e a violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais, ao lado de estudos sobre os procedimentos públicos especiais<sup>18</sup>.

As preocupações com a redefinição dos paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo, em especial o brasileiro, vêm acompanhadas das motivações em torno da reorganização mundial e da própria restauração do Estado e o desenvolvimento social internacional, com análises sobre o relacionamento das Constituições européias com o Tratado de Maastricht, com indicativos para a integração regional, na América Latina<sup>19</sup>, com diversas

<sup>17</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito das organizações internacionais. Brasília : Escopo, 1990; SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997; DUBOUIS, Louis, GUEYDAN, Claude. *Grandes textes de droit communautaire et de l'Union Européenne*. 4. ed. Paris : Dalloz, 1996.

<sup>18</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Violación de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales : estudio de los procedimientos públicos especiales. Madrid, 1988, 3. v. BUERGENTHAL, Thomas. SHELTON, Dinah. *Protecting Human Rights in the Americas*. cases and materials. 4. ed. Strasbourg : International Institute of Human Rights, 1995, HABA, Enrique P. *Tratado Básico de Derechos Humanos*. I. Conceptos fundamentales, con especial referencia al Derecho Constitucional latinoamericano y al Derecho Internacional. San José, Costa Rica : Editorial Juriscentro, 1986.

<sup>19</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal : paradigmas para o estado constitucional brasileiro*. Belo Horizonte : Del Rey 1997; LA RÉORGANISATION mondiale des échanges problèmes juridiques: Société Française pour le Droit International : Coloque de Nice. Paris : A. Pedone 1996; LES NATIONS Unies et la restauration de l'Etat : Rencontres internationales de l'Institut d'Études Politiques d'Aix En Provence : Coloque des 16 et 17 décembre, 1994. Sob a Direção de Yves Daudet. Paris : Editions Padone 1995; LES NATIONS Unies et le développement social international : Coloque des 16 e 17 de fevereiro de 1996. Sob a direção de Yves Daudet. Paris : A. Pedone 1996; MIRANDA, Jorge. O Tratado de Maastricht e a Constituição portuguesa. *Revista do Tribunal Regional Federal, 1ª Região*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 17, jun./set. 1996; Tribunal Regional Federal, 1ª Região, MELLO. *Soberania estatal e organização judiciária em zonas de integração econômica : cursos de pós-graduação em Direito*. Universidade Gama Filho, 1994.

perspectivas para o futuro das modernas formas integrativas<sup>20</sup>.

As decisões das Cortes Constitucionais, em torno do Direito Interno e do Direito Comunitário, têm demonstrado o crescimento e o enriquecimento da temática dos Direitos Humanos, que são da maior importância para a renovação da sociedade internacional contemporânea<sup>21</sup>.

Essas indagações levam aos questionamentos acerca da responsabilidade do Estado, por violação dos direitos do homem. Vários trabalhos dedicam-se à análise da Convenção Européia de Direitos do Homem, com objetivo de análise do texto, do mecanismo estabelecido e da jurisprudência de seus órgãos. Alguns desses trabalhos têm promovido comparações dos princípios que inspiraram a Comissão e a Corte Européia dos Direitos do Homem, com a Corte Interamericana, no que se refere à imputação das violações atribuídas ao Estado, tendo em vista as regras estabelecidas em matéria de responsabilidade pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. O tema da responsabilidade dos Estados por violação das obrigações internacionais é de grande importância. A Comissão já produziu a primeira

<sup>20</sup> ALBUQUERQUE MELLO. *Direito Internacional americano : estudo sobre a contribuição de um direito regional para a integração econômica*. Rio de Janeiro : Renovar 1995; Idem. *Direito Constitucional Internacional : uma introdução : Constituição de 1988 revista em 1994*. Rio de Janeiro : Renovar 1994; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do Mercosul*. Porto Alegre : Livraria do Advogado 1996; ANDRADE, Maria Inês Chaves. *A plataforma constitucional brasileira*. Belo Horizonte : Del Rey 1995; CLERGERIE, Jean-Louis. *Le principe de subsidiarité*. Paris : Ellipses 1997; Le Droit en questions; DIREITO & Mercosul : cursos de pós-graduação em Direito - UFPR. *Revista Direito e Mercosul*, Curitiba, v. 1, n. 1, 1.996; QUADROS, Fausto. *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Européia*. Coimbra : Almedina 1995; SILVA, Roberto Luiz. *O Direito Econômico Internacional e o Direito Comunitário*. Belo Horizonte : Del Rey 1995; UNA CARTA Social del Mercosul? Trabajos de la Jornada Técnica sobre la Carta de Derechos Fundamentales en Materia Laboral del Mercosur, Relasur, 1994.

<sup>21</sup> CORTE Costituzionale. La Corte Costituzionale Tra Diritto Interno e Diritto Comunitario. Seminário ocorrido em Roma, 15 e 16 de outubro de 1990. Milão : Dott. A. Giuffrè 1991; Direção de Philippe Manin. *La Révision du Traité sur l'Union Européenne Perspectives et Réalités*. Paris : A. Pedone 1996.



orientação a partir de 1980, com o Projeto sobre a origem da responsabilidade, tendo em vista os trabalhos do Professor Roberto Ago. Nessas discussões surgiram vários impasses sobre a confusão entre regras de responsabilidade, a condição dos estrangeiros, em decorrência das violações e da responsabilidade. A responsabilidade internacional responde de maneira satisfatória aos aspectos de um sistema jurídico vinculado ao direito internacional, no qual é indispensável que o Estado responda por todos os seus atos, decorrentes das atividades de seus órgãos, configurando-se atos que violam uma obrigação internacional. O artigo 5 do Projeto da Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade dos Estados, dedicou-se à matéria, sendo que a Corte Interamericana dos Direitos do Homem reconheceu esse princípio na questão *Velásquez Rodríguez*.

Certas considerações gerais, que examinam as ordens jurídicas internas dos Estados europeus, no que concerne à teoria da separação dos poderes, têm apreciado as atribuições do

Estado, por intermédio dos órgãos que realizam atos do Poder Legislativo, atos do Poder Executivo e atos dos órgãos judiciários, relacionando-os com a teoria da responsabilidade. Nesses estudos têm ocorrido a distinção entre atos de *jure gestionis* e *jure imperii*, para a configuração da responsabilidade do Estado.

Os atos dos particulares são tratados no artigo 11 do Projeto da Comissão de Direito Internacional, no que se refere aos atentados dos direitos do homem. Também os órgãos de fato são examinados perante os direitos do homem.

A imputação do Estado por atos de outros sujeitos do direito internacional leva a diversas indagações sobre os atos de um Estado estrangeiro, as imputações e atividades das organizações internacionais, bem como sobre as atividades ilícitas dos organismos internacionais clássicos. É nesse sentido que a Comissão de Direito Internacional formulou regras sobre a imputação dos estados em matéria de direitos do homem<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> DIPLA, Haritini. *La responsabilité de l'état pour violation des droits de l'homme : problèmes d'imputation*. Com avant-propos de Nicolas Valticos e Préface de Luigi Condorelli. Paris : A. Pedone 1994.

# Auditorias ambientais: competências legislativas

PAULO DE BESSA ANTUNES

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Auditoria ambiental: definição. 3. A auditoria ambiental é norma de Direito Ambiental? 4. Auditoria ambiental: competência legislativa. 5. O papel dos tribunais de contas.

### 1. Introdução

Este artigo é a base de um trabalho apresentado em seminário promovido pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná sobre auditorias ambientais. As auditorias ambientais são um instrumento jurídico gerencial que, indiscutivelmente, está vocacionado para dominar todo o cenário jurídico ambiental na próxima década. O motivo para que assim seja é muito simples: em meio ambiente, também, prevenir é melhor do que remediar.

O desenvolvimento das práticas de auditoria, efetivamente, tem ocorrido em função da redescoberta desse velho ditado popular. Atualmente, aqueles que militam na área da proteção ambiental sabem, por experiências dolorosas, que a grande limitação apresentada pelo Direito Ambiental deriva do fato de que ele age, fundamentalmente, como instrumento de reparação de danos; isto é, a sua atuação básica está voltada para o momento após o dano. É lógico, no entanto, que existe todo um conjunto de normas e princípios voltados para a prevenção<sup>1</sup> de danos. Tal fato, entretanto, não é suficiente para descaracterizar o aspecto de sanção *a posteriori* que está amplamente presente no Direito Ambiental. O Presidente do importante *Environmental Law Institute* – ELI, J. William

Paulo de Bessa Antunes é chefe da assessoria jurídica da Secretaria de Estado de Meio Ambiente do Estado do Rio de Janeiro, Procurador Regional da República, Mestre em Direito (PUC/RJ) e Doutorando em Direito (UERJ).

<sup>1</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro : Lumem Juris, 1996. p. 21 e segs.

Futrell<sup>2</sup>, afirmou que:

“Já alcançamos nos Estados Unidos tudo o que era possível no âmbito de um direito que trata dos impactos depois do fato ocorrido. Do começo do século até hoje o Direito Ambiental tem sido um direito de reação (...).”

A mudança de perspectiva, isto é, a transformação do Direito Ambiental de um direito de reação para um direito de promoção, em grande medida, será definida pelo desenvolvimento que o Instituto das auditorias ambientais tiver. Felizmente, no caso particular, nós ainda temos a possibilidade de moldá-lo de forma que ele seja capaz de corresponder às imensas esperanças que nele são depositadas. Não podemos transformar as auditorias ambientais em mais um instrumento burocrático e ambientalmente irrelevante.

## 2. Auditoria ambiental: definição

O primeiro e mais importante passo para que possamos definir as competências legislativas em matéria de auditoria ambiental é o estabelecimento de sua definição. Em seguida, faz-se necessário que saibamos claramente qual é o objetivo que esperamos alcançar com as auditorias ambientais. Sem uma correta compreensão desses dois aspectos, lamento dizer, as auditorias ambientais limitar-se-ão a reproduzir mais uma rotina administrativa e cartorial.

As auditorias ambientais são uma seqüência de auditorias de qualidade utilizadas pela indústria e outros setores empresariais que buscam uma certificação da gestão de qualidade da empresa. Conforme a correta afirmação de Jones<sup>3</sup>:

“Não existe definição universalmente aceita de auditoria ambiental. A atividade, portanto, significa coisas diferentes para pessoas diferentes, existindo considerável confusão acerca do seu relacionamento com tópicos como avaliação ambiental, avaliação de impacto ambiental, análise ambiental, análise do ciclo de vida e rotulagem ambiental. Toda essa confusão é desnecessária, no entanto, se nos lembrarmos que auditoria ambiental é simplesmente outro processo de

verificação concebido para confirmar se as diretrizes de uma empresa em relação ao meio ambiente, e todos os procedimentos e regulamentos aplicáveis são cumpridos (...)”.

Dada a existência da dificuldade conceptual acima apontada, necessária se faz uma brevíssima incursão no Direito Comparado para que o assunto possa ser tratado de forma adequada.

Nos Estados Unidos, em 1986, foi publicado o *Environmental Auditing Police Statement* que tem por objetivo incentivar indústrias e órgãos públicos a realizar processos de auditoria ambiental. Em 1990, o Congresso norte-americano rejeitou proposta de emenda ao *Clean Air Act*, que determinava a realização obrigatória de auditorias ambientais. As auditorias, portanto, são voluntárias. Heliana Vilela de Oliveira e Silva<sup>4</sup> afirma que:

“Em abril de 1995, procurando incentivar as empresas a apresentar aos órgãos ambientais as não-conformidades detectadas no processo de AA<sup>5</sup> e a saná-las, a EPA publicou o Voluntary Environmental Self-Policing and Self Disclosure Interim Policy Statement, cujo teor específica: ‘toda empresa que, voluntariamente, identificar, apresentar e corrigir violações ambientais encontradas durante o processo de AA, será completamente eliminada de penalidades baseadas em escalas de gravidade, desde que estejam em consonância com as condições indicadas no relatório’”.

Igualmente, no Canadá, a auditoria ambiental é um processo voluntário. Segundo a autora recém-citada,

“(...) a AA se baseia, principalmente, na política interna, no sistema de gestão da empresa e na avaliação do potencial de riscos. Compete ao governo, como estimulador da AA, o papel de dar suporte às empresas através de conferências, *workshops*, apoio àqueles que queiram implantá-la e endosso público para as que já adotam”.

Trata-se, portanto, de um instrumento voluntário, incentivado e apoiado pelo governo canadense. Vale notar que, em 1992, a *Canadian*

<sup>2</sup> FUTRELL, J. William. Direito Ambiental : novos caminhos nos Estados Unidos. *Revista de Direito Ambiental*, n. 1, p. 10, jan./mar. 1996.

<sup>3</sup> JONES, David G. *Auditoria ambiental*. Rio de Janeiro : UERJ : PROENCO, 1997. p. 1-3

<sup>4</sup> SILVA, Heliana Vilela de Oliveira. *Auditoria de estudo de impacto ambiental*. Rio de Janeiro : COPPE, UFRJ, 1996. p. 120. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1996.

<sup>5</sup> AA – Auditoria Ambiental.

*Standards Association* deu início à elaboração de um plano federal de auxílio às empresas que desejem promover auditorias ambientais.

No Reino Unido, está em vigor a norma BS 7750 que, igualmente, é de aplicação voluntária para as empresas. Na França, existe a norma NF X30-200 que, assim como as demais, estabelece um sistema voluntário de auditorias ambientais. A Comunidade Européia estabeleceu o *Environmental Management and Audit Scheme* – EMAS que, como os demais, estabelece o critério de voluntariedade para as auditorias ambientais. É desnecessário falar da série ISO 14000, pois tais normas, ainda que extremamente importantes, não integram o universo jurídico estatal que, no momento, é o objeto de nosso interesse.

Podemos dizer, diante da experiência internacional, que as auditorias ambientais são instrumentos voluntários de gestão ambiental que permitem verificar a compatibilidade da atividade empresarial com a melhoria constante dos padrões ambientais e com o atendimento das normas aplicáveis.

### 3. A auditoria ambiental é norma de Direito Ambiental?

Uma questão que não pode passar em branco neste trabalho é aquela que diz respeito à localização das auditorias ambientais no próprio Direito Ambiental. Com efeito, a auditoria ambiental, como foi visto acima, é um instrumento de gestão ambiental e não pode ser considerada como um instrumento de controle ambiental. A diferença entre um e outro está no fato de que, na auditoria, não é estabelecida qualquer norma a ser seguida. O que se busca é o conhecimento de se as normas existentes estão sendo observadas pelo empreendedor<sup>6</sup>, e mais: se a empresa possui uma política ambiental, se a empresa é capaz de melhorar o seu desempenho ambiental constantemente. Esses elementos, em minha opinião, fazem com que a auditoria ambiental não seja vista, apenas, como uma análise momentânea da vida de uma empresa, mas, ao contrário, seja o coroamento de um processo de aperfeiçoamento de métodos de gestão ambiental.

Foi na linha da definição acima que a Comissão Européia estabeleceu o seu conceito de auditoria ambiental. Em assim sendo, a definição dada pela Comissão Européia ao tema foi

<sup>6</sup> Auditoria de conformidade legal.

a seguinte:

“(…) uma ferramenta gerencial compreendendo avaliação sistemática, documentada, periódica e objetiva do desempenho de organizações, gerências e equipamentos com o objetivo de contribuir para salvaguardar o meio ambiente, facilitando o controle gerencial de práticas ambientais, e avaliando o cumprimento de diretrizes da empresa, o que incluiria o atendimento das exigências de órgãos reguladores e normas aplicáveis”.

### 4. Auditoria ambiental: competência legislativa

Após esta longa introdução, necessário se faz que seja abordado o cerne desta nossa intervenção que é a competência legislativa para estabelecer normas de auditoria ambiental. A questão é árdua e tem sido pouco abordada pelos juristas brasileiros. Como se sabe, a competência para legislar sobre meio ambiente está estabelecida pelo artigo 24 da Constituição Federal. Essa competência é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal<sup>7</sup>. No caso a competência concorrente é *não-cumulativa*, pois a própria Carta Magna estabeleceu limites precisos para a intervenção dos Estados na matéria, como se verá. De fato, a hipótese em tela é exatamente aquela mencionada por Cretella Jr<sup>8</sup>, que a define

“quando o poder legislativo central pode editar normas até determinado nível, facultando-se ao Estado-membro a complementação da norma já editada”.

Efetivamente, na hipótese, a Lei Federal sobre normas gerais já existe e foi recepcionada pela Constituição de 88. Tal lei é a Lei nº 6.938/81<sup>9</sup>. Segundo a lição de Pinto Ferreira<sup>10</sup>: “É a regra do Direito Alemão. (...) O direito federal quebra ou prima sobre o direito estadual”.

Deve ser observado que a Lei nº 6.938/81, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, *em seu artigo 9º, não tratou das auditorias ambientais*. Como é do conhecimento de todos, é naquele artigo que estão definidos

<sup>7</sup> CF art. 24, VI, VII e VIII.

<sup>8</sup> CRETELLA JR, José. *Comentários à Constituição de 1988* : artigos 23 a 37. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991. v. 4. p. 1777.

<sup>9</sup> A propósito veja: SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 143 e segs.

<sup>10</sup> FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira* : artigos 22 a 53. São Paulo : Saraiva. 1990. v. 2, p. 115.

os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Dessa forma, para o Direito brasileiro, a auditoria ambiental não é um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Penso que a lista estabelecida no artigo 9º é taxativa e não meramente exemplificativa. Existe ali uma relação que se constitui em *numerus clausus*. Somente uma norma de hierarquia igual ou superior àquela da Lei nº 6.938/81 pode estabelecer uma alteração nos instrumentos da PNMA.

Penso que a Lei nº 6.938/81 preenche perfeitamente os requisitos estabelecidos pelo artigo 24 e seus parágrafos da Constituição Federal. Não há dúvida de que a Lei nº 6.938/81 é uma lei que estabelece normas gerais de proteção ao meio ambiente e, no particular, define os instrumentos legais e administrativos capazes de tornar efetiva a proteção ambiental em nosso País. A Lei nº 6.938/81 é norma geral porque não se confunde com uma simples lei federal aplicável apenas pela União. Ela, de fato, é uma lei nacional, pois estabelece um sistema nacional do meio ambiente. Esse sistema, composto por órgãos federais, estaduais e municipais, tem por objetivo ações integradas de proteção ao meio ambiente em todo o País. Dentro do mesmo sistema, cada um dos integrantes tem a possibilidade de aplicar as normas gerais, válidas para todos, de forma a atender às suas peculiaridades locais. Entretanto, não é facultado aos integrantes do sistema, em razão do regime constitucional, a criação de instrumentos diferentes daqueles previstos para a totalidade da nação.

A autonomia estadual e municipal se materializa na livre aplicação dos instrumentos nacionalmente reconhecidos. Aliás, o teor do § 3º do artigo 24 da Constituição é bastante claro: mesmo na inexistência de lei federal sobre normas gerais, os Estados-membros somente poderão exercer as suas competências legislativas plenas para “atender a suas peculiaridades”. Com o devido respeito que os legisladores estaduais merecem, não consigo perceber que o estabelecimento de leis estaduais sobre auditorias ambientais, na inexistência do instrumento em nível federal, tenha a função de atender a peculiaridades regionais. Admite-se, perfeitamente, que uma legislação especial sobre o pantanal, sobre a caatinga, para a proteção dos pinheirais etc., possa prever mecanismos especiais de auditoria, com vistas a um maior conhecimento técnico-científico e, portanto, para a maior proteção de ecossistemas

frágeis ou ameaçados. Positivamente, não é disso que se trata.

Ora, parece-me, portanto, que a auditoria ambiental é um instrumento de gestão que somente poderá ser introduzido em nosso Ordenamento Jurídico pelo caminho da legislação federal. Entretanto, a realidade é que vários Estados têm legislado sobre a matéria. No caso do Estado do Rio de Janeiro existe, inclusive, previsão constitucional<sup>11</sup> sobre a matéria. Penso, entretanto, que dificilmente se possa afirmar, com tranquilidade, a constitucionalidade do dispositivo, vez que no nível da legislação geral (federal) o instrumento é inexistente. Isso não impede, contudo, que as empresas realizem auditorias ambientais. Impede, parece-me, que a auditoria ambiental seja exigida pelo Estado.

A matéria, entretanto, tem sido pouco tratada pelos doutrinadores. O próprio Professor Paulo Affonso Leme Machado<sup>12</sup> não enfrentou as questões referentes à constitucionalidade das leis estaduais sobre o tema, limitando-se a afirmar que a lei municipal de Vitória sobre auditoria ambiental “está plenamente dentro da autonomia constitucional do município”.

A Lei estadual (Rio de Janeiro) nº 1.898, de 26 de novembro de 1991, possui um erro fundamental de concepção, que é o de se colocar como um instrumento de fiscalização ambiental e não como um instrumento de gestão. O melhor exemplo da concepção punitiva pode ser encontrado no artigo 6º da mencionada lei, que determina:

“Sempre que constatadas quaisquer infrações, deverão ser realizadas auditorias trimestrais até a correção das irregularidades, independentemente da aplicação de penalidades administrativas”.

Na prática, o artigo tende a criar uma resistência nas empresas que somente com muita dificuldade pode ser superada. Se a lei, ao contrário, tivesse estabelecido estímulos para a realização das auditorias ambientais, a sua implementação seria muito mais fácil e a lei seria, evidentemente, eficiente. Tal não é o caso do Estado do Rio de Janeiro.

Existe em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.160/92, que visa estabelecer o instituto da auditoria ambiental em nosso sistema jurídico normativo. A aprova-

<sup>11</sup> Art. 258, § 1º, XI.

<sup>12</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, p. 197-211.

ção do projeto de lei, em minha opinião, terá o mérito de reconduzir a legislação estadual ora existente aos trilhos da constitucionalidade, desde que a mesma não seja revogada.

## 5. Papel dos Tribunais de Contas

A Constituição Federal, em seu artigo 70, determina que é da competência do Congresso Nacional a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”, mediante o controle externo. Tal controle externo, nos termos do artigo 71 da CF, é realizado pelo Tribunal de Contas da União. O princípio estabelecido na Lei Fundamental tem aplicação para todos os integrantes de nossa federação.

O sentido que, até aqui, foi conferido ao conjunto de competências e atribuições dos Tribunais de Contas tem sido restrito aos aspectos puramente contábeis e financeiros.

Há que se considerar, contudo, que a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que

“regulamenta o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências”.

Em seu artigo 12, VIII determina que:

“nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos: (...) VIII – impacto ambiental”.

O dispositivo legal recém-mencionado demonstra que os Tribunais de Contas, sempre que examinem aspectos de processos licitatórios concernentes a obras públicas e intervenções físicas no meio ambiente, não devem deixar passar despercebidos os impactos ambientais deles resultantes. O Tribunal, evidentemente, não tem competência para examinar a matéria ambiental *em si mesma*. Todavia possui competência para examinar o contrato entre a Administração e o contratado e para verificar se o mesmo está de acordo com a legislação ambiental, naquilo que diz respeito à adequada avaliação do impacto ambiental. Ainda dentro do campo das atribuições específicas dos Tribunais de Contas, especialmente daquelas tipificadas no artigo 41, IV da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, há que se verificar a conformidade da concessão de empréstimos e financiamentos com o disposto no Decreto nº

99.274, de 6 de junho de 1990, que determina: “as entidades governamentais de financiamento ou gestoras de incentivos condicionarão a sua concessão à comprovação do licenciamento previsto neste Decreto”.

Veja-se que, no caso, a Corte de Contas pode efetivamente participar dos mecanismos de controle ambiental de forma bastante eficiente. Há que se considerar, contudo, que os Tribunais de Contas, para o bom desempenho desse aspecto peculiar de suas competências, deve promover um novo tipo de capacitação profissional de seus quadros, do qual resultará uma maior familiaridade com as normas ambientais, sua compreensão e aplicação.

Naquilo que diz respeito à competência específica à realização, pelos Tribunais de Contas, das auditorias de procedimento<sup>13</sup>, não é lícito que se afaste, liminarmente, a *análise de conformidade com a legislação ambiental*. Esse provavelmente é o aspecto no qual a atuação das Cortes de Contas, em matéria ambiental, pode se desenvolver mais. Com efeito, não raras vezes, os órgãos ambientais têm lutado com enormes dificuldades para fazer com que os demais órgãos administrativos cumpram as suas obrigações para com a legislação ambiental. Com frequência, as exigências ambientais, impostas aos particulares, não são cumpridas pela própria Administração. Ora, tal fato implica, *ipso iure*, em uma desconformidade operacional com as normas legais de proteção ao meio ambiente.

O Tribunal, devido à sua própria natureza, tem instrumentos muito mais eficientes do que aqueles que estão à disposição dos órgãos ambientais para impor à própria Administração o cumprimento de normas de proteção ao meio ambiente.

Outro aspecto que, em meu ponto de vista, pode ser melhor desenvolvido é aquele em que os Tribunais de Contas ajam como controladores dos próprios órgãos ambientais. De fato, é bastante comum que distorções orçamentárias e/ou operacionais impliquem na paralisação ou diminuição de qualidade da atuação das agências de controle ambiental. Orçamentos mal dimensionados ou mal executados, orçamentos voltados para as atividades meio e não para as atividades-fim, são fatores altamente nocivos para a sadia qualidade do meio ambiente. Enfim, as medidas que vêm a ser mencionadas, em meu entendimento, são *auditorias* que

<sup>13</sup> Lei nº 8.443/92, artigo 38, I.

estão, perfeitamente, enquadradas nas atribuições constitucionais e legais dos Tribunais de Contas e que, se bem implementadas, podem redundar em um expressivo aprimoramento da qualidade ambiental em nosso País.

### Bibliografia

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro : Lumem juris, 1996.
- CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988* : artigos 23 a 37. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991. v. 4.
- FUTRELL, J. William. *Direito Ambiental* : novos caminhos nos Estados Unidos. *Revista de Direito Ambiental*, n. 1, jan./mar. 1996.
- JONES, David G. *Auditoria Ambiental*. Rio de Janeiro : UERJ, PROENCO, 1997.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo : Malheiros.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira* : artigos 22 a 53. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo : Malheiros, 1994.
- SILVA, Heliana Vilela de Oliveira. *Auditoria de estudo de impacto ambiental*. Rio de Janeiro : COPPE, UFRJ, 1996. Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1996.

# Pombal e o Positivismo como indicadores de influência

FERNANDO BRAGA

## SUMÁRIO

1. *O influxo pombalino.* 2. *O apostolado positivista.* 2.1. *Histórico.* 2.2. *Doutrina.* 2.3. *A indução no Brasil.* 2.4. *Conseqüências teóricas.* 2.5. *Os precursores.* 3. *Conclusão.*

### 1. O influxo pombalino

No que pese Sebastião José de Carvalho e Melo (1799-1846), Conde de Oeiras, título recebido em 1759, após o famoso Processo dos Távoras, e mais tarde Marquês de Pombal, ter sido acusado por Dona Maria I (1734-1777) como *vendetta*, sendo-lhe imputada toda a responsabilidade coletiva por causa do estribilho “foi o Rei quem mandou”, quando Ministro de Dom José I (1714-1777), numa soberania conhecida como “Tábua Rasa”, segundo a classificação de João Ameal, em sua *História de Portugal* : das origens até 1640<sup>1</sup>, sem nenhuma dúvida ou má interpretação, ao Marquês já era reservado, pelo registro dos fatos, um lugar de grande estadista, por ter, como é do conhecimento histórico, sabiamente reerguido Lisboa, parcialmente soterrada pelo terremoto de 1755, com o ouro das nossas Minas Gerais e com o lucro da Companhia Geral de Comércio do Grão-Pará e Maranhão, idealizada por ele próprio sob a orientação do capitalista José Francisco da Cruz, com um capital de cem milhões e duzentos mil cruzados.

“Pombal, que em tudo se revelou um político de pulso e grande protetor do Maranhão”, fez ferrenha oposição aos discípulos de Loyola.

“Os religiosos apelaram para o Rei, mas a verdade é que Pombal venceu, e a Província, antes abandonada, começou



a prosperar (...), pois de logo se verificou, com as medidas adotadas, o crescente impulso da exportação maranhense (...). Com tais medidas e o braço escravo, mais eficiente que o indígena, e a fase da revolução industrial na Europa, a vasta Província nortista (o Maranhão) cresceu em franca prosperidade”.

Quem assim nos conta em belíssima narrativa é o escritor maranhense Astolfo Serra<sup>2</sup>.

Sobre as reformas pombalinas, Antônio José Saraiva, em *História da Literatura Portuguesa*, assim comenta<sup>3</sup>:

“Dom José, um *déspota esclarecido*, inspirou as reformas do Marquês de Pombal. É sob esse Ministro que cessa a perseguição dos cristãos-novos e terminam os autos-de-fé e que são expulsos de Portugal os jesuítas em 1759, que tão absorventemente tinham dominado o Estado, e sobretudo a educação. A grande burguesia mercantil e colonialista inspira esta política, que após dois séculos de segregação coloca de novo Portugal no nível dos povos da Europa Ocidental”.

Se por um lado Pombal se valia de arbitrariedades, como escrevem alguns historiadores – perpetradas na própria Casa Real Portuguesa –, por outro, usava a equidade e a justiça, como neste excerto de uma carta do Marquês endereçada ao seu sobrinho, Joaquim de Melo e Póvoas (1761-1779), quando este assumiu o Governo do Maranhão, a qual foi transcrita na íntegra por Augusto César Marques<sup>4</sup>.

“(…) A justiça e a paz, com que V. Exa. o governa, o farão igualmente benquistado e respeitado, porque, com uma e outra coisa, se sustenta a saúde pública. Engana-se quem entende que o temor com que faz obedecer é mais conveniente do que a benignidade com que se faz amar; pois a razão natural ensina que a obediência forçada é violenta e a voluntária, segura (...)”.

Sendo “o homem o principal objeto do pensamento filosófico numa operação viva, cujo progresso é real sem ser, entretanto, linear e, sobretudo, sem nunca estar acabado”, segundo

<sup>2</sup> *A Balaiada*. Rio de Janeiro : Biblioteca Militar, 1946.

<sup>3</sup> Op. cit., p.137-8.

<sup>4</sup> *Dicionário histórico e geográfico da província do Maranhão*. Rio de Janeiro : Fon-Fon, 1972.

Lucien Goldmann<sup>5</sup>, levou-nos à meditação de que o atavismo que Carvalho e Melo legou à formação política do Brasil, prendeu-se, frontalmente, ao *autoritarismo*, como se pode observar em estudos mais densos de alguns precursores do Positivismo entre nós que, ilustrados pela doutrina de Comte<sup>6</sup>, chegaram e se manifestaram no poder com o mesmo ranço que o Marquês exalava, ficando, portanto, à análise do tempo, se *déspotas ou liberais, se mártires ou santos*, mas aureolados pelo iluminismo superior.

A obra de Auguste Comte apresenta três características: uma filosofia da história do pensamento humano; uma fundamentação e classificação das ciências e, por fim, uma sociologia ou simplesmente uma doutrina da sociedade.

## 2. O apostolado positivista

### 2.1. Histórico

O Positivismo é uma escola filosófica, chamada tempos depois de Filosofia Científica, fundada por Isidore Auguste Marie François Xavier Comte (1798-1857), caracterizada pela revolta antimetafísica. As idéias do filósofo francês surgiram de reflexões tendo por pano de fundo a ciência e a filosofia do século XIX, convicto de que “só a ciência pode ir penetrando os aspectos do mundo acessíveis à experiência”.

A ação do Positivismo lançava-se contra a posição filosófica de base espiritualista. Nessa fase, no Brasil, as representações principais eram frei Francisco de Mont’Alverne, Domingos Gonçalves de Magalhães, Eduardo Ferreira França, Padre Patrício Muniz, Soriano de Sousa e Pedro Américo de Melo.

Outros apóstolos do Positivismo foram Miguel Lemos, que era líder do culto a Comte, e Clotilde des Vaux (com quem Comte dividia a sua filosofia, e, dizem, o seu amor). Miguel Lemos desenvolvia sua devoção sempre ao lado de Raimundo Teixeira Mendes, maranhense da cidade de Caxias, cuja fidelidade às idéias comtianas são profundas e comovedoras. Foram eles os idealizadores da Bandeira da República, a qual tem o dístico positivista “Ordem e Progresso”.

<sup>5</sup> *Dialética e cultura*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1967.

<sup>6</sup> Autor de *Cours de philosophie positive*, 1830-1842. 6 v.; *Système de politique positive*, 1851-1854. 4 v.; *Discours sur l’esprit positif*, 1844; *Cathécisme positiviste*, 1852 e *Appel aux conservateurs*, 1855.

Como ilustres seguidores, destacam-se ainda Lauro Sodré, no Pará; Barbosa Lima, em Pernambuco, e João Pinheiro, em Minas Gerais.

## 2.2. Doutrina

Os estudiosos dizem que

“a filosofia política positivista baseia-se no pressuposto de que a sociedade humana caminha inexoravelmente rumo à estruturação racional. Esta convicção e os meios necessários para a sua realização são alcançados mediante o cultivo da Ciência Social. Ante tal formulação, são possíveis duas alternativas: ou empenhar-se na educação dos espíritos, para que o regime positivo se instaure como fruto de um esclarecimento, ou simplesmente impor a organização positiva da sociedade por parte da minoria esclarecida. Sustentou a primeira atitude, principalmente, Pereira Barreto, o que corresponde ao chamado positivismo ilustrado; a segunda foi a alternativa de Júlio de Castilhos e foi a versão de inspiração que prevaleceu, cujas repercussões se fazem sentir ainda hoje”.

Dizia a Filosofia Positivista que

“o espírito humano atravessa três estados teóricos e distintos – o teológico, o metafísico e o positivo, que, de resto, são três métodos diferentes da busca do conhecimento –, o positivismo interpreta o primeiro deles como a infância da humanidade; o segundo, de transição, é caracterizado pelo espírito de crítica; e o terceiro, finalmente, utilizando processos próprios e científicos, representa a idade madura da humanidade e inaugura um período fixo e definitivo”.

## 2.3. A indução no Brasil

No final do século XIX e início do século XX a admiração pela doutrina comtiana e pelo próprio filósofo no Brasil, tinha, de certo modo, o mesmo fascínio que Aristóteles despertava na culta Grécia.

O ambiente universitário em São Paulo era agitadíssimo, apesar dos ditames conservadores vindos da Universidade Imperial. Os estudantes superiores paulistanos e de Recife jogavam-se às novas correntes de pensamento; encontravam respaldo entre eles as idéias do materialismo e do positivismo. “No Brasil, a questão religiosa abriu uma brecha entre os bispos e o poder civil,

assim como entre a Maçonaria e a Igreja, estimulando, dessa forma, a difusão do agnosticismo e do ateísmo”. A corrente abolicionista fortificava-se e punha em perigo a estrutura semifeudal da economia agrária, segundo alguns autores, e a propaganda republicana mais crescia.

As discussões entre católicos e livres pensadores eram constantes, e os poetas, quase todos acadêmicos, rompiam com as doutrinas românticas, dando passagem ao realismo na prosa e ao parnasianismo no verso, e mais ferrenhamente ao sentido crítico “que atacou especialmente o ecletismo espiritualista então vigente como filosofia oficial e falta de unidade doutrinária”, segundo comentário do Professor Antônio Paim.

## 2.4. Conseqüências teóricas

“O propósito de garantir ao homem a totalidade dos seus direitos implicou historicamente a declaração de um estado de guerra e um esforço por reeducar as massas, até que houvesse homens capazes de querer livremente e com plena vontade o seu verdadeiro querer. Esses fatos justificam a compulsão de uma elite que suspenderia a liberdade e manteria o estado de guerra, enquanto houvesse alguma oposição e a sociedade não fosse plenamente unificada”.

Resultou desse efeito o *totalitarismo* cuja única meta consiste “na total dominação do homem”, como entende Hannah Arendt<sup>7</sup>.

## 2.5. Os precursores

Augusto Comte ensinou “que o poder vem do saber.” O saber não é outro senão o estado positivo, último estágio a ser atingido pela humanidade. Aceitando, na íntegra, este conceito e considerando-se não só competente, mas possuído de intenções absolutamente puras, Júlio de Castilhos (1860-1903), que foi sucedido por outro, de igual brilhantismo como pensador, Antônio Borges de Medeiros, imaginou que o governo estava a serviço do aprimoramento moral da sociedade, deixando transcrever em sua obra estas três teses positivistas: a afirmação da grandeza moral do catolicismo, por ter sido “a mais nobre e elevada tentativa de uma Religião Universal até a

<sup>7</sup> Cientista Político norte-americano. Autora de *On Revolution*. Nova Iorque : Viching Press, 1963, tido pelos especialistas como um clássico político.

grande crise do século XVIII”; a completa separação do poder temporal com relação ao espiritual, a eliminação da ciência oficial e a necessidade de moralizar a política. Em seguida, Benjamin Constant (1836-1891), o “cérebro da República”, sustentava os entendimentos doutrinários entre o Positivismo e o Exército, cabendo a Silva Jardim (1860-1891) ser o expoente das idéias novas.

Finalmente, o cientificismo ocupa três ciclos de grande influência no Brasil, na assertiva do Professor Antônio Paim<sup>8</sup>, assim dispostos:

1º) O carisma pombalino exauria-se na luta política sem conseguir chegar ao poder, marcando, no entanto, sua fase de ouro entre nós, com a criação da Real Academia Militar que depois passaria a chamar-se Escola Politécnica; a implantação da Escola de Minas e a organização dos anais da Biblioteca e do Museu, ambos do Rio de Janeiro;

2º) Caracteriza-se por explicar *a possibilidade da moral científica, apenas pressuposta no ideário pombalino* compreendendo a época da Proclamação da República à década de 30 deste século (este ciclo corresponde ao Positivismo);

3º) Nesta fase, a mentalidade adota o marxismo e inicia-se

“com os concursos de Hermes Lima (1902-1978) e Leônidas de Resende (1889-1950), nos começos da década de 30, na Faculdade Nacional de Direito, da extinta Universidade do Brasil, até os nossos dias”.

### 3. Conclusão

O Professor e historiador Mário Martins Meireles<sup>9</sup>, decano da Academia Maranhense de Letras, assim comenta sobre a derrocada política de Pombal:

“Acusado de aproveitar-se de posições oficiais em proveito próprio, sua

administração no Brasil aboliu as capitanias hereditárias, criou numerosas comarcas e vilas, estabeleceu leis de inegável alcance social, incrementou o comércio, as exportações, a lavoura cafeeira e a construção naval. Ao proclamar a liberdade dos indígenas brasileiros, polemizou com os jesuítas, o que lhe valeu o fim político”.

Por fim, o mestre Hermes Lima nos deixou uma máxima de grande alcance: “Afinal a raiz do homem é o próprio homem, e não há como pensar sobre o homem senão partindo dele mesmo”.

### Bibliografia

- BARRETO, Vicente, PAIM, Antônio. Primórdios do liberalismo; Disensão do Poder Moderador ; Liberalismo e representação política. *Gazeta, sup. do Jbr*, 12 mar. 1983.
- BARRETO, Vicente, PAIM, Antônio, VELEZ RODRIGUES, Ricardo. A propaganda republicana ; A ditadura republicana e o Positivismo ; Autoritarismo. *Gazeta, sup. do Jbr*, 19 mar. 1983.
- PAIM, Antônio, SOUZA, Francisco Martins de, BARROS, Reynaldo. O Socialismo ; O integralismo ; A opção totalitária. *Gazeta, Jbr.*, 9 abr. 1983.
- SALDANHA, Néelson. *O pensamento político no Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1979.
- . *O pensamento constitucionalista brasileiro*.
- VELEZ RODRIGUES, Ricardo. O Castilhismo ; O trabalhismo após 30. *Gazeta, sup. Jbr.*, 26 mar. 1983.
- CICLO de Conferências realizado pela universidade de Brasília (UnB), no período de 24 a 26 de outubro de 1977. Brasília : Centro Gráfico do Senado Federal, 1978.
- ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo : Enciclopédia Barsa do Brasil, 1994. v. I, 5 e 12.

<sup>8</sup> *Pombal e a cultura brasileira*. Rio de Janeiro : Fundação Cultural Brasil-Portugal, Tempo Brasileiro, 1982.

<sup>9</sup> *Melo e Póvoas*. São Luís : SIOGE, 1974.

# “Projeto Pelé”: inconstitucionalidades e irrealidades

ÁLVARO MELO FILHO

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Justiça desportiva. 3. Extinção do passe. 4. Fiscalização do Ministério Público. 5. Ligas nacionais desvinculadas. 6. Autorização estatal para representar o Brasil em competições internacionais. 7. Colégio eleitoral das confederações e delimitação dos mandatos. 8. Obrigatoriedade do clube/empresa para competições profissionais.

### 1. Introdução

Estamos numa sociedade globalizada e desportivizada onde o “desporto é um idioma universal, apesar de não ser nenhuma língua”.

A elaboração de uma *lei de normas gerais sobre desporto*, como é o “Projeto Pelé” (PL nº 3.633/97), não pode se afastar dos aspectos fundamentais, não pode descer a pormenores, minúcias e detalhes, nem pode invadir a autonomia legislativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 24, IX e § 1º da CF), exigindo, ainda, obediência a alguns parâmetros inafastáveis que foram deixados *a latere*:

#### I) Parâmetros fáticos

a) é uma lei destinada a um país de dimensões continentais onde se pratica 96 modalidades desportivas;

b) há de se corrigir a visão míope, estreita e reducionista de que o desporto é sinônimo de futebol, e futebol profissional, restrito a Rio de Janeiro e São Paulo, ou, às participações de seleções brasileiras nas copas do mundo;

c) estamos sujeitos, além da lei brasileira, ao ordenamento internacional – desportivo emanado das Federações Internacionais e do COI, pois o Brasil ao filiar-se, espontaneamente, a esses entes, aderiu a seus estatutos, não podendo ignorá-los para não sofrer punições e

Álvaro Melo Filho é Advogado, Professor e Diretor da Faculdade de Direito da UFC, Livre-Docente em Direito Desportivo, ex-Vice-Presidente do CND e Vice-Presidente Jurídico da Confederação Brasileira de Futsal.

Texto do depoimento prestado à Comissão Especial de Desporto da Câmara Federal, na audiência pública de 28.10.97.

ficar excluído ou suspenso do contexto desportivo internacional.

## II) Parâmetros jurídicos

a) Liberdade de associação (art. 5º, inc. XVII e XVIII da Constituição Federal)

“XVII – é plena a liberdade de associação;

XVIII – é vedada a interferência estatal no funcionamento das associações;”

b) Autonomia desportiva (art. 217, I da Constituição Federal)

“Art. 217- (...)

I – autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;”

É a carta de alforria desportiva concedida pelos constituintes de 1988, que teve no Deputado Aécio de Borba o expoente maior em matéria desportiva.

Não se pode dar uma *interpretação deformante* a este princípio que é *inibidor do dirigismo estatal* e por força do qual se afasta qualquer atuação cartorial e policialesca que seja obstáculo à autonomia dos entes e segmentos desportivos.

Exatamente para compatibilizar as deliberações e resoluções do CND com esses princípios constitucionais foi que, em 1990, elaboramos a Resolução nº 3, denominada de Resoluinte, pois de uma só vez revogou 400 dos 431 normativos do Conselho Nacional de Desportos, preservando apenas 31 deles. Foi uma “revolução sem armas” na legislação do CND, para amoldá-la aos princípios da *liberdade de associação e autonomia desportiva*, desestatizando e desregulamentando o desporto nacional.

Convém assinalar que o limite da autonomia desportiva é estabelecido pela própria Constituição, pois, se é a Constituição que confere autonomia, só ela pode definir o seu alcance. O que não pode ocorrer é a lei ordinária impor limites à autonomia desportiva outorgada pela Constituição, circunstância que importaria em total subversão da hierarquia das normas jurídicas.

Cabe trazer à colação, nesse passo, a clássica lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, por

que representa a insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...”

Por isso mesmo, é vital que esses parâmetros ou princípios jurídicos sejam respeitados para não “abarroter” o STF de ações de inconstitucionalidade, pois fariam do “Projeto Pelé” um autêntico “Plano Collor do desporto nacional”.

Concordamos e avalizamos 82% do “Projeto Pelé” especificamente naquilo que faz a *clonagem jurídica* da Lei Zico, seja na sua forma, seja no seu conteúdo.

Quanto aos 18% restantes, cumpre refazer alguns itens em que o PL nº 3.633/97 restaura, por via oblíqua, a intervenção estatal no desporto banido desde a aprovação do art. 217, inciso I da Lei Magna (autonomia desportiva), assim como tolhe a plena liberdade de associação garantida no art. 5º, XVII e XVIII da Lei Maior.

## 2. Justiça desportiva

Na essência, não há diferença entre a Lei Zico e o Projeto Pelé quanto à Justiça desportiva, pois até a expressão “tecnicamente independente” inserida no art. 43 do Projeto foi retirada do art. 17, VI da vigente Lei Zico.

A única mutação efetiva foi substituir a Comissão Disciplinar pela Câmara Disciplinar. Pode parecer uma alteração nominal, mas causa problemas práticos. Pelo Projeto, o TJD, órgão de 2ª instância, compõe-se de 7 membros, dos quais 3 (três) integrarão a Câmara Disciplinar para os julgamentos como 1ª instância. Contudo, como os integrantes da Câmara Disciplinar estarão impedidos de julgar seus próprios julgamentos, em 2ª instância, o TJD reduz-se a 4 membros em matéria recursal.

Por outro lado, como a Câmara é, por natureza e na praxe judiciária, órgão de 2ª instância, e não de 1ª instância, sugerimos que o art. 44 do Projeto adote a mesma redação do art. 36 da Lei Zico.

## 3. Extinção do passe

O modelo para a alteração é a Lei Bosman, que todos citam e poucos conhecem. Na verdade, não é uma lei, mas uma decisão do Tribunal de Justiça Europeu que liberou de qualquer indenização ou passe as transferências de jogadores profissionais, desde que preenchidas, *cumulativamente*, 3 (três) condições:

a) o contrato de trabalho do jogador está terminado;

b) o jogador possui a nacionalidade de um dos 16 países membros da União Européia ou países chamados comunitários;

c) o jogador comunitário é transferido de um Estado-membro da UE para outro Estado-membro da UE.

O sistema de passe, com suas variações nominais, existe no mundo quase todo, pois 68% dos 51 filiados da UEFA (Europa) e 92% dos 199 filiados da FIFA continuam a exigir o “passe”, ou a cognominada “indenização de formação ou promoção “nas transferências, sendo esta a única forma de evitar o aliciamento de atletas e a concorrência desleal instrumentadas pela ação corrosiva dos empresários oportunistas e especuladores, daí assistir inteira razão ao grande goleiro Gilmar ao ressaltar que ‘o passe é um mal necessário’”.

De qualquer sorte, quando se constata o *animus* de alterar-se a chamada “Lei do passe”, adotando-se o modelo dos 16 países integrantes da União Européia, é preciso fazê-lo com as salvaguardas e garantias necessárias ajustando-a ao ordenamento jurídico brasileiro.

Por exemplo, o atleta profissional Denilson, do São Paulo, transferido para o Betis da Espanha, firmou contrato com duração de 11 (onze) anos e cláusula penal de US\$ 425 milhões. Este contrato, se formalizado com clube brasileiro, afrontaria a CLT e ao Código Civil Brasileiro. Na lei trabalhista, em face do art. 445, o contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de dois (2) anos, permitida apenas uma (1) só prorrogação (art. 451), o que resulta no limite temporal máximo de 4 (quatro) anos, pois com uma segunda prorrogação o contrato passará a vigorar sem determinação de prazo. Por outro lado, a cláusula penal ou multa rescisória, por força do Código Civil “não pode exceder ao valor da obrigação principal”(art. 920), e, em ocorrendo, “poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada” (art. 924), em face da onerosidade excessiva da qual se reveste.

Por tais razões, é essencial que o *caput* do art. 30 delimite os prazos mínimo e máximo do contrato, e, fundado na especialidade do contrato de trabalho desportivo, em se tratando de uma categoria profissional diferenciada, que fique explícito que as restrições e limitações da ordem jurídica brasileira sobre o prazo do contrato e cláusula penal não são, *in casu*, aplicáveis.

Dentro desta realidade sugerimos:

a) terminado o contrato de trabalho, o atleta profissional estará livre para outro clube brasileiro (isto reduz significativamente o custo das contratações entre clubes brasileiros);

b) Exceção 1 – o clube com o atleta tem direito de fazer o primeiro contrato de profissional. Mas, se não acertar pode cobrar o passe para ressarcimento de despesas pelo clube formador/cedente para que não se concretize um enriquecimento sem causa ou enriquecimento ilícito do clube cessionário;

c) Exceção 2 – nas transferências para o *exterior* há de se cobrar sempre o passe. Não tem sentido *exportar de graça e importar pagando caro*, pois não há aqui a lei da reciprocidade, e nenhum atleta italiano, alemão ou argentino virá sem ônus para o Brasil, tenha ou não terminado seu contrato de atleta profissional. Até mesmo os brasileiros transferidos para o exterior só retornam a peso de ouro, embora tenham concluído seus contratos com os clubes estrangeiros.

É imperioso, igualmente, proteger e estimular os clubes formadores, assegurando-lhes uma participação de trinta por cento (30%) quando da venda para o exterior pelo clube brasileiro cedente, afastando a possibilidade deste servir de “ponte” para o êxodo de nossos atletas profissionais.

Registre-se que os valores cobrados dos clubes estrangeiros, pelas transferências de atletas brasileiros, são receitas que vão ajudar a equilibrar o próprio balanço de pagamentos do país, e o atleta deve ficar com 20% desse valor, tornando-se autêntico *sócio* da operação e tendo “participação nos lucros ou resultados” (art. 7º, inc. XI da Constituição Federal).

Adotadas essas sugestões evitar-se-á o “confisco dos passes” e garantir-se-á a *humanização* dos processos de transferência de atletas profissionais.

#### 4. Fiscalização do Ministério Público

As entidades desportivas são privadas, não foram constituídas com dinheiro público, não recebem dos cofres públicos subvenções, subsídios, repasses ou ajuda governamental nem têm sequer *incentivos fiscais*, por que seriam fiscalizadas pelo Ministério Público?

A OAB é serviço público, recebe contribuições que têm natureza tributária, e não tem fiscalização do Ministério Público.

Recente decisão do Supremo Tribunal Federal deixou evidenciado que os bancos (entes

privados) que recebem *recursos públicos* e *recursos do público* só podem ser fiscalizados pelo Ministério Público quanto aos recursos públicos.

A fiscalização do MP ( § 2º do art. 4º e § 5º do art. 22) fere o princípio constitucional da *autonomia desportiva* (art. 217, I) e configura “interferência estatal no funcionamento das associações” vedada pelo art. 5º, inc. XVIII da Constituição Federal.

A atuação fiscalizadora do Ministério Público só teria razão jurídica se visasse proteger “interesses difusos e coletivos”, que não devem ser confundidos com os que, tipicamente, possuem abrangência restrita e características individuais de um grupo de determinado setor social, como são as entidades nacionais de administração do desporto.

Outrossim, o “interesse social” embutido no desporto igualmente não justifica a intervenção fiscalizadora do Ministério Público, até porque, nos programas de TV e desfiles carnavalescos, inexistente a fiscalização do Ministério Público em que há um “interesse social” bem mais dilargado, intenso e permanente.

Recentemente o Governo Federal, por meio da Medida Provisória nº 1.591 (DOU de 10.10.97), criou a figura das *organizações sociais* – pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos – que por contratos de gestão, receberão recursos e bens provenientes do Poder Público e cessão especial de servidores públicos com ônus para a origem. Apesar de ter recursos, bens e servidores públicos, tais organizações sociais não serão fiscalizadas pelo Ministério Público, evidenciando incoerência do “Projeto Pelé” quando prevê tal fiscalização do Ministério Público para entidades desportivas, até porque estas não são beneficiárias de contratos de gestão, não auferem recursos públicos nem têm servidores públicos postos à sua disposição. Com efeito, o art. 10 da Medida Provisória nº 1.591 dispõe que

“havendo indícios fundados de malversação de bens e recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira no juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público”.

Indaga-se: não é estranho e inexplicável que o Ministério Público não fiscalize tais organizações sociais detentoras de bens e recursos de origem pública e tenha de fazê-lo nas entidades desportivas que têm somente bens e recursos privados?

Cumprido lembrar, ainda, que, no Brasil, as entidades de administração do desporto *não* são declaradas de *utilidade pública*, e, por isso mesmo, não têm as regalias e benefícios atribuídos às entidades reconhecidas como tal, sendo, nessa perspectiva, desarrazoada a fiscalização do Ministério Público. Fosse adotado o modelo de Portugal, onde as federações desportivas são qualificadas como de “utilidade pública desportiva” (DL nº 144/93), ou, da Espanha, onde o reconhecimento de utilidade pública das federações é automático (art. 45 da Lei nº 10, de 1990), gerando direito a subvenções públicas, isenções fiscais e tarifas reduzidas de luz e água etc., a fiscalização do Ministério Público deveria ser cogente.

É arbitrária e caprichosa a previsão de que o Ministério Público vai também fiscalizar as eleições apenas das confederações (por que não de todos entes desportivos?). Caracteriza-se, aqui, infringência ao princípio constitucional da isonomia, pois “entidades desportivas dirigentes e associações”, pelo art. 217, I da Constituição Federal, estão niveladas no mesmo patamar constitucional, exigindo tratamento *igual e não discriminatório*. Por todos os aspectos repontados, não se vislumbra mais o mínimo interesse público nas atividades e eleições das confederações que possam motivar a fiscalização do Ministério Público em derredor de típicas matérias *interna corporis*.

Agora, nada há a opor ao § 2º do art. 23 do Projeto quando prevê que o Ministério Público vai responsabilizar civil e criminalmente os dirigentes desportivos afastados por má gestão, pois essa é função típica e própria do Ministério Público.

## 5. Ligas nacionais desvinculadas

Ao proibir a “filiação ou vinculação de ligas” às confederações, o art. 18, § 1º incorre em dupla inconstitucionalidade, atropelando os princípios da *liberdade de associação* e *autonomia desportiva*.

Já o art. 20, ao motivar a organização de ligas independentes e desvinculadas das confederações, induz ao “*apartheid* desportivo”. Com certeza, essas ligas não terão o reconhecimento das federações internacionais e seus

atletas, clubes e dirigentes ficarão prejudicados e proibidos de participar de competições oficiais, inclusive seleções nacionais, com efeitos nefastos para o desporto nacional.

O Estatuto da FIFA, por exemplo, no art. 7º, inciso 4, é enfático e cristalino quando assinala que liga é subordinada à Confederação e depende do consentimento desta. Vale dizer, na dicção estatutária da FIFA, a liga significa uma organização *interior*, subordinada a uma associação nacional (confederação).

Para harmonizar-se com o Estatuto da FIFA destaca-se que:

a) o Regulamento da Liga Italiana de Futebol Profissional, art. 1º, coloca-a como filiada à Federação Italiana de Futebol;

b) o art. 2º do Estatuto da Federação Francesa de Futebol é claro quando expressa que a Liga Francesa age “en conformité avec les statuts et règlement de la Fédération”;

c) na Espanha, o art. 41 da Lei nº 10/90 acentua que as Ligas Profissionais se constituem no âmbito das Federações Desportivas (Confederações), atuando em coordenação com estas;

d) em Portugal, pelo art. 34, 1, do DL nº 144/93, a Liga Profissional integra “o seio da Federação”.

Por tudo isso, achamos salutar a organização de ligas para competições de natureza profissional, podendo tais ligas ser dotadas de personalidade jurídica e autonomia administrativa, técnica e financeira, desde que observem as disposições estatutárias das Confederações a quem devem vincular-se.

## 6. Autorização estatal para representar o Brasil em competições internacionais

O art. 16, §§ 1º e 2º do PL nº 3.633/97 corporifica a necessidade de um *passaporte desportivo* ou “autorização estatal” que infirma e contraria a filosofia da desestatização e descentralização postas em prática pelo atual governo, ou seja, “mais sociedade, menos Estado”.

Por outro lado, esta intromissão estatal, além de flagrante inconstitucionalidade por malferir os arts. 5º, inc. XVIII e 217, inc. I, desrespeita os Estatutos de Federações Internacionais e do COI, que não admitem e abominam esse tipo de interferência nos seus respectivos filiados nacionais.

Além disso, o art. 16, §§ 1º e 2º do PL nº 3.633/97 é violador dos princípios constitucionais da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, reconhecidos pela doutrina jurídica e acolhi-

dos pela jurisprudência do STF com lastro no § 2º do art. 5º da Lei das Leis – “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...”

Com efeito, a “autorização estatal” exigida pelo art. 16 é arbitrária e inadequada, mormente quando o Governo federal, diferentemente do tratamento privilegiado dado à cultura, não propicia qualquer suporte financeiro ou incentivo fiscal aos entes desportivos que representam o País nos eventos internacionais. Por isso mesmo, tal ditame é afrontoso ao princípio da proporcionalidade, também conhecido como “princípio da menor ingerência possível”, que exige do legislador e do administrador público a menor intervenção possível na esfera privada dos direitos constitucionalmente assegurados.

De outra parte, o princípio da razoabilidade é também transgredido pelos §§ 1º e 2º do art. 16, quando outorga ao Ministro de Estado Extraordinário de Esportes o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbido, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos. Trata-se, pois, de dispositivo que padece do vício da arbitrariedade, consistente na falta de razoabilidade e de congruência entre meios e fins que devem fundamentar a intromissão estatal na esfera da autonomia privada.

Sugerimos, então, aproveitar o art. 16 para disciplinar a eventual concessão de recursos públicos a participantes de competições internacionais, cujas atuações repercutem na imagem do País no exterior. Contudo, tais recursos públicos devem se destinar ao custeio, tão apenas, de passagens e hospedagens de atletas e do corpo técnico-diretivo.

Há de exigir-se também, em cada caso, as contrapartidas financeiras dos entes desportivos beneficiários.

Tudo isso deve ser objeto de contrato ou convênio, publicizado, de modo transparente, no *Diário Oficial* da União.

## 7. Colégio eleitoral das confederações e delimitação dos mandatos

O art. 22 do Projeto ofende a Constituição Federal, restringindo a autonomia desportiva (art. 217, I) e atentando contra a liberdade de associação (art. 5º, XVIII) tanto no que concerne ao *colégio eleitoral*, quanto aos mandatos, típicas matérias *interna corporis*.

Trata-se de um desvio autoritário do § 1º



do art. 22 do Projeto, ao compelir que nas confederações votem os *filiados* (Federações) e os *não-filiados* (clubes) quando o direito de voto é *privativo* e *exclusivo* das filiadas, na forma de seus estatutos. Outrossim, adquirem a condição de votantes nas confederações tanto as federações, como os clubes, estes passam a ter uma bi-representação ilegítima e obtêm uma privilegiada condição eleitoral em relação às federações, pois participarão com dois (2) votos: 1 (um) por via direta e 1 (um) por via indireta, por meio das respectivas Federações, derroando, de modo velado, a retórica normativa do voto unitário.

A Lei Zico, harmônica com os princípios constitucionais, não rasga os estatutos das confederações nem esvazia os poderes das assembleias gerais. Mesmo sem cogência da Lei Zico, e, no uso de sua autonomia desportiva, assim como no exercício da liberdade de associação, a CBF, por decisão de sua Assembleia Geral, outorgou direito de voto aos 24 clubes da 1ª decisão, nas eleições para os seus poderes diretivos. Ou seja, os clubes votam para Presidente da CBF, não por imposição da Lei, mas por decisão de seus estatutos, sem macular a *Lex Magna*.

Por outro lado, o Projeto afronta o *princípio da isonomia*, ao fazer *restrições e limitações eleitorais* tão-somente para as confederações, deixando livres os processos eleitorais das federações e clubes, olvidando que são entes constitucionalmente equiparados pelo art. 217, I, insusceptíveis, portanto, de receber tratamento *desigual e diferenciado*.

Destaque-se, por oportuno, que na legislação estrangeira desportiva (Itália, França, Portugal, Espanha etc.) não se impõe direito de voto a não-filiados, nem se delimita os mandatos de dirigentes desportivos.

Sugerimos, nessa diretriz, que processo eleitoral e limitação de mandatos sejam clara e minudentemente fixados nos estatutos das confederações, e, somente na falta de ditames estatutários aplicar-se-á *norma supletiva* constante da lei.

## 8. Obrigatoriedade do clube/empresa para competições profissionais

O art. 27 do Projeto ofende a autonomia desportiva (art. 217, I) e tolhe a liberdade de associação (art. 5º, inc. XVII e XVIII), que são postulados constitucionais. E o que é pior, ao se transformar em *sociedade comercial* o clu-

be deixará de ser *associação* na dicção do art. 217, I, da Carta Magna, não mais fazendo jus à autonomia constitucional.

Esqueceram os artífices do art. 27 que o *clube* é a célula *mater* do desporto brasileiro, diferentemente dos EUA, onde as *universidades* desempenham essa tarefa, da Europa, onde as *empresas* têm essa função e dos antigos países comunistas, onde o *Estado* é o fomentador dos desportos.

Há de se repelir, porque infundado e irracional, o argumento de que o art. 27 do Projeto é jurídico e constitucional, conquanto não obriga os clubes a se transformarem em sociedade comercial, podendo, pelo parágrafo único, simplesmente constituir sociedade comercial para gerir suas atividades profissionais. A rigor, o art. 27, por via transversa e sub-reptícia, proíbe e veda os clubes que não aderirem ao modelo legal projetado de disputar competições profissionais. Na prática, a título de exemplo, se apenas Sport, Náutico e Santa Cruz cumprirem tal ditame, o Campeonato Pernambucano de Futebol Profissional restringir-se-á a um triangular, com exclusão legal de todos os outros clubes, atestando que o art. 27 é *elitista*, além de arranhar postulados constitucionais.

Coagir o clube a se transformar em empresa é estimular a desregrada mercantilização de suas paixões e tradições, além de levar a quase totalidade dos clubes a se afastar dos campeonatos profissionais por não atraírem investimentos. Ao revés do que se propaga, o modelo proposto pelo art. 27, ao invés de salvar os clubes, vai levá-los ao fechamento.

Não se deve utilizar a retórica da moralização para justificar o clube/empresa, pois o selo de seriedade ou a garantia de honestidade não decorrem do fato de ser empresa, como atestam os bancos com suas contas fantasmas e a Encol. Ressalte-se, ainda, que o clube/empresa *Internationale* de Milão fechou seu último balanço com um prejuízo de US\$ 24 milhões, evidenciando que a transformação em empresa nada garante nem afasta o perigo da falência dos clubes.

Cabe lembrar que, na Espanha, o modelo de transformação dos clubes em sociedade comercial só ocorreu com aqueles que tinham “déficit” ou saldo negativo. O governo espanhol “zerou” as dívidas desses clubes para, a seguir, convertê-los em sociedades anônimas desportivas. Por isso é que Barcelona, Real Madri e Atlético de Bilbao, porque superavitários, não se transformaram em sociedade anôni-

ma desportiva (SAD) e continuam a disputar o campeonato espanhol de futebol profissional como associação civil, *sem fins lucrativos*. Vale dizer que a transformação de clubes em empresa, na Espanha, foi uma compensação ou contrapartida ao aporte de recursos públicos do Estado, o que não se cogita neste PL nº 3.633/97.

Outro argumento falacioso para justificar a transformação é o fato de que, por não ser empresa, o clube está livre e isento de tributos. Não é verdade:

a) os clubes de futebol são obrigados a recolher Imposto de Renda de seus jogadores e funcionários, a pagar FGTS, COFINS e PIS/PASEP, além de outros tributos estaduais e municipais;

b) a Medida Provisória nº 1.523-13 exige dos clubes de futebol, para o INSS, 5% sobre renda de seus jogos, contratos de televisãoamento, publicidade, patrocínios e licenciamento de marcas e símbolos.

A prova maior de que os clubes de futebol profissional sujeitam-se a tributos e contribuições previdenciárias é dada pela dívida acumulada de mais de US\$ 100 milhões, só dos clubes da 1ª Divisão do Campeonato Nacional, quase todas em processo de parcelamento.

Argüi-se, com freqüência, que os clubes profissionais, por terem a veste jurídica de associações sem fins lucrativos, não poderiam praticar atos de comércio. Ledo engano, pois o ato de comércio não é privativo de sociedades comerciais, tanto que, pelo art. 191 do Código Comercial, cada um de nós, como pessoa física, ao emitir um cheque ou firmar uma nota promissória, está praticando atos de comércio.

Induvidosamente, as associações desportivas (clubes) praticam atos mercantis e já se sujeitam, neste tocante, à legislação comercial, embora não tipificadas ou enquadradas como sociedades comerciais. Isso igualmente ocorre com os sindicatos, igrejas, instituições de ensino, entidades beneficentes e filantrópicas, academias de Letras, Santas Casas de Misericórdia e sociedades culturais, científicas ou artísticas. Todas essas associações praticam atos de comércio como atividade acessória e não habitual, enquanto que nas sociedades comerciais as atividades mercantis são as principais, com caráter de profissionalidade e habitualidade, acrescidas do *animus lucrandi* como finalidade social. Além disso, diversamente das sociedades comerciais, as associações desportivas (clubes) não têm finalidade lucrativa, apesar de obter lucro em alguns atos que praticam,

por exemplo, venda de jogadores de futebol, receitas de jogos, venda de camisas e produtos com o símbolo do clube etc., pois a lei não veda o lucro. O que se proíbe é a distribuição desses lucros entre os associados, é a remuneração dos dirigentes, além de exigir que os recursos auferidos sejam aplicados integralmente na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos sociais. Exatamente por atenderem a essas condições as associações eram contempladas com a isenção do Imposto de Renda (art. 30 da Lei nº 4.506/64 e art. 159 do Regulamento do Imposto de Renda). Aliás, como recente medida provisória suprimiu e extinguiu esta isenção concedida aos clubes, estes passaram a ter o mesmo tratamento tributário das empresas.

De outra parte, não se pode alegar que o parágrafo único do art. 27 elide qualquer obrigatoriedade ao prever que apenas o departamento vinculado às atividades profissionais seja transformado em empresa. Pouco importa que a obrigatoriedade seja de uma *parte* (departamento profissional) ou do *todo* (clube), pois, de qualquer modo, os postulados constitucionais da liberdade de associação e da autonomia desportiva restariam mutilados. Ademais, a sociedade comercial, constituída para administrar a prática profissional, não vai existir desligada do clube, até porque usará, necessariamente, o nome, as instalações e o pessoal do clube.

No plano prático, o art. 27 conduz a situações bizarras e absurdas, pois Guga (tênis) e Maguila (boxe) como atletas profissionais, terão de constituir sociedade comercial para disputar competições e levar avante suas práticas desportivas profissionais.

Por tudo isso, sugerimos que se *permita* ou *faculte* ao clube manter-se como associação sem fins econômicos ou adotar forma de sociedade de fins econômicos, ambas tipificadas no Código Civil, ou ainda optar por uma das formas de sociedade comercial nos moldes e garantias previstos no art. 11 da Lei Zico. E para *induzir* uma maior adesão ao modelo, a lei deve determinar que os clubes profissionais que persistirem como associações civis sem fins lucrativos perderão direito a isenções fiscais e a recursos públicos porventura concedidos.

É importante ressaltar que de nada adianta dar uma nova roupagem jurídico-empresarial aos clubes, se não houver uma mutação na forma de gestão, com profissionalização de dirigentes, o que é possível, seja como associação civil, seja como sociedade comercial.

Registre-se, aqui, uma incoerência ou con-

tradição manifesta do Projeto que, ao mesmo tempo que obriga os clubes a se transformarem em empresa, retira-lhes seu principal e mais significativo “ativo”, ou seja, os “passes” dos seus atletas profissionais.

Finalmente, se o objetivo é, por igual, a transparência, que se obrigue aos clubes disputantes de competições profissionais – seja associação civil, seja sociedade comercial – a publicar seu balanço e demonstrativos contá-

beis com o parecer de auditoria independente, escoimando qualquer manipulação financeira e contábil.

São essas as sugestões que fazemos nesta análise técnico-jurídica do PL nº 3.633/97, seja para compatibilizá-lo com os princípios constitucionais da Carta Magna, seja para ajustá-lo à realidade desportiva do país, realçando que não se faz revolução no desporto por lei, mas com mudança de mentalidade de atletas e dirigentes.

# A formação do juiz contemporâneo

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

## SUMÁRIO

*1. O Judiciário nos tempos atuais. 2. O Judiciário na Constituição de 1988. 3. A insatisfação da sociedade com o modelo atual de justiça. 4. A seleção, a formação e o aperfeiçoamento dos juízes como ponto fundamental na transformação do Judiciário. 5. O sistema brasileiro na formação de juízes. 6. O juiz e o processo atual de integração econômica, social e cultural. 7. Conclusão.*

### 1. O Judiciário nos tempos atuais

Lenta, e com retrocessos, tem sido a evolução do Judiciário. E a história da humanidade não lhe tem dedicado significativo destaque.

Se as Sagradas Escrituras, e outros textos do passado, assinalam a atuação de juízes na solução de conflitos, é de notar-se que não se vinha registrando uma participação decisiva desse segmento na condução dos povos e no aperfeiçoamento do processo civilizatório. Disso é eloqüente o exemplo dos continentes mais antigos, onde, apesar do desenvolvimento cultural, social e político, nunca se deu relevo maior à atuação jurisdicional, a ponto de qualificar-se a atividade do Judiciário ainda hoje, em diversos países, como de mera “autoridade judicial”.

Uma extraordinária mudança nesse panorama, no entanto, tem-se presenciado nos últimos tempos. Por múltiplas razões, a começar pelas transformações que ocorrem na sociedade dos nossos dias, impulsionada por uma revolução tecnológica no vértice da qual se colocam os meios de comunicação, a estreitar distâncias, mitigar fronteiras, intercambiar idéias e costumes, globalizar a economia, facilitar o acesso à cultura e aos bens de consumo, a

---

Sálvio de Figueiredo Teixeira é Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Professor universitário e Diretor da Escola Nacional da Magistratura.

---

Exposição apresentada, em 30.8.1997, no XIV Seminário Roma-Brasília.

aproximar os povos e a realizar alguns dos seus sonhos mais acalentados.

Com as conquistas espaciais, não só o homem chegou à Lua e desvendou os mistérios do universo, como também por satélites artificiais, que hoje povoam a atmosfera, podemos, além de muitas outras opções, acompanhar com absoluta nitidez, no mesmo instante, as imagens de acontecimentos que se verificam em diversos pontos do planeta, comunicando-nos sem intermediários com países os mais distantes, tendo em nossos lares e escritórios, em fração de segundos, pelo avanço da informática, pesquisas e informações que a cultura levou séculos para armazenar. Aviões, automóveis, trens, e outros veículos, cada vez mais sofisticados e rápidos, transportam-nos com segurança e impressionante precisão. É um fascinante mundo em evolução, jamais imaginado por Júlio Verne, Marco Polo, Huxley ou pelos bravos navegadores da Idade Média.

Nessa moldura, muda o próprio perfil da sociedade e seu comportamento.

A exemplo das mudanças impostas pelas grandes descobertas do final do século XV, do advento do constitucionalismo resultante das transformações políticas do século XVIII e da Revolução Industrial do século XIX, a revolução tecnológica deste século convive com uma sociedade marcadamente de massa, na qual, ao lado da explosão demográfica, do acesso da mulher aos postos de comando e do apelo ao consumo, ascendem, cada vez mais, os interesses coletivos e difusos no confronto com os interesses meramente individuais.

Reflexo desse quadro, os conflitos sociais ganham nova dimensão, reclamando novos equacionamentos, soluções mais efetivas, um processo mais ágil e eficaz e um Judiciário mais eficiente, dinâmico e participativo na preservação dos valores culturais, na defesa de um patrimônio que é de todos e que transcende os próprios interesses individuais e de grupos para situar-se no plano dos direitos fundamentais do homem.

Como assinalou com a sua reconhecida sensibilidade jurídica o Professor Carlos Fernando Mathias<sup>1</sup>,

“a humanidade está em plena fase da chamada terceira geração dos direitos do homem, vale dizer, dos assim designa-

dos direitos de solidariedade, como o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito ao meio ambiente”.

Outra, aliás, não é a lição de Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>2</sup>, com efeito, ao lado dos direitos civis e políticos (primeira geração), dos direitos sociais, econômicos e culturais (segunda geração), emergem os direitos que, além de ter por valor supremo o homem, o focalizam sob o ângulo da fraternidade.

Por outro lado, os direitos fundamentais clássicos cedem lugar, cada vez mais, a esses novos direitos fundamentais, que repudiam a inatividade do Estado e sua omissão, reclamando atuação positiva. São direitos à prestação ou à participação (*Leistungsrechte oder Teilhaberechte*).

Daí a ilação de que o Judiciário, como Poder ou atividade estatal, não pode mais manter-se equidistante dos debates sociais, devendo assumir seu papel de participante do processo evolutivo das nações, também responsável pelo bem comum, notadamente em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente e valorização do trabalho e da livre iniciativa. Co-partícipe, em suma, da construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária e fraterna.

## 2. O Judiciário na Constituição de 1988

A vigente Constituição brasileira, promulgada em 5.10.1988 e rotulada pelo próprio Congresso Nacional de “Constituição-cidadã”, exatamente pela incisiva preocupação com os direitos sociais e com a cidadania, sem embargo dos seus eventuais e reconhecidos excessos, dedicou especial atenção ao Judiciário como Poder político, erigindo-o como participante ativo do processo democrático, especialmente ao reivindicar a sua presença mais efetiva na solução dos conflitos e ao ampliar a sua atuação com novas vias processuais de controle social (mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, *habeas data*, ações coletivas, ação civil pública, ação popular, ações de controle da constitucionalidade etc.).

A propósito desses instrumentos, ao tratar

<sup>1</sup> *Correio Braziliense*, Brasília, jun. 1997. Caderno Direito & Justiça.

<sup>2</sup> Titular da Corte Interamericana de Direitos Humanos e ex-presidente do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

do tema logo após a promulgação da Constituição de 1988, tive ensejo de assinalar<sup>3</sup>:

“É cediço que o Estado atual é gerador de conflitos, com destaque no campo dos direitos sociais, particularmente nas áreas de habitação, assentamento rural, previdência, instrução e saúde, pela desarmonia entre o modelo político, fomentador de ansiedades e expectativas sempre frustradas e não concretizadas, estimulando ainda a perpetuação dos litígios, a exemplo do que se dá com as desapropriações e sua indenização, não instrumentalizando adequadamente o Judiciário com recursos humanos, tecnológicos e materiais, mantendo uma concepção individualista do processo em detrimento das soluções coletivas, em uma sociedade marcadamente de massa.

A nova Constituição busca, não se pode negar, a modificação desse quadro, ampliando o acesso à tutela jurisdicional para adaptar essa garantia aos novos tempos e às novas aspirações sociais.

Dentre as mais expressivas conquistas na nova Carta, sob o ângulo do acesso ao Judiciário, poderíamos destacar:

1. a obrigatoriedade da instalação de juizados especiais para o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo, permitindo o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

2. a legitimação de entidades associativas para atuarem em juízo representando seus filiados, mitigando a rigidez do art. 6º do Código de Processo Civil, não obstante ainda muito longe de avanços hoje existentes, a exemplo do que se dá com a *class action* do direito norteamericano;

3. a ampliação das funções institucionais do Ministério Público;

4. a adoção da Defensoria Pública em nível constitucional, como órgão incumbido da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos necessitados;

5. a diversificada legitimação ativa para a propositura da ação de inconsti-

tucionalidade em nível federal, ensejando também o controle pela via direta em nível estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão;

6. o tratamento constitucional à ação popular também para a proteção de direitos coletivos vinculados ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio histórico e cultural;

7. o alcance dado ao mandado de segurança para também proteger direito coletivo quando demonstradas de plano a liquidez e certeza;

8. o *habeas data*, para acesso do cidadão a registros de bancos de dados, assim como para a retificação de dados, ressalvada ao interessado a preferência por processo sigiloso, judicial ou administrativo, sendo de aduzir-se que, para o simples conhecimento de registros constantes de bancos de dados, de entidades públicas, mostra-se hábil a via do mandado de segurança, quando demonstrada a ilegalidade do ato denegatório do fornecimento da certidão;

9. a previsão do mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania, sendo de notar-se que o instituto, sem paralelo no direito internacional, enquanto não vier a ser regulamentado procedimentalmente, poderá socorrer-se do procedimento do mandado de segurança, quando ocorrentes os pressupostos deste, ou do procedimento ordinário, se ausentes”.

O que é importante aqui registrar, no entanto, é que a Constituição de 1988, com a sua preocupação voltada prioritariamente para a cidadania, contemplou o nosso ordenamento, como nenhuma outra fizera até então, com um extraordinário arsenal de instrumentos jurídicos e com normas, preceitos e princípios que sinalizam a vontade popular de ter uma nova Justiça no País.

### 3. A insatisfação da sociedade com o modelo atual de justiça

Dissertando sobre a atuação dos juízes no regime democrático, o Ministro Celso de Mello<sup>4</sup>

<sup>3</sup> *Mandados de segurança e de injunção*. Saravia, 1990. p. 36-37: O processo civil na nova Constituição.

<sup>4</sup> Atual Presidente do Supremo Tribunal Federal.

teve ensejo de afirmar que

“...o papel desenvolvido pelos magistrados, que se qualificam como atores essenciais do processo político de desenvolvimento, expansão e reafirmação dos direitos humanos, reveste-se de importância decisiva, pois, no contexto dessa permanente situação conflitiva que se origina das relações estruturalmente sempre tão desiguais entre as pessoas e o Poder, compete aos juízes, enquanto guardiães de uma ordem jurídica justa e legítima, fazer prevalecer o compromisso de respeito e de incondicional submissão do Estado ao regime das liberdades públicas, assinalando, a cada momento, no desempenho de sua atividade jurisdicional, que as prerrogativas constitucionais reconhecidas à pessoa traduzem valores fundamentais indisponíveis, caracterizados pela nota de uma irrecusável inexauribilidade”.

Sem embargo da verdade dessa proclamação, lembrou<sup>5</sup> também o professor e juiz José Renato Nalini, hoje quem melhor está a escrever sobre o Judiciário brasileiro, que

“a Constituição de 1988 foi a que mais acreditou na solução judicial dos conflitos. Enfatizou a missão da justiça humana, confiou-lhe a tutela dos direitos fundamentais, destacados por longa enunciação e singular alteração topográfica. Criou direitos, cuja fruição ficou vinculada à assunção, pelo juiz, de papel político ampliado e, até certo ponto, desafiador da tradicional inércia. Previu instrumentos de conversão da justiça naquele serviço eficiente, célere, descomplicado e acessível, sonhado pelo povo. Seduzida por essa justiça diferente com que o constituinte acenou, a comunidade acorreu aos juízes e multiplicaram-se ainda mais os processos. Uma sociedade desperta pela cidadania, que é o direito a ter direitos, exercitou-a, esperançosa. E encontrou a mesma justiça atormentada com suas carências e perplexa diante da profusão das demandas”.

Daf’ o seu libelo, segundo o qual

“...falhou o Judiciário em quase todas as novas perspectivas constitucionais. Não soube preencher o espaço destinado à moderna concepção de justiça.

Deixou de estabelecer as reformas essenciais à sua adequação diante das necessidades emergentes. Continuou com a estrutura arcaica, emperrada, incapaz de acompanhar a modernização da empresa privada e até mesmo de ajustar-se à conformação do Estado contemporâneo. Estado que se pretende ágil, enxuto e flexível, para ser eficaz. Os direitos novos foram esvaziados por uma interpretação excessivamente conservadora. Os instrumentos postos à sua disposição pelo legislador para simplificar e intensificar a outorga da prestação jurisdicional não foram instituídos. É muito lenta a instalação dos Juizados Especiais, indicados como alternativa à solução tradicional das controvérsias. Incipiente a profissionalização das Escolas da Magistratura e da carreira de juiz, sem o que não se instaurará a mentalidade atualizada e apta a enfrentar as turbulências do novo milênio. O Judiciário, como instituição, não tem sido capaz de se fazer ouvir pelos demais Poderes, nem de ser compreendido pela comunidade”.

Não obstante o esforço sobre-humano da grande maioria dos seus juízes, em um quadro esdrúxulo e até mesmo ridículo, com a média de 1 (um) juiz para 29 (vinte e nove) mil habitantes, que faz do País certamente o campeão mundial em número de processos judiciais, de que é exemplo o número caótico de feitos distribuídos em suas duas Cortes maiores – o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça –, com 11 e 33 Ministros, que só no ano de 1996 receberam, respectivamente, 23.668 (vinte e três mil seiscentos e sessenta e oito) e 77.032 (setenta e sete mil e trinta e dois) processos, o certo é que a sociedade brasileira está a merecer um Judiciário bem melhor do que o que possui: moroso, pesado, complexo, sem transparência, sem criatividade, com sérios vícios de estrutura, sem controle e sem diretiz, com número insuficiente de julgadores, sem dados concretos e sem contar com órgãos permanentes de planejamento e reflexão. E, o que é mais desalentador, sem perspectivas sérias, razoáveis e efetivamente objetivas de mudança na reforma constitucional há tanto tempo anunciada e frágil em seu “curso trôpego”.

Parodiando Vieira, no seu *Sermão de Santo Antônio*, no ano de 1654, já que os homens não se sensibilizam, seria o caso de falar aos peixes?

<sup>5</sup> *O Estado de São Paulo*, 26 fev. 1997.

As causas desse quadro não são de difícil percepção. Algumas mais profundas, com raízes políticas, históricas e culturais; outras, mais à superfície, de mais fácil correção. Sobretudo se houvesse, a detectá-las e dar-lhes adequada terapia, um órgão judiciário, permanente, de reflexão e planejamento.

#### 4. A seleção, a formação e o aperfeiçoamento dos juizes como ponto fundamental na transformação do Judiciário

As novas técnicas de administração pública, aliadas às diretrizes das grandes empresas privadas, estão a evidenciar a necessidade de um planejamento no qual, a par de meticulosa formulação de linhas diretivas, dê-se especial relevo ao elemento humano que as opera e dirige.

Se isso ocorre no plano das administrações pública e privada, com maior razão é de ser observada em relação ao juiz, para cuja missão, delicada, difícil e complexa, exige-se uma série de atributos especiais, não se podendo admitir a sujeição dos interesses individuais, coletivos e sociais, cada vez mais sofisticados e exigentes, a profissionais não raras vezes sem a qualificação vocacional que o cargo exige, recrutados empiricamente por meio de concursos banalizados pelo método da múltipla escolha e pelo simples critério do conhecimento científico.

Carreira de especificidade singular, a Magistratura não pode ter seus quadros preenchidos por profissionais que receberam apenas uma formação genérica para o desempenho de qualquer profissão jurídica. É imprescindível uma formação específica.

Os concursos públicos produziram entre nós um Judiciário digno e têm prestado serviço inestimável à causa da Justiça. Continuam a representar a alternativa mais adequada de recrutamento, a conciliar vertentes democrática e aristocrática. Mas é o momento de se substituir sua metodologia para a inserção de critérios mais consistentes de seleção, priorizando-se os aspectos éticos e vocacionais, até mesmo em detrimento do apuro técnico, sabido que uma pessoa destinada a julgar seu semelhante se automotivará ao estudo permanente, enquanto o intelectual aético nunca será um verdadeiro juiz.

O texto constitucional vigente já se mostra hábil a propiciar a reforma de critérios no

concurso de ingresso na magistratura. O inciso IV do artigo 93 da Carta prevê cursos oficiais de preparação – sempre prévia – como requisito para ingresso na carreira. Assim como prestigia a idéia de formação contínua, ao contemplar o aperfeiçoamento como requisito para promoção. A frequência e o aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento representam critérios objetivos de aferição do merecimento – alínea *b* do inciso II do mesmo artigo 93 da Constituição da República.

Daí a imprescindibilidade de uma nova postura nesse campo, com a adoção de novos caminhos, métodos e critérios, a exemplo do que vem ocorrendo, há algum tempo, em países como Portugal, França, Espanha, Estados Unidos, Alemanha e Japão.

Enquanto este último, seguido pela Coréia, premido por necessidades peculiares, adota rigorosa seleção para o exercício da magistratura, do ministério público e da advocacia, em um concurso anual que seleciona o percentual aproximado de 3% (700 aprovados em um universo de 26.000 concorrentes) para o ingresso em instituição pública que irá prepará-los durante dois anos, a Alemanha, mais ou menos na mesma linha dos Estados Unidos, após rígido curso universitário, investe mais na reciclagem contínua, com cursos de curta duração que observam eficiente planejamento.

Mais adequados à nossa realidade, França, Portugal e Espanha dividem o seu sistema em dois segmentos, a saber: um que seleciona e forma; outro que aprimora e recicla, sendo de notar que a Espanha, em novembro de 1996, reconhecendo as vantagens do sistema francês (Paris/Marselha), veio a desdobrar a sua tradicional “Escuela Judicial”, ficando a funcionar em Madri o centro de formação continuada e em Barcelona o de formação inicial.

A Itália, por sua vez, após sediar em Roma, em 1958, o “Primeiro Congresso Internacional de Magistrados”, no qual, sob o tema “A preparação do juiz para o exercício da função jurisdicional”, entre outras *risoluzioni* aprovou “a necessidade da criação de centros de preparação, pesquisas e estudos<sup>6</sup>, quase 40 anos depois, segundo informe do Professor Giuseppe Tarzia<sup>7</sup>, vem a ocupar-se mais atentamente da

<sup>6</sup> Congresso Internazionale dei magistrati, 1, 1959. Giuffrè, 1959. t. 1, p. 591 e segs.

<sup>7</sup> Jornadas Brasileiras de Direito Processual, 2, 1997. Brasília, 11/15.8.1997.



preparação dos seus *magistrati* (judiciais e do Ministério Público), o que bem demonstra a força da idéia geratriz e a indispensabilidade dessa instituição no mundo atual.

## 5. O sistema brasileiro de formação de juízes

Multifário tem sido o sistema brasileiro na busca do seu melhor modelo, multiplicando-se as suas escolas estaduais, federais e especializadas, a maioria subordinada aos respectivos tribunais a que vinculados os seus juízes, outras dirigidas pelas associações de magistrados.

A realidade, porém, é que, até aqui, à exceção do Rio Grande do Sul e Minas Gerais, as demais escolas judiciais brasileiras têm se limitado ao campo do aperfeiçoamento, até porque, a rigor, não podem ser consideradas como de seleção e formação inicial as que se destinam à preparação dos candidatos ao concurso de ingresso nos quadros da magistratura<sup>8</sup>. Ademais, como anotou a Desembargadora Fátima Nancy Andrighi<sup>9</sup>,

“os cursos de seleção de magistrados não podem assumir as características de estudos com natureza de pós-graduação, apenas destinados ao desenvolvimento técnico de anterior aprendizagem na Faculdade de Direito. Hão de preparar o candidato para as múltiplas dimensões que envolvem o desempenho da função jurisdicional, principalmente a formação humanística, salientando aqui a bem sucedida experiência das Escolas de Magistratura do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais que adotaram método moderno e, seguramente, mais eficiente na seleção dos vocacionados”.

Duas escolas, por outro lado, merecem especial atenção.

Uma delas é o “Centro de Estudos” do Conselho da Justiça Federal, vinculado este, por força de norma constitucional (art. 105, parágrafo único), ao Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de órgão ainda em gestação como escola judicial, mas de grande potencial, especi-

<sup>8</sup> Sobre o tema, A escola judicial, em *O Judiciário e a Constituição*. Saraiva, 1994. p. 169.

<sup>9</sup> No *I Fórum Nacional de Debates sobre o Poder Judiciário*, promovido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho de Justiça Federal, de 11 a 13 de junho de 1997.

almente como órgão de planejamento e pesquisa, uma das vertentes de uma autêntica escola judicial: pela estrutura de que dispõe e pela especial situação do Superior Tribunal de Justiça no vértice das Justiças Federal e Estadual.

A segunda dessas escolas, é a “Escola Nacional da Magistratura”, vinculada estatutariamente à Associação dos Magistrados Brasileiros, mas que tem tido a desejável autonomia em sua atuação.

Sem recursos e sem suporte administrativo, e contando com dez (10) dirigentes, todos sem remuneração e sem afastamento de suas funções judicantes, vem promovendo importantes eventos culturais no País e no exterior, em parceria com Universidades, Faculdades, associações de classe, Ordem dos Advogados, Institutos de Advogados e outras entidades culturais, inclusive fazendo editar obras resultantes desses eventos, como também celebrando convênios nacionais e internacionais, elaborando anteprojetos de reforma legislativa, e apregoando a sua institucionalização para transformar-se em um verdadeiro fórum de debates dos grandes temas vinculados ao Judiciário, banco de idéias e centro de convergência e difusão de experiências bem-sucedidas.

Já desenvolvendo intensa atuação, nos planos nacional e internacional, prepara-se agora para uma nova etapa, na qual, entre outras inovações, investe no ensino à distância, inclusive pela televisão, e na pós-graduação virtual, o que permitirá aos juízes, sem deslocamentos e despesas, aprofundar-se nos estudos, por meio da informática.

## 6. O juiz e o processo atual de integração econômica, social e cultural

Vê-se agora o Judiciário em face de um novo desafio, lembrada a lição de Carnellutti de que na raiz do fenômeno jurídico está o litígio.

Com a globalização da economia e o surgimento dos blocos regionais, que não se esgotam na esfera econômica mas compõem integração também social e cultural, com problemas comuns concernentes à proteção dos direitos humanos, às desigualdades sociais, ao combate ao tráfico e à degradação do meio ambiente, surgiu, como imperativo de segurança jurídica, um novo ramo do Direito, denominado “comunitário” ou “supranacional”, situado entre os contrafortes do Direito Interno e do Direito Internacional e com foros de auto-

mia, por apresentar, no dizer de E. Ricardo Lewandowski<sup>10</sup>, objeto (normas supranacionais), institutos (de que é exemplo o “reenvio”), métodos (hermenêutica teleológica ou finalística) e princípios específicos (de que são exemplos o da aplicabilidade direta e o da supremacia das suas regras em relação às normas internas de cada Estado, a flexibilizar o conceito tradicional de soberania quanto à idéia de supremacia absoluta da ordem jurídica interna).

O juiz, nesse contexto, deixa de ser apenas juiz da ordem interna do seu respectivo país para integrar-se também na ordem comunitária, interpretando e aplicando as normas daquela e dessa. Cumpre-se destacar a singular e expressiva observação dos especialistas europeus no sentido de que a União Européia somente conseguiu implantar-se – e aí está uma das marcas do seu sucesso – no momento em que os países nela envolvidos compreenderam a indispensabilidade de um sistema jurídico bem corporificado a sustentá-la, com normas e Judiciário atuante.

O mesmo quadro desenha-se em um Mercosul que evolui rapidamente nos campos político e econômico, a mostrar a necessidade, mais que conveniência, não só da adoção de

uma estrutura judiciária supranacional, mas da preparação dos juízes dos países desse bloco para a realidade que se avizinha e que deles exigirá uma formação ainda mais especializada<sup>11</sup>.

## 7. Conclusão

Como se vê, o Judiciário, que neste País felizmente é qualificado como Poder nas Constituições, não obstante tantas restrições e dificuldades de ordem prática e política, e que muito aquém está das expectativas da sociedade mundial contemporânea, como, aliás, sempre esteve, deve impor-se como verdadeiro Poder, não por mera retórica, mas por um processo revolucionário do seu modelo histórico tradicional, hermético e arcaico, a realizar uma profunda mudança em sua estrutura e em sua dinâmica, com planejamento científico e vontade política. Essa transformação deverá ter, como um dos seus pontos fundamentais, a adequada seleção, formação e aperfeiçoamento daquele a quem a lei entrega a bela e árdua missão de julgar. Só assim teremos o Judiciário que a sociedade está a reivindicar e que todos desejamos: eficiente, ágil, confiável, afirmativo, sensível às transformações sociais e aos sonhos de felicidade da alma humana.

---

<sup>10</sup> *Correio Braziliense*, Brasília, 18 ago. 1997. Caderno Direito & Justiça.

---

<sup>11</sup> A arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da Corte Comunitária. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, 1997.

# A mecânica da prestação alimentícia

OTTO EDUARDO VIZEU GIL

Os princípios que se relacionam com a prestação alimentícia (Código Civil, artigos 396, 399, 400, e Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968) são princípios rígidos, que não comportam qualquer construção jurisprudencial tendente a desviá-los de seu traçado legal, procurando suavizar o hermetismo do sistema. Em direito de família, principalmente em direito de família, não há campo para os avanços pretorianos, e a evolução não pode se afastar do comando da lei. A família é um valor que não pode ficar sujeito às afoitezas judiciais nem à ousadia das teses criadas à margem da lei, ainda que bem arquitetadas.

Conquanto esteja reservada ao juiz de família uma área expressiva de discricionariedade, há princípios que não podem ser subvertidos, ignorados ou contornados à força de uma interpretação complacente e elástica. Há equívocos, na jurisprudência e na doutrina, que poderiam ser evitados se se procurasse resguardar o inteiro conteúdo das regras que se embatem na questão dos alimentos. E entre essas regras está a que governa a aplicação do artigo 400 do Código Civil, e que se situa no topo de toda mecânica da prestação alimentícia.

O princípio concernente à prestação alimentícia é o que faz da relação de parentesco (Código Civil, artigos 396 e 399) a raiz de que se irradia toda a eficácia do instituto. É, por assim dizer, o princípio causal, que sofreu, ainda recentemente, uma atenuação bastante considerável com o reconhecimento do concubinato como unidade familiar (Constituição Federal, artigo 226, parágrafo 3º, e Leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e nº 9.278, de 10 de maio de 1996). Em consequência dessa nova concepção da unidade familiar, o concubinato, agora juridicizado por força de lei, passou a

absorver todo o complexo eficaz relação com e decorrente da relação de parentesco, seja no que tange às regras que devem orientar a fixação dos alimentos (Código Civil, artigo 400), seja no que concerne à possibilidade de modificação da decisão judicial sobre alimentos (Código Civil, artigo 401), seja, enfim, no que se relaciona com a irrenunciabilidade dos alimentos (Código Civil, artigo 404).

Mas para que o concubinato possa gerar os mesmos direitos e as mesmas obrigações decorrentes do parentesco, é essencial que essa figura assuma a grandeza de um casamento, denunciando uma comunhão de afetos e de interesses e a integração completa entre dois seres que procuram conduzir uma existência unificada, sólida, estável, reforçando, a cada passo da vida, os laços de uma amizade que vai, seguramente, poder alcançá-los nas incertezas da velhice. Esse é o concubinato a que podem ser aplicadas as regras do parentesco.

O princípio que orienta toda a mecânica da prestação alimentícia é o que congrega os elementos que devem ser atendidos, e prevalecer, no momento da fixação da verba alimentícia. Esse é o princípio modal. A sentença sobre alimentos, seja ela homologatória de acordo entre os cônjuges, ou não, terá de se ater, obrigatoriamente, à proporção entre as necessidades do alimentário e os recursos do alimentante (Código Civil, artigo 400). E o juiz que vier a ser chamado para decidir do acordo que os cônjuges houverem formulado ao propósito dos alimentos, ou vier a construir, ele próprio, em caso de separação litigiosa, a obrigação alimentar, esse juiz não poderá extrapassar os limites que a lei lhe oferece – de fixar os alimentos com observância da proporcionalidade entre as necessidades do credor e os recursos do devedor, ressalvada, é óbvio, uma parcela razoável de discricionariedade, segundo as circunstâncias. Repita-se que a pensão será estabelecida levando-se em conta tanto as necessidades do credor quanto os recursos do devedor. E tanto é assim que, se forem diversos os devedores ou os credores, e diversa a situação de suas respectivas fortunas, o juiz terá de repartir o sacrifício segundo as disponibilidades de cada um (cf., ao propósito, AUBRY, RAU, *Cours de Droit Civil Français*. 4. ed. Paris, 1873. v. 6, p. 110).

É óbvio que a lei não poderia exigir uma proporcionalidade matemática entre os recursos de um e as carências do outro partícipe dessa relação obrigacional. Comentando o artigo 208

do Código Civil francês, Théophile Huc (*Com. théorique et pratique du Code Civil*. Paris, 1892. v. 2, p. 226) ressaltou

“qu’il s’agit, bien entendu, d’apprécier les besoins du créancier d’aliments et l’aisance du débiteur à un point de vue purement relatif, en tenant compte des habitudes et de la condition des parties”.

A lei brasileira também se satisfaz com a proporcionalidade razoável. E na busca dessa razoabilidade o juiz pode atuar com alguma discricionariedade.

Mas do momento em que a sentença vier a fixar os alimentos, pressupõe-se (pressuposto legal) que terá obedecido à proporcionalidade entre as disponibilidades e as carências de uma e de outra parte. Essa proporcionalidade – não o conteúdo financeiro que dela se reflete – faz coisa julgada e não poderá ser modificada enquanto vigor a relação obrigacional.

O conhecimento da relevância dessa noção de proporcionalidade é fundamental para a operacionalidade da mecânica da prestação alimentícia. Não há como comprazer-se com a ideia de que a lei (Código Civil, artigo 401), a permitir a modificação do quantitativo da pensão alimentícia, teria consentido com a revisão daquela proporcionalidade. É um erro. Essa proporcionalidade, uma vez estabelecida, não mais pode ser alcançada, pois é uma regra de conduta, dirigida ao juiz de família e por ele recebida com os atributos da imutabilidade. É a ruptura dessa proporcionalidade que vai precipitar a incidência do artigo 401 do Código Civil.

Figure-se essa proporcionalidade como representada por uma linha imaginária traçada exatamente no patamar em que a sentença houver situado, de um lado, as disponibilidades do devedor (A) e, do outro lado, as carências do credor (B). Essa linha AB expressa a equação financeira dos alimentos, ou seja, a base da relação obrigacional fixada na sentença. No terreno das obrigações nascidas do contrato, poder-se-ia dizer que essa equação exprimiria a base do negócio.

A mentalização dessa linha é essencial para a percepção correta do problema. Essa linha reflete a equivalência dos sacrifícios e terá de se manter inflexível enquanto perdurar a relação alimentícia, conservando a mesma horizontalidade com que foi originalmente concebida. Se essa linha vier a oscilar em decorrência de circunstâncias supervenientes e imprevisíveis, de que resultem (1) ou o abaixamento (A-1) ou a elevação (A+1) dos recursos do alimentante

(A), ou, contrariamente, (2) a redução (B-1) ou o agravamento (B+1) das carências do alimentário, a inflexão da linha AB, (que perderia a sua horizontalidade original e passaria a refletir quatro inclinações diferentes, a saber : A B-1, A-1 B, A B+1, ou A+1 B) – a inflexão, qual seja, terá de ser necessariamente corrigida para que se restabeleça a proporcionalidade determinada no artigo 400 do Código Civil. É para esse fim – para que se recomponha a horizontalidade da linha das proporções, que a parte injustamente sacrificada, a em cujo desfavor inflectir a desproporcionalidade superveniente, tem legitimidade para a ação prevista no artigo 401 do Código Civil.

É erro acreditar-se que essa ação revisional só tem cabido quando o aumento das disponibilidades do devedor corresponder ao agravamento das necessidades do credor, ou seja, quando  $A+1 = B-1$ . Há quem defenda a idéia de que a permissibilidade da ação revisional está condicionada à correlação entre o aumento da fortuna do alimentante e o aumento das carências do pensionista. Jacques Maury, que escreveu uma excelente monografia sobre a noção de equivalência nas obrigações nascidas de contratos, sustentou esse ponto de vista :

“Nous disons d’abord qu’il est injuste de permettre quelqu’un de réclamer un enrichissement qu’il a procuré, quand à cet enrichissement ne corresponde de son côté aucun appauvrissement”

(...)

“Ou peut dire qu’un fait est cause d’un autre quand il en est la condition nécessaire et suffisante : c’est la notion scientifique, en l’étendant un peu, qu’il a rapport direct de causalité quand l’appauvrissement sera, en ce sens, la cause de l’enrichissement et de l’appauvrissement tout la fois”.

*(Essai sur le rôle de la notion de l’équivalence en Droit Civil Français. Paris, 1920. v. 2, p. 254 e 279).*

Quando a elevação dos recursos do pensionista (B+1) for concomitante com a elevação dos recursos do alimentante (A+1), pode não ocorrer distorção acentuada entre a fortuna do devedor e as necessidades do credor : nessa hipótese, a linha AB tenderia para a linha A+1 B+1, guardando, pois, a sua horizontalidade original. Ao contrário, se a fortuna do devedor sofrer aumento e aumentarem as carências do credor, então, nessa hipótese, pode vir a ocorrer distorção bastante acentuada, e a linha AB,

horizontal, apresentaria a obliquidade da linha A+1 B-1, muito mais acentuada do que se a alteração houvesse incidido apenas sobre um dos extremos da relação, alcançando isoladamente as disponibilidades de um ou as necessidades do outro interessado.

O erro, que se percebe em algumas decisões, decorre da pouca atenção que se dá ao princípio da equivalência dos sacrifícios. Esse princípio, ressalte-se, rege toda a mecânica da prestação alimentícia. Se se entender que o enriquecimento do devedor apenas pode ser reclamado quando se demonstrar a concomitância do empobrecimento do credor, ter-se-á de admitir, absurdamente, que o devedor que houver empobrecido só poderá postular a redução ou o cancelamento da pensão a que está obrigado quando puder demonstrar que o seu empobrecimento correspondeu ao enriquecimento do credor.

Nas relações obrigacionais e, mais especificamente, nas que dizem respeito à prestação alimentícia, que comporta, por força de expressão determinação da lei, o procedimento revisional, a ruptura da linha que expressa a equivalência de sacrifícios, e que é traçada, na sentença, em obediência à proporção entre os recursos e as necessidades dos interessados, vai acarretar, para a parte em cujo desfavor pender a linha dessa equivalência, uma onerosidade que terá de ser corrigida. Essa correção não resulta de uma construção doutrinária. Ou pretoriana. Ela está expressa na letra do artigo 400 do Código Civil, e não sofreu qualquer alteração na chamada Lei de Alimentos (Lei nº 5.478 de 1968) : “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Esse preceito reproduz, quase literalmente, o artigo 208 do Código Civil francês, de que se originou : “Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit”. A diferença está em que a lei brasileira foi mais precisa ao determinar, como condição da ação revisional ao artigo 401, a inflexão da linha das proporcionalidades, onde quer que tenha ocorrido, ainda que apenas no extremo que denuncia a elevação da fortuna do devedor. O artigo 209 do Código Civil francês, ao dispor que

“Lorsque celui que fournit ou celui qui reçoit des aliments est replacé dans un état tel, que l’un ne puisse plus en donner, ou que l’autre n’en ait plus be-

soin, en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée”, pode induzir a impressão, que não é correta, de que o credor não tem ação para reclamar aumento de pensão em decorrência da elevação da fortuna do devedor.

O artigo 401 do nosso Código Civil não suscita dúvidas quanto à obrigatoriedade de se respeitar o princípio que consagra a intangibilidade da linha de equivalência de sacrifícios, tal como houver sido estabelecida na sentença:

“La vérité est que l’obligation alimentaire a une mesure invariablement fixée par l’ art. 208 : c’est le rapport qui existe entre le besoin de celui qui réclame et la fortune de l’autre. C’ est le chiffre exprimant ce rapport qui est variable”. ( HUC, op. cit., p. 229).

O rompimento dessa relação pode vir a gerar, tanto em favor do credor quanto em favor do devedor, um enriquecimento injustificado. E, tanto para um quanto para outro, uma onerosidade insuportável.

Graficamente, a inflexão da linha que exprime aquela relação de equivalência refletiria, dependendo do extremo em que ocorresse a ruptura, as seguintes figuras:

FIG. 1

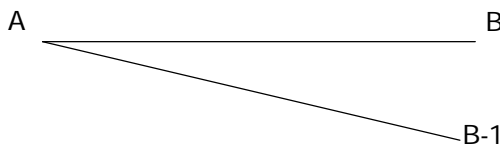


FIG. 2

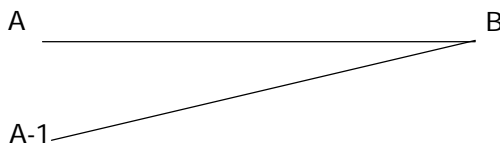
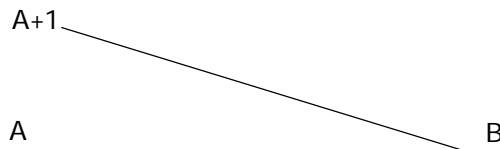


FIG. 3



FIG. 4



As FIGs. 1 e 2 legitimam o devedor (A) para a ação do artigo 401 do Código Civil, ou porque diminuíram as necessidades do credor (B), ou porque decresceram os recursos do devedor (A); as FIGs. 3 e 4, ao contrário, refletem a inversão (dos triângulos) decorrentes da ruptura da equação financeira dos alimentos em virtude ou do agravamento das carências do credor, ou por força do aumento das disponibilidades do devedor, e, nessas duas hipóteses, é o credor a parte legítima para o ajuizamento da ação revisional do artigo 401 do Código Civil.

Reitere-se que essa ação revisional pode ser intentada sempre que a linha da equivalência, tal como traçada na sentença, sofrer alguma perturbação expressiva. Essa noção preenche todo o conteúdo dos artigos 400 e 401 do Código Civil. E serve para evitar as interpretações aligeiradas, como, por exemplo, a que se subsume no entendimento de que o devedor da obrigação alimentar se desonera desde que o seu pensionado atinja a maioridade. É um erro. A prestação alimentícia não está sujeita a termo, mas subordinada ao implemento de uma condição resolutiva (Código Civil, artigo 119), que se configura com a mudança na fortuna de quem supre os alimentos ou na de quem os recebe (Código Civil, artigo 401). Em outras palavras, enquanto não ficar demonstrada a ruptura da linha da proporcionalidade por força da redução das necessidades do alimentando – a obrigação alimentar persiste irradiando toda a sua eficácia.

A questão da maioridade, em relação à obrigação alimentícia, não é uma construção legal e, por isso mesmo, não há como intrometê-las entrelinhas do artigo 401 do Código Civil, que não lhe faz a menor alusão. Nesse terreno, a presunção de suficiência, decorrente do fato da maioridade, nem sequer pode ser aceita como ficção legal. É uma fantasia jurídica, uma figura meramente imaginosa, que pode muito bem ombrear, por sua absurdez, com o chamado “flagrante das vinte quatro horas”, outra fantasia tão ridicularizada pelos criminalistas.

É irrelevante, para os fins da prestação alimentícia, que o alimentando seja maior ou menor de idade. A maioridade não é fator determinante do cancelamento da pensão alimentícia, mas um evento que, para esse fim, não tem qualquer relevância jurídica. Salvo, é óbvio, se ficar demonstrado que o pensionado, com a maioridade, passou a ter condições próprias de subsistência, podendo dispensar, sem

sacrifícios exagerados, a pensão que até então lhe vinha sendo paga. É uma questão de fato, e cabe ao devedor o ônus de prová-lo. Reafirme-se, portanto, que a maioria, de si só, não é fato que baste à legitimação da ação revisional do artigo 401 do Código Civil: o implemento da condição resolutiva inserta nesse preceito é que vai poder precipitar o cancelamento ou a redução dos alimentos:

“obligation alimentaire n’a pas de limite certaine, elle naît avec les besoins”.  
(LAURENT, F. *Principes de Droit Civil Français*. 1893.v. 2, p. 70).

O rompimento da linha das equivalências poderá provocar tanto o enriquecimento quanto o empobrecimento de qualquer dos dois integrantes da relação obrigacional, tudo dependendo do extremo em que se verificar a ruptura. Nas figuras 2 e 3 (cf. item 17), devedor e credor empobrecem, o primeiro, porque lhe diminuíram os recursos, o segundo porque lhe aumentaram as necessidades. Nas figuras 1 e 4, inversamente, enriquecem credor e devedor, o primeiro porque lhe abrandam as carências, o segundo porque lhe aumentam os recursos. A legitimação para a ação do artigo 401 do Código Civil prescinde da indagação acerca das origens do enriquecimento ou empobrecimento dos partícipes da relação obrigacional.

A lei não indaga as razões do enriquecimento ou do empobrecimento nem do devedor nem do credor. Importa, para os fins do artigo 401 do Código Civil, que a situação financeira das partes já não seja a mesma que vigia ao tempo da sentença. Se o devedor, por exemplo, já não dispõe de recursos para arcar com os encargos da obrigação, a lei lhe confere o direito de postular ou a redução ou cancelamento da prestação alimentícia ainda que a dificuldade, ou impossibilidade, de adimplemento, sejam devidas a desvios de sua própria conduta, como o jogo e a dissipação irrefreável. De outro lado, se o ingurgitamento da fortuna do devedor resulta de legado ou de herança imprevista, o credor, que não contribuiu para o resultado, ainda assim dele não se distancia, podendo reclamar do desequilíbrio superveniente da base financeira da obrigação alimentícia, tal como estipulada na sentença.

Mas quais são as dimensões desse empobrecimento, ou desse enriquecimento, que podem justificar a modificação da cláusula alimentícia? Acreditamos que a oscilação, tanto num quanto noutro sentido, terá de ser significativa, evidenciando um locupletamento que,

seguramente, não teria composto a base financeira da sentença. No trato da questão da revisão das obrigações nascidas do contrato, por aplicação da chamada teoria da imprevisão, todos os países que a receberam ressaltam a gravidade e a exorbitância do desequilíbrio como indispensáveis à reformulação da base financeira do contrato. No Brasil, já Francisco Campos (*Código Civil*. Rio de Janeiro, 1956. p. 11), ao sugerir o acolhimento no nosso direito positivo, da teoria da revisibilidade dos contratos, condicionava a aceitação do princípio a que uma das partes houvesse sofrido “prejuízo considerável”, e a outra auferido um “provento injusto”. No mesmo sentido o anteprojeto do novo Código Civil, elaborado pelos ilustres juristas Miguel Reale, Moreira Alves, Torquato Castro, Arruda Alvim, Ebert Chamoun e Clóvis do Couto e Silva.

Mas como mensurar a onerosidade excessiva? Ou enriquecimento injustificado e colossal? No terreno das obrigações nascidas do contrato – e não há porque as distinguir, no caso, das obrigações nascidas da lei – há um fator que não pode ser desconsiderado, pois representa papel decisivo para a aferição do alcance da revisão. É o que se relaciona com a álea, elemento ínsito em qualquer obrigação, mas de intensidade variável de caso para caso:

“Tout contract emporte un peu de risques, de spéculation, puisque c’est pour s’assurer contre les fluctuations possibles des valeurs et des choses qu’on contracte. Chacun des contractants achète à l’autre la sécurité. Il est donc qu’il y ait toujours un gagnant et un perdant, et que les risques normaux des événements, inhérents à une situation économique ou à une entreprise déterminée, demeurent sans influence sur la validité du contract, puisque c’est précisément contre eux qu’on entend se prémunir en contractant” (PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de Droit Civil Belge*. 1934, v. 2, p. 493).

Nos contratos bilaterais, a revisão se impõe quando ocorre a quebra da relação de equivalência depois da constituição do negócio jurídico (cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. v. 25, p. 237). Em se tratando de prestação alimentícia, o juiz, ao fixá-la, em sentença, terá obrigatoriamente levado em linha de conta o patamar financeiro em que se situam os recursos e as necessidades dos interessados. Mas como não há como aferir-se

matematicamente a proporcionalidade determinada no artigo 400 do Código Civil, entre as disponibilidades e carências do devedor e credor, respectivamente, é de se pressupor (e admitir) com o juiz uma certa parcela de discricionariedade que vai caber dentro da faixa de que se reflete a sua atuação jurisdicional. As oscilações circunstanciais que se contiverem dentro dessa faixa constituem a álea norma da sentença, e desautorizam a ação do artigo 401 do Código Civil.

A percepção correta da faixa em que se acomoda a relação de equivalência vai seguramente prevenir o equívoco de supor-se que a revisão dos alimentos apenas tem lugar (a) quando diminuam os recursos do devedor, ou (b) quando aumentam ou decrescem as necessidades do devedor, excluindo-se do permissivo legal a hipótese de comprovada elevação da fortuna do devedor, como no caso de herança, por exemplo, ou em qualquer outra hipótese de riqueza superveniente e excepcional. Comentando os reflexos da obrigação alimentar derivados do artigo 209 do Código Civil francês, HUC (op. cit., p. 230), considerando o direito do devedor, em certos casos, de procurar cancelar ou reduzir o encargo, reconheceu ao credor, reciprocamente, *le droit de demander une augmentation de sa pension*. Nesse mesmo sentido, AUBRI, RAU, op. cit., p. 111.

Há casos, os mais comuns, que a proporcionalidade referida no artigo 400 do Código Civil aparece refletida numa linha singela, o que ocorre sempre que as disponibilidades do devedor podem ser traduzidas em salário fixo, sobre o qual a sentença estabelece um percentual que reflita a proporcionalidade entre as

disponibilidades de um e as necessidades do outro interessado. Nessa hipótese, qualquer oscilação ocorrida nessa relação de equivalência terá de ser prontamente corrigida. Mas pode suceder que os recursos do devedor estejam compreendidos numa faixa imprecisa e difusa. De qualquer forma, a oscilação dessa faixa, mais dificilmente perceptível, não obsta a ação revisional sempre que ficar provado que a prestação alimentícia já não expressa a relação de equivalência reconhecida na sentença. Essa relação de equivalência tem os atributos da coisa julgada. (cf. HUC, op. cit., p. 229).

A causa de uma obrigação legal, como a que deriva da prestação alimentícia, é a lei. E a lei determina que a prestação alimentícia terá de ser obrigatoriamente fixada “na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada” (Código Civil, artigo 400). Ocorrendo mudança na fortuna de quem supre ou na de quem recebe os alimentos (Código Civil, artigo 401), em outras palavras, se ficar comprovada modificação da situação financeira dos interessados, a decisão judicial sobre alimentos pode ser revista (Lei nº 5.478, de 25/07/68, artigo 15). A parte que vier a ser onerada pela modificação da fortuna, sua ou do outro interessado, tem legitimidade para postular, em ação revisional, o enriquecimento sem causa de seu co-partícipe :

“Caracteriza-se a ausência de causa quando o enriquecimento não encontra justificação na lei ou na vontade do empobrecido” (FERREIRA, José G. do Valle. *Enriquecimento sem causa*. Belo Horizonte, 1949. p. 159).



# Prisão-albergue domiciliar. Discrepância da realidade social com a positivação penal. Dissonância jurisprudencial

FERNANDO CUNHA JÚNIOR

## SUMÁRIO

1. Pena. Natureza. Regime prisional. 2. Prisão domiciliar. 3. Prisão-albergue domiciliar. 4. Divergência jurisprudencial. 5. Conclusão.

### 1. Pena. Natureza. Regime prisional

A natureza da pena, hodiernamente<sup>1</sup>, é *retributiva, preventiva e de ressocialização*.

Com isso tem-se o conceito do instituto “pena” como sendo aquele que atua como

---

<sup>1</sup> Segundo MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 5. ed. Atlas, a pena foi concebida inicialmente apenas como resposta ou retribuição ao delinqüente pelo mal praticado. Posteriormente, contudo, evoluiu para o sentido de ressocialização do condenado ou adaptação ao meio social:

“Para as teorias chamadas absolutas (retribucionistas ou de retribuição), o fim da pena é o castigo, ou seja, o pagamento pelo mal praticado. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral, sendo a pena imposta por uma exigência ética em que não se vislumbra qualquer conotação ideológica. Para a Escola Clássica, que considerava o crime um ente jurídico, a pena era nitidamente retributiva, não havendo qualquer preocupação com a pessoa do delinqüente, já que a sanção se destinava a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito.

Para as teorias relativas dava-se à pena um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção geral (com relação a todos) ou especial (com relação ao condenado).

Para as teorias mistas (eccléticas ou intermediárias), a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade não é simplesmente prevenção, mas um misto de educação e correção.

(...) Assim, tem-se entendido que à idéia central de ressocialização há de unir-se, necessariamente, o postulado da progressiva humanização e liberação

Fernando Cunha Júnior é Procurador do Distrito Federal.

“resposta”<sup>2</sup> ao ato do delinqüente, *retira o mesmo do meio social*<sup>3</sup>, impedindo-o de delinqüir, e *ainda tenciona recuperá-lo e retorná-lo à sociedade*<sup>4</sup>. Tem como caracteres o fato de ter sua aplicação disciplinada pela lei, ser personalíssima e proporcional ao crime.

Para cumprimento da pena, o Estatuto Repressivo, o Código Penal, alista três espécies de regime penitenciário (art. 33 do CP), que são o fechado, semi-aberto e o aberto.

Esta divisão em regime de cumprimento da pena é conseqüência dos modernos postulados penitenciários em que se requer “diversidade de estabelecimentos” conforme a *classificação dos presos*. Assim, consoante pontifica o magistério doutrinário, o que classifica os estabelecimentos penais *são as condições gerais dos diversos regimes de execução*<sup>5</sup> como possibilidades de contato com o exterior, disciplina interna, estilo arquitetônico etc.

O regime *fechado* é dispensado para os condenados de alta periculosidade e com alta apenação de pena privativa de liberdade. A pena é cumprida em prisão fechada com aparatos de segurança máxima e contra fugas.

O *regime semi-aberto* é um “meio-termo” entre o regime fechado e o aberto, já que cientificamente tem-se a intenção de reduzir o encarceramento em presídio de segurança máxima. Daí a respectiva origem desse regime quanto a receber o preso na sua transição de regime fechado para o semi-aberto<sup>6</sup>.

da execução penitenciária, de tal maneira que, asseguradas medidas como as permissões de saída, o trabalho externo e os regimes abertos, tenha maior eficácia (...) A tendência moderna é a de que a execução da pena deve estar programada de molde a corresponder à idéia de humanizar, além de punir”.

<sup>2</sup> Retribuição do Estado ao ato infrigente da lei cometido pelo agente.

<sup>3</sup> Prevenção.

<sup>4</sup> Ressocialização.

<sup>5</sup> MIRABETE, op. cit.

“Segundo o entendimento moderno, o que caracteriza os estabelecimentos penais e os tipifica não é a natureza do trabalho que, neles, os condenados têm oportunidade de exercer (agrícola, industrial, agroindustrial etc.), mas suas condições gerais, que configuram e consubstanciam os diversos regimes de execução das sanções. O trabalho, o estilo arquitetônico do estabelecimento, a disciplina interna e a possibilidade de contato com o exterior são as condições que conduzem à classificação dos regimes penitenciários. Firmou-se assim uma trilogia, obtida com a evolução do Direito Penitenciário: estabelecimento fechado, estabelecimento semi-aberto e estabelecimento aberto.

<sup>6</sup> Cumprir um sexto da pena e o mérito indicar a progressão (art. 112 da Lei de Execução Penal).

Já o *regime aberto* é para aqueles que não apresentam periculosidade e que são responsáveis pelo cumprimento da pena. Funda-se na autodisciplina, já que o preso pode exercer qualquer atividade durante o dia, sendo recolhido à noite e nos dias de folga. Pode ser de duas espécies: “prisão-albergue” e “prisão domiciliar”.

## 2. Prisão domiciliar

O regime aberto pode ser cumprido em duas modalidades: em Casa de albergado ou em residência particular.

Diz a Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11.7.84, art. 93, que a “Casa de Albergado” destina-se ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto. Já o art. 117 do mesmo repositório de normas assenta as quatro hipóteses nas quais o condenado em regime aberto pode cumprir a pena em “residência particular”.

Vejamus a hipótese do cumprimento da pena em regime aberto “domiciliar”, na linha do art. 117 retrocitado:

“Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de :

I – condenado maior de setenta anos;

II – condenado acometido de doença grave;

III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV – condenada gestante”.

Essas são as hipóteses, portanto, nas quais o condenado beneficiário de regime aberto poderá cumprir a reprimenda em casa.

## 3. Prisão-albergue domiciliar

O regime aberto pode ser cumprido, ainda, em “Casa de Albergado”.

A razão desse regime pressupõe o *baixo quantitativo de pena, a não reincidência* e, ainda, *indicação de que o condenado pode cumprir a sanção neste regime* (art. 33, § 3º do CP). Ou seja, além de não ser reincidente, a pena aplicada deve ser igual ou inferior a 4 (quatro) anos e, também, as circunstâncias como personalidade, antecedentes, conduta social – delineados no comando do art. 59, do Código Penal – devem ser favoráveis. Este é o escólio doutrinário de Júlio Fabbrini Mirabete<sup>7</sup>:

<sup>7</sup> “Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

“(…) há condenados cujo tipo de personalidade e cuja atitude consciente de aceitação da sentença condenatória e da pena aplicada fazem com que se submetam à disciplina do estabelecimento penal sem conflitos e sem intentar fuga.(…)

Determina o art. 93 que a Casa de Albergado se destina ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana. A denominação Casa de Albergado (ou seja, prisão-albergue), para designar o estabelecimento destinado ao condenado em regime aberto, é uma expressão feliz porque se refere a uma simples prisão noturna, sem obstáculos materiais ou físicos contra a fuga. A segurança, em tal estabelecimento, resume-se ao senso de responsabilidade do condenado. A prisão-albergue constituiu-se uma modalidade ou espécie do gênero prisão aberta, experiência que em outros países é conhecida com denominações que equivalem, em português, a ‘prisão noturna’ ou ‘semiliberdade’. Outra espécie de prisão aberta é a denominada prisão domiciliar, prevista na nova lei ao mencionar ‘regime aberto em residência particular’”.

Destinam-se ao regime aberto os condenados aptos para viver em semiliberdade, ou seja, aqueles que, por não apresentarem periculosidade, não desejarem fugir, possuírem autodisciplina e senso de responsabilidade, estão em condições de dele desfrutarem sem porem em risco a ordem pública por estarem ajustados ao processo de reintegração social. (…)

Contudo, diz ainda a Lei de Execução Penal que o prédio da Casa de Albergado será situado em centro urbano (art. 94) e, ainda, peremptoriamente, que *cada região deverá ter uma Casa de Albergado* (art. 95):

“Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa de Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

- I - condenado maior de setenta anos;
- II - condenado acometido de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante”.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados”.

Diz ainda no art. 203, § 2º, que:

“Art. 203. No prazo de seis meses, a contar da publicação desta lei, serão editadas as normas complementares e regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis.

(…)

§ 2º. Também, *no mesmo prazo*, deverá ser providenciada a *aquisição* ou *desapropriação de prédios* para instalação de *casas de albergados*” (grifos nossos).

Apesar da determinação legal de cumprimento da pena no regime aberto em Casa de Albergado e, ainda, apesar da assinalação de prazo para instalação dos prédios respectivos, alguns Estados não atenderam a tais prescrições. Assim, muitos não dispõem de “Casas de Albergado”.

Com isto exsurgiu a seguinte questão: o agente condenado a cumprir pena em regime aberto, Casa de Albergado, pode cumpri-la em regime domiciliar, mesmo fora das hipóteses permitidas para este regime, *quando não existir a referida “Casa de Albergado”*?

Entenda-se: o regime aberto pode ser cumprido em “Casa de Albergado” e “em regime domiciliar”.

Contudo as hipóteses para o regime domiciliar são as descritas, taxativamente, no verbete do art. 117 da Lei de Execução Penal<sup>8</sup>. Se o agente foi condenado a cumprir pena no regime aberto “albergue” – porque não abrigado por uma das hipóteses do regime domiciliar do art. 117 – mas não existe “Casa de Albergado”, teria direito, portanto, a cumprir a pena no “regime domiciliar”. A *justificativa* para tanto é a *de que o condenado nada tem a ver com a omissão do Estado* – Poder Público – quanto a não ter cumprido a lei relativamente à instalação da “Casa de Albergado”.

#### 4. Divergência jurisprudencial

A propósito do tema, tem havido acirrado debate e verdadeira controvérsia, quer em sede de doutrina, quer no tocante à manifestação dos Pretórios, principalmente dos Superiores.

Note-se o que diz o magistério de Mirabete:

“A prisão domiciliar foi introduzida no Brasil pela Lei nº 5.256, de 6.4.1967, para recolher o preso provisório à própria

residência nas localidades onde não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que têm direito à prisão especial. Com a introdução do regime aberto na legislação penal, efetuada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977 (art. 29, §§ 5º e 6º do CP), e *diante da inexistência de locais adequados para o cumprimento da prisão-albergue, os aplicadores da Lei penal se depararam com penas alternativas*: admitir o alojamento noturno em celas superlotadas das cadeias públicas; não conceder o regime, embora o sentenciado estivesse em condições de se adequar a ele; ou conceder a prisão domiciliar, com o recolhimento em sua própria residência. Não havendo o Poder Público diligenciado para construção de estabelecimentos destinados ao regime aberto em todas as comarcas, juízes e tribunais passaram a conceder a chamada “prisão-albergue domiciliar”, transformada em verdadeiro simulacro da execução da pena pela inexistência de qualquer controle ou fiscalização na obediência das condições impostas. A prisão-albergue domiciliar passou assim a ser forma velada de impunidade, de que os juízes lançavam mão em último recurso, na impossibilidade de o benefício ser desfrutado em local adequado.

(...) Por isso tornou-se praticamente pacífico, inclusive nos Tribunais Superiores, que o condenado que fizer jus ao regime aberto *tem direito à prisão-albergue domiciliar quando inexistir Casa de Albergado onde possa cumprir a pena* no regime aberto fixado inicialmente ou pela progressão” (grifos nossos).

Na jurisprudência tem-se observado a controvérsia de modo geral entre o entendimento liberal – de se deferir o regime domiciliar quando inexistir Casa de Albergado – e o absolutamente legal de somente deferir o regime domiciliar nos termos da lei (art. 117, da Lei de Execução Penal).

Controvérsia esta que tem levado a uma verdadeira “queda de braço” entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo tem entendimento restritivo, como se pode ver dos seguintes arestos:

“Regime aberto em residência parti-

cular. *Habeas corpus* indeferido por não satisfazer aos pressupostos estabelecidos no art. 117 da Lei nº 7.210/84” (STF-HC 66.594/RJ. Relator: Ministro Octavio Gallotti. *DJ*, de 7 out. 1988).

O Supremo Tribunal Federal, pelo seu plenário, decidiu no sentido de que a prisão-albergue domiciliar somente pode ser concedida nas hipóteses descritas no art. 117 da Lei nº 7.210/84, HC 68.118/2” (STF-HC 69.119-6. Relator: Ministro Carlos Velloso. *DJ*, de 29 maio 1992).

O recolhimento do condenado em residência particular só é compatível com o regime aberto e de acordo com as 4 (quatro) hipóteses do art. 117 da LEP (Lei nº 7.210/84)(STF-HC 69.176-5. Relator: Ministro Paulo Brossard. *DJU*, de 23 nov.1992)”.

Já o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem pontificado precedentes favoráveis à *possibilidade de cumprimento da pena em domicílio*, diante da ausência de Casa de Albergado.

No Recurso Especial 129870. *DJ*, de 8 set. 1997. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, assentou-se:

“Processual penal. Execução. Progressão. Regime aberto. Inexistência de casa de albergado.

1. É admissível a prisão domiciliar na falta de estabelecimento próprio, Casa de Albergado, necessário ao cumprimento da pena em regime aberto”.

“Processual penal. Execução. Inexistência de casa de albergado. Cumprimento da pena em prisão domiciliar. Possibilidade.

1. Inexistindo Casa de Albergado ou estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime aberto, o condenado tem direito de cumpri-la em regime de prisão domiciliar.

2. Aplicação analógica da LEP, art. 117” (Resp. 120.600/DF. Relator: Ministro Édson Vidigal. *DJ*, de 18 ago. 1997).

“Processual penal. *Habeas corpus*. Regime aberto de cumprimento da pena. Falta de estabelecimento adequado. Prisão-albergue domiciliar.

1. Concedido o benefício de regime aberto na sentença condenatória, constitui ilegalidade submeter o sentenciado a regime prisional mais gravoso ante a fal-

ta de casa de albergado ou de esta-bele-cimento adequado. Admissível, no caso, a prisão domiciliar.

2. Ordem concedida. (HC 3.192/RS. Relator: Mininistro Anselmo Santiago. *DJ*, de 14 out. 1996)".

Note-se, agora, o disposto no Recurso Especial 116.207. *DJ*, 6 out.1997. Relator o Ministro Cid Flaquer Scartezzini:

"Penal. Processual penal – recurso especial – Condenação – regime aberto – inexistência de Casa de Albergado ou estabelecimento similar – prisão domiciliar – admissibilidade.

Na falta de Casa de Albergado, ou de outro local adequado, há que se conceder ao réu sentenciado, condenado a cumprir pena em regime inicial aberto, a oportunidade de cumpri-la em residência particular, sob pena de subverter-se a execução da pena, de um regime menos rigoroso para um mais severo".

E a fundamentação:

"Sr. Presidente, pelo art. 93 da LEP, 'a Casa de Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto e da pena de limitação de fim de semana.

Já o art. 203 e parágrafos do mesmo Diploma Legal dispõem que, no prazo de 6 meses contados da publicação da lei, as unidades federativas em convênio com o Ministério da Justiça devem providenciar a aquisição e desapropriação de prédios para instalação de casas de albergado.

A LEP previu uma situação que não foi atendida pelo Estado e, assim, não pode o condenado sofrer as consequências do inadimplemento oficial.

É por esta razão que sempre defendi o direito do condenado à prisão domiciliar quando inexistir Casa de Albergado ou estabelecimento similar onde possa cumprir pena no regime aberto fixado inicialmente ou pela progressão".

Já no Recurso Especial 120.595/DF registrou-se o voto-condutor do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

"A execução da pena, no Brasil, evidencia descompasso entre a lei e a realidade. A legislação encerra as recomendações científicas e de tratados internacionais. O cumprimento da pena,

no entanto, é problema comovente. O Estado não implementou os estabelecimentos adequados para o regime semi-aberto e o regime aberto. Quanto ao fechado, sabido, o número é insuficiente, ocasionando a superpopulação carcerária, causa imediata de rebeliões, constantemente exibidas na televisão.

O Judiciário, diante desse quadro, precisa ficar atento, evidenciar sensibilidade a fim de manter o equilíbrio da situação. De um lado, conferir eficácia ao título executório. De outro, ajustá-lo aos meios materiais de que dispõe.

O tema surge, com maior vigor, quando a sentença condenatória estabelece o regime inicial semi-aberto ou aberto. Nessa faixa a regra é a inexistência de estabelecimentos adequados. Enviar, por isso, o condenado à disciplina do regime fechado, além de inconstitucional, fere os princípios da execução (...). O Estado condena porque o delinqüente contrariou o preceito de lei, em seguida, o próprio Estado, com a desculpa de falta de estabelecimento próprio, despreza e impõe execução penal contra a lei, a mesma que busca preservar. Inadequado, iníquo, impor regime de execução mais severo. (...)

O Judiciário precisa repensar essa solução, procurar ajustar-se à realidade. Se não fizer isso, a execução será mero jogo de palavras. E outro dado é importante, não pode ser esquecido: a clientela da execução penal são as pessoas carentes, sem possibilidade de reagir à ilegalidade. Verdadeira iniquidade! (...)

O condenado ao regime inicial aberto não pode, sob o único fundamento de inexistência de Casa de Albergado, ser submetido ao sistema fechado. Configura verdadeira regressão que não deu causa".

## 5. Conclusão

A questão, sobre ser absolutamente controversa, como visto, refere-se a uma situação bastante delicada.

Se o agente apenado com regime aberto tem direito a cumprir a pena em Casa de Albergado *não pode, diante da inexistência desta, ser compelido a sofrer a reprimenda*

*em regime mais severo.*

Impõe-se que o Poder Público providencie, com urgência, a instalação das Casas de Albergado. Enquanto isso não ocorre, afigura-se correta a decisão com tempera-

mentos que permitem o cumprimento da pena em “regime domiciliar”.

Talvez seja a hipótese do próprio Pretório Excelso refletir um pouco mais sobre tão tormentoso tema.

# As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

Dois fatos da maior importância para o aprimoramento do modelo brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis acabaram de acontecer no País. Referimo-nos à publicação da obra de Peter Häberle, *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*, traduzida e apresentada por Gilmar Ferreira Mendes, e à remessa ao Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 2.960, de 1997, de iniciativa do Poder Executivo, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Intimamente relacionados, esses fatos espelham o nosso amadurecimento no trato dessa matéria, a qual envolve problemas de maior relevância para toda a comunidade. Embora, à primeira vista, possa parecer um assunto técnico, merecedor de atenção exclusivamente por parte de iniciados ou de especialistas, a leitura da sua exposição de motivos evidencia que essa proposta legislativa interessa a toda sociedade e não apenas aos profissionais do direito, como se comprovará no curso desta exposição.

Constitucionalista dos mais renomados da atualidade, com suas obras sendo objeto de reflexão e debate nos mais importantes centros universitários do mundo, Peter Häberle destaca-se por uma visão *republicana e democrática* da interpretação da Constituição, centrada na idéia de que uma sociedade *aberta* exige uma interpretação igualmente aberta de sua lei fundamental, até porque

“no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e

grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição<sup>1</sup>.

Nessa ordem de idéias, ele observa que a teoria da interpretação constitucional, durante muito tempo, esteve vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade *fechada*, concentrando-se primariamente na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados, do que resultou empobrecido o seu âmbito de investigação. Por isso, é chegada a hora de uma *virada hermenêutica radical* para que a interpretação constitucional – que a todos interessa e a todos diz respeito – seja levada a cabo *pela e para* a sociedade aberta e não apenas pelos operadores *oficiais*.

Em suma, no contexto de um Estado de direito, que se pretende democrático e social, torna-se imperioso que a *leitura* da Constituição se faça *em voz alta e à luz do dia*, no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, pelos diversos atores da cena institucional – agentes políticos ou não – porque, ao fim e ao cabo, todos os membros da sociedade política *fundamentam na Constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres*<sup>2</sup>.

Em tema de direitos fundamentais – *e.g.* liberdade de cátedra, de criação artística, de imprensa e de organização sindical – é de todo evidente que sem a participação dos seus destinatários, daqueles que *vivenciam* esses direitos, não se produz uma interpretação sequer razoável do texto constitucional.

O mesmo se diga com relação àqueles direitos cujo âmbito de proteção envolve conteúdos só revelados com a ajuda hermenêutica de intérpretes não-jurídicos, como é o caso dos direitos das populações indígenas, nos termos em que são *reconhecidos* pelo artigo 231 da Constituição do Brasil. Sem o apoio dos próprios índios, de antropólogos e de indigenistas – que, aliás, participaram do processo constituinte – o juiz não conseguirá *ler* esse dispositivo constitucional.

Com base na experiência, obviamente em razão do fato de vivermos numa sociedade razoavelmente pluralista e democrática, pode-

se dizer que, *até certo ponto*, essa abertura hermenêutica já existe entre nós e que ela se manifesta *difusamente* – pelo modo como os agentes políticos aplicam a Constituição nas diversas instâncias de decisão –, do que resulta minimamente ampliado o círculo dos participantes da *realização* constitucional, assim como assegurada, embora também em grau mínimo, a influência *social* sobre os *funcionários* da interpretação constitucional.

Nesse contexto, o que se faz necessário, portanto, é institucionalizarmos procedimentos que densifiquem a *intervenção de terceiros* no processo de interpretação e aplicação da lei fundamental. Afinal de contas, independentemente das suas peculiaridades, nunca é demais lembrar que, no âmbito da jurisdição constitucional, aqueles que não participarem da relação processual, que não assumirem qualquer posição no processo ou que, até mesmo, ignorarem a sua existência, poderão considerar-se *politicamente* não alcançados pelos efeitos da *coisa julgada* e, por via de conseqüência, *autorizados* a ignorar a força normativa da Constituição.

Por isso, também sob esse ângulo, digamos, *procedimental*, afigura-se conveniente que todos possam participar do *jogo interpretativo*, quando mais não seja para que não se animem a virar-lhe a mesa ou a contestar o seu resultado. Na medida em que são *partículas da Constituição*, como diria Lassalle, ou *agentes conformadores da realidade constitucional e forças produtivas de interpretação*, na linguagem de Häberle, esses segmentos sociais não podem ficar à margem do processo de revelação da vontade constitucional.

Nessa perspectiva, a ampliação do número dos *tradutores constitucionais autorizados*, ao mesmo tempo em que promove a integração das diferentes perspectivas hermenêuticas, opera como instrumento de prevenção e solução de conflitos. Noutras palavras, à medida que asseguram o dissenso hermenêutico e racionalizam as divergências de interpretação em torno da Constituição, idéias como as de Häberle colaboram, decisivamente, para preservar a *unidade política* e manter a *ordem jurídica*, que são os objetivos fundamentais de toda Constituição<sup>3</sup>.

Subjacente a essa compreensão ampliada e enriquecida da interpretação constitucional –

<sup>1</sup> *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p.13.

<sup>2</sup> CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 208.

<sup>3</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 8-9. Concepto y cualidad de la Constitución.



a que serve de fundamento e legitimação –, existe uma concepção hermenêutica da maior consistência, segundo a qual *Constituição e realidade constitucional* se implicam com tamanha intensidade, que a norma jurídica deixa de ser vista como o *pressuposto* para ser encarada como o *resultado* da interpretação, resultado a que se chega no curso de um processo no qual o *programa normativo* e o *âmbito normativo*, em permanente interação dialética, reciprocamente se exigem, esclarecem-se, iluminam-se e revelam-se.

Daí, precisamente, a afirmação de Häberle, na linha de um pensamento de aceitação crescente, a nos dizer que não existe norma jurídica, senão norma jurídica *interpretada*<sup>4</sup>.

Do ponto de vista *procedimental*, para que essa abertura hermenêutica possa gerar frutos *segundo a sua espécie*, faz-se necessário integrar a realidade no processo de interpretação constitucional, o que só se alcançará se forem criados mecanismos idôneos para captar, filtrar e absorver os anseios de todos os atores da cena social.

É que, embora intérpretes *não-oficiais* da Lei Fundamental, nem por isso os chamados grupos intermediários e o próprio cidadão deixam de ser legítimos *interessados* na sua aplicação. Detentores permanentes da privilegiada condição de sujeitos do processo constituinte e de realizadores e destinatários finais da Constituição, de nada lhes adiantaria ostentar esse *título de nobreza* se lhes fosse vedado participar do processo de tradução da vontade constitucional.

Destarte, se a jurisdição constitucional, de forma natural e continuada, conseguir preservar a sintonia entre o programa normativo e o âmbito normativo, vale dizer, entre a *interpretação constitucional* e a *realidade constitucional* – tarefa que será tanto mais facilitada quanto maior for a sua capacidade para auscultar e compreender os anseios sociais –, as cortes que exercem essa jurisdição *política* estarão legitimando os resultados da sua atividade hermenêutica e, provavelmente, até

<sup>4</sup> Entre nós, pioneiramente, Miguel Reale teve oportunidade de afirmar que “o direito é norma e situação normada e que “a norma é a sua interpretação”. *Filosofia do Direito*. São Paulo : Saraiva, 1982. p. 594; *Teoria tridimensional do Direito* – situação atual. São Paulo : Saraiva, 1986. p. 98; *Fontes e modelos do Direito* : Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 33.

mesmo preservando a sua própria *existência* no marco do Estado Democrático de Direito.

Afinal de contas, embora situadas fora e acima dos demais Poderes<sup>5</sup> – enquanto instâncias supremas cuja atividade hermenêutica não sofre qualquer limitação *jurídica* –, essas cortes extraordinárias são, também elas, simples criaturas constitucionais e, nessa condição, não se acham imunes às reações sociais, podendo vir a desaparecer na voragem de qualquer processo constituinte.

Por isso mesmo, sem que precisem andar a reboque das maiorias ocasionais, embora não possam nem devam ignorar a sua existência, se conseguirem preservar aquele *equilíbrio instável* entre norma e realidade constitucional – e à medida que o consigam –, os tribunais constitucionais continuarão a contar com o respaldo da opinião pública para *reescrever* de fato a Constituição<sup>6</sup>, sem que a ninguém ocorra sequer indagar sobre a legitimidade desse *procedimento*.

Nessa visão, quanto mais aberto à participação social se mostrar o processo de interpretação e aplicação da Carta Política, mais consistentes e mais eficazes serão as decisões da jurisdição constitucional enquanto *respostas hermenêuticas* – temporalmente adequadas – às *perguntas* da Sociedade sobre o sentido, o alcance e a própria necessidade da sua Constituição.

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3. p. 38, 1961.

<sup>6</sup> A propósito do relevo institucional e do poder criador da jurisdição constitucional, afirmou Francisco Campos, em 2.4.41, na solenidade de abertura dos trabalhos do STF: “Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, *no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular*. O poder de especificar implica margem de opção tanto mais larga quanto mais lata, genérica, abstrata, amorfa ou indefinida a matéria de cuja condensação há de resultar a espécie”. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1942. p. 367: O Poder Judiciário na Constituição de 1937.

À luz dessas premissas, ninguém teria objeções, pelo menos em tese, às propostas de Peter Häberle para a construção de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, até porque – embora omitida qualquer relação de parentesco – elas se mostram essencialmente idênticas às *incômodas* e sempre *atuais* reflexões de Fernando Lassalle sobre a presença dos *fatores reais de poder* na vida das Constituições<sup>7</sup>.

Ocorre que uma simples leitura do extenso rol dos agentes que Peter Häberle reputa igualmente legitimados a interpretar a Constituição aponta, desde logo, para a necessidade de se *racionalizar* o processo de auscultação daquilo que têm a dizer esses *novos protagonistas* da interpretação constitucional<sup>8</sup>.

Caso contrário, isto é, se nos descuidarmos dessa exigência de racionalização, como o próprio Häberle reconhece – e a crítica tem apontado com frequência –, a exegese constitucional poderá *dissolver-se* num grande

<sup>7</sup> Em estudo a ser publicado brevemente sob o título *Konrad Hesse/Peter Häberle*: um retorno aos fatores reais de poder, tentaremos demonstrar que, a despeito de sua inegável importância, não são originais as idéias desse jurista sobre a necessidade de se abrir a interpretação da Constituição aos *agentes conformadores da realidade constitucional* ou às *forças produtivas de interpretação*. Na essência, como na forma, achamos que elas são *descendentes hermenêuticas* das reflexões de Lassalle sobre a *essência da Constituição*.

<sup>8</sup> Além dos *intérpretes oficiais* e à margem dos *procedimentos formalizados* de interpretação constitucional, Peter Häberle considera intérpretes igualmente legítimos da Constituição os agentes conformadores da realidade constitucional, que representam *forças produtivas de interpretação*, a saber: o recorrente e o recorrido, no recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*), enquanto agentes que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal Constitucional a tomar uma posição ou a assumir um *diálogo jurídico* (*Rechtsgespräch*); outros participantes do processo, que têm direito de se manifestar ou de integrar a lide, ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte; pareceristas ou experts; peritos e representantes de interesses; grupos de pressão organizados; a opinião pública democrática e pluralista e o processo político; a imprensa; os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada; as igrejas e as organizações religiosas; as associações de pais; as escolas da comunidade; os meios universitário, científico e artístico; a doutrina constitucional, por si e por sua atuação para tematizar a participação das outras forças produtoras de interpretação etc. Cf. *Hermenêutica Constitucional*, p. 20-22.

número de interpretações e de intérpretes, instaurando-se uma *babel hermenêutica* que, inevitavelmente, comprometerá a unidade e a força normativo-agregadora da Constituição.

Nessa linha de pensamento, não constituiria exagero dizermos que, levada a extremos, essa *dissolução hermenêutica* daria ensejo a conflitos entre a Carta Política e uma realidade *inconstitucional*, hipótese em que, via de regra, os *fatores reais de poder* acabam prevalecendo sobre o texto da *Constituição folha de papel*, que se torna perempta e, por isso, deve ser substituída por uma normatividade *circunstancialmente* adequada.

Conhecedor dessa realidade e sinceramente empenhado em modernizar a ordem jurídica do País – nesse propósito compreendida, obviamente, a *abertura racional* da nossa jurisdição constitucional –, o Ministro da Justiça constituiu uma grande comissão de juristas<sup>9</sup>, aos quais atribuiu a incumbência de formular estudos para a reforma das leis que dispõem sobre ação popular, ação civil pública, mandado de segurança e representação interventiva, assim como para elaborar projetos de lei sobre o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

Como resultado inicial dos trabalhos dessa comissão, foi apresentado anteprojeto de lei, cuja versão inicial esteve a cargo do renomado constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes, para regular o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Embora inspirada por aquele propósito modernizador, em cujo âmbito, insista-se, está inserida a necessidade de se promover, racionalmente, a *abertura hermenêutica* do modelo brasileiro de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, a proposta legislativa, nos termos em que foi enviada ao Congresso Nacional – *Projeto de Lei n.º 2.960, de 1997, do Poder Executivo* – acabou ficando aquém das expectativas, precisamente no que se refere ao *tamanho* da pretendida abertura.

<sup>9</sup> Sob a presidência do professor Caio Tácito, integram essa Comissão os juristas Ada Pellegrini Grinover, Álvaro Villaça de Azevedo, Antonio Herman Vasconcelos Benjamin, Carlos Alberto Direito, Gilmar Ferreira Mendes, Jmyr Dall'Agnol, Luiz Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas e Ruy Rosado de Aguiar Junior.

É que, atentos ao peso da *tradição*<sup>10</sup> e certamente contingenciados pela necessidade de obter o *nihil obstat* do STF, os redatores finais do projeto, mesmo tendo facilitado a consulta aos diferentes segmentos sociais interessados nas *respostas* da jurisdição constitucional, viram-se obrigados a limitar essa tomada de opiniões e, por via de consequência, também as *perguntas* destinadas a esclarecer o *sentido* da Constituição.

Com efeito, em clara oposição às idéias de *publicização* do processo de controle da constitucionalidade das leis – Peter Häberle, como vimos, preconiza uma visão *republicana* e *democrática* de interpretação constitucional –, o projeto preferiu prestigiar jurisprudência *regressiva* incorporada a norma simplesmente regimental do STF para, sem razão aparente, vedar a *intervenção de terceiros* na ação direta de inconstitucionalidade, assim como na ação declaratória de constitucionalidade, muito embora tal restrição não decorra da lei ou, mesmo indiretamente, do texto da Constituição.

Ao contrário, à luz da história da *ação direta* no direito brasileiro, parece que o certo seria liberalizar-se a sua propositura, pelo menos a partir da Carta de 1988, que rompeu com a tradição de se concentrar numa só pessoa – o Procurador-Geral da República – a prerrogativa de promover essa demanda constitucional perante o STF.

Pois bem, a despeito dessa opção conservadora e *não republicana* da interpretação constitucional, a proposta contém várias *aberturas hermenêuticas* – umas bem significativas, outras nem tanto – destinadas, todas, a conferir *um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade*.

Entre as aberturas, digamos, *menores*, o projeto permite que os autores constitucionalmente legitimados a instaurar esse tipo de processo (CF – artigo 103 *caput*, e § 4º) possam manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação, pedir a juntada de documentos que se considerem úteis para o exame da matéria, assim como apresentar memoriais.

<sup>10</sup> A respeito da *tradição*, como categoria hermenêutica, cumpre ter presente a advertência de Gadamer no sentido de que, embora deva olhar para o passado, o intérprete não pode ignorar-se a si mesmo, nem desprezar a concreta situação histórica em que se encontra. Cf. *Verdad y método*. Salamanca : Sígueme, 1993. v. 1, p. 396-401.

Tendo em conta que esses autores, a rigor, não podem ser considerados *terceiros interessados* – até porque, *por direito próprio*, têm legitimidade para propor diretamente a mesma ação ao invés de intervirem em demanda constitucional *alheia* –, é que nós consideramos *sem maior expressão* essa porta de acesso à relação processual constitucional. Pelo menos enquanto instrumento democratizador da *leitura* da Constituição.

Contra esse nosso entendimento, sustenta Gilmar Ferreira Mendes – com quem discutimos este e outros pontos do Projeto de Lei nº 2.960/97 – que essa abertura é muito mais significativa do que imaginamos e que a sua real dimensão somente será avaliada corretamente se tivermos presente o fato de que, sem a permissão criada pela citada proposta legislativa, os *demais* agentes indicados no art. 103 da Constituição não teriam *direito próprio* para intentar aquelas demandas constitucionais.

É que – prossegue o consagrado constitucionalista – sendo-lhes originariamente *alheias*, essas ações não poderiam ser propostas por autores *outros*, os quais, precisamente em razão dessa *estranheza*, não preencheriam o requisito da *relação de pertinência* que a Excelsa Corte, a despeito do caráter *impessoal* e *objetivo* desse tipo de demanda, tem exigido para conhecer da ação direta de inconstitucionalidade<sup>11</sup>.

Mesmo assim, nada nos garante que o STF, apesar ou por causa dessa abertura, não venha formular essa mesma exigência para que, nas ações diretas intentadas por terceiros, aqueles *outros* autores possam *manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, bem como apresentar memoriais*. Afinal de contas, dado o caráter relativamente aberto e indeterminado do conceito de *relação de pertinência*, parece não

<sup>11</sup> A propósito dessa exigência *criada* pelo STF, vale registrar a opinião do próprio Gilmar Ferreira Mendes: “Cuida-se de inequívoca *restrição* ao direito ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até pelo legislador ordinário. A *relação de pertinência* assemelha-se muito ao estabelecimento de de uma condição da ação – análoga, talvez, ao interesse de agir –, que *não decorre dos expressos termos da Constituição* e parece ser estranha à natureza do processo de controle de normas”. *Jurisdição Constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 142.

haver limites ao juízo de admissibilidade das cortes constitucionais.

Nossa experiência, no particular, não enseja muito otimismo, até porque continua válida a lição de Rui Barbosa, ministrada nos primórdios da República, de que o Supremo Tribunal Federal – como, de resto, todas as cortes constitucionais<sup>12</sup> – *é o único juiz da sua própria autoridade*.

Bem mais significativa do que a mencionada *fenda hermenêutica*, embora vocacionada para produzir resultados apenas por via indireta, afigura-se a faculdade conferida ao relator para, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar peritos para emitirem parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Nessa mesma linha, embora com um grau de importância bem mais elevado, é de se considerar a permissão, igualmente concedida ao relator, para solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada.

Imaginando-se a riqueza das informações que essas instâncias de decisão poderão transmitir ao Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação da norma questionada – não nos esqueçamos de que *interpretar é sempre também aplicar*<sup>13</sup> –, devemos esperar que a nossa Corte Suprema, explorando todas as virtualidades dessas aberturas procedimentais, venha a ampliar consideravelmente o seu *horizonte de compreensão* e, por via de consequência, a decidir melhor as demandas constitucionais.

Noutras palavras, se tirar todo o proveito do quanto lhe poderão proporcionar esses privilegiados sensores sociais, o STF enriquecerá a interpretação constitucional pela reintegração entre *fato e norma*, entre domínio normativo e programa normativo, entre realidade constitucional e texto constitucional, reintegração que se faz tanto mais necessária quanto sabemos que esses elementos se implicam e se exigem reciprocamente, como condição de possibilidade da *compreensão*, da *interpretação* e da *aplicação* de qualquer modelo jurídico.

<sup>12</sup> Vide Notas 5 e 6.

<sup>13</sup> *Gadamer*, op. cit., p. 380.

De resto – como lembraram, com toda a pertinência, os próprios autores dessa proposta legislativa – a controvérsia constitucional não configura uma simples *questão jurídica* de aferição da legitimidade da lei em face da Constituição. Muito mais complexa do que uma *asséptica* comparação *lei com lei*, a questão constitucional, até mesmo pelas consequências do seu desfecho, exige um acurado cotejo entre a *norma* e a *situação normatizada*, porque sem o exame dos  *fatos* nada nos dizem as *formalizações jurídicas*<sup>14</sup>.

Noutros termos, porque o *programa normativo* e o *domínio normativo* se implicam e se exigem reciprocamente, com intensidade tamanha que *um só é o que é enquanto o é para o outro* – tal como se vinculam *sujeito e objeto* na relação do conhecimento –, a correlação *fato-norma* é da própria essência do direito, que só é o que é enquanto se manifesta como ordenação *jurídica* da vida *social*.

Igualmente significativa se mostra a possibilidade de que – atento à relevância da matéria e à representatividade dos postulantes –, o relator possa autorizar que qualquer outro órgão ou entidade se manifeste no processo na condição de *amicus curiae*<sup>15</sup> e, por essa forma, venha a contribuir para que o Tribunal decida as questões constitucionais *com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões*.

<sup>14</sup> A propósito, observa Karl Larenz, na linha do pensamento de Martin Kriele, que não se pode interpretar nenhum texto jurídico senão confrontando-o com problemas jurídicos *concretos*, reais ou imaginários, isto é, com soluções que se procuram para os casos ocorrentes, porque somente na sua aplicação aos casos e na concretização, que assim necessariamente se processa, é que se revela, completamente, o conteúdo significativo de uma norma e esta cumpre a a sua função de regular situações concretas. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa : Gulbenkian, 1978. p. 396.

<sup>15</sup> Conforme o *Law Dictionary*, de Steven H. Gifis, Woodbury : Barron's Educational Series, 1975. p. 11-12, *Amicus Curiae* é o amigo da corte, aquele que lhe presta informações sobre matéria de direito, objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção da corte para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe à atenção. Um memorial de *amicus curiae* é a peça produzida por quem *não* é parte numa ação, com vistas a auxiliar a corte, com informações necessárias, para que ela possa tomar uma decisão correta ou com vistas a advogar um determinado resultado em nome de interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pela solução da disputa.

Muito embora o projeto faça do *relator* o juiz exclusivo da conveniência e da oportunidade dessas manifestações, só o fato de ensiná-las já representa significativo avanço, sobretudo num contexto de restrições crescentes e sistemáticas, em que sempre se proclamou o caráter reconhecidamente *objetivo* do processo de controle de constitucionalidade em *abstrato* para estreitar os limites das controvérsias constitucionais e, por essa forma, descartar tudo quanto, *subjetivamente*, pudesse dificultar a leitura *oficial* da Constituição.

A propósito, registre-se que mesmo depois de ampliado o número dos autores legitimados a instaurar o contencioso de constitucionalidade na via da *ação direta* – ou até mesmo por causa dessa ampliação –, embora sem apoio visível na Constituição, ou sequer em norma legal, o Supremo Tribunal Federal continuou restringindo o acesso da cidadania a esse modo expedito de provocar a jurisdição constitucional<sup>16</sup>.

Admitida, pela forma indicada, a presença do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, não apenas se reitera a impessoalidade da *questão constitucional*, como também se evidencia que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa *objetivamente* a todos os indivíduos e grupos sociais, até porque ao *esclarecer* o sentido da Carta Política, as cortes constitucionais, de certa maneira, acabam *reescrevendo* as constituições.

Nessa perspectiva, se é verdade que os autores ingleses consideram os *statutes* do seu Parlamento como *erratas* e *adendas* do *common law*, não seria exagerado dizermos que, à luz da experiência da jurisdição constitucional, os julgados das cortes que a exercem têm funcionado como *correções* e *acréscimos* no texto das Constituições.

Finalmente, o avanço mais significativo, consubstanciado no artigo 27 do projeto:

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista razões de *segurança jurídica* ou de *excepcional interesse social*, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos dessa declaração ou

decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Com essa fórmula, inspirada imediatamente na Constituição Portuguesa de 1976, mas historicamente amadurecida na experiência da nossa jurisdição constitucional, tem-se em mira atenuar as conseqüências das declarações de inconstitucionalidade, em ordem a impedir que, por amor aos *princípios*, os juízes acabem contrariando a *natureza das coisas*, desnecessariamente aliás, porque *a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo*, como bem salientaram os autores do projeto.

Conscientes da *gravidade* e do *risco* de se atribuir semelhante prerrogativa a um tribunal – mesmo que essa corte seja o Supremo Tribunal Federal –, *gravidade* e *risco* que se potencializam pelo caráter aberto e indeterminado dos conceitos de *segurança jurídica* e de *excepcional interesse social*, cuidaram os idealizadores da proposta de justificá-la à exaustão, certamente atentos à advertência de que o abandono dos precedentes exige não apenas a *explicação ordinária* das razões de fato e de direito que fundamentaram essa mudança de posição, como também uma *justificação adicional* dos motivos que levaram o intérprete a se afastar do critério anterior<sup>17</sup>.

Afinal de contas, sempre se entendeu que uma lei declarada inconstitucional *não é lei de forma alguma* e, por isso, há de ser tida como *nula e de nenhum efeito*... Então, por que mudar? Por que abandonar esse velho e confortável entendimento, que tem a seu favor argumentos lógicos da maior consistência? Por que, enfim, preservar situações que se criaram ao abrigo de normas sabidamente inconstitucionais?

Simplesmente porque assim o exige a *natureza das coisas* e porque *a vida do direito não tem sido lógica, tem sido experiência*...

Pela radical mudança de perspectiva consubstanciada nessa ousada proposta, é de se considerar que aí se encontra a maior e a mais importante abertura em nosso processo de controle abstrato de constitucionalidade, porque dará ensejo a que o Supremo Tribunal

<sup>16</sup> Sobre a jurisprudência de *não-conhecimento* das ações diretas de inconstitucionalidade de iniciativa das confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, IX), na mesma linha do comentário registrado anteriormente (Nota 11), merece registro a *avaliação crítica* de Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 138-145.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, : Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 265; AULIS, Arnio. *Lo racional como razonable*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 260; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid : Tecnos, 1993. p. 39-40.

Federal – alertado sobre todas conseqüências das suas decisões – venha a adotar, sem contorcionismos, uma realística *jurisprudência de resultados*, assumidamente inspirada nos valores da *segurança jurídica* e do *interesse social*, que são congêntos à idéia de direito.

Concluindo, muito embora não tenhamos ido tão longe quanto desejávamos, o Projeto de

Lei nº 2.960/97 já representa um significativo avanço para a *publicização* e a *democratização* do modelo brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

Convertido em lei, depois de aperfeiçoado pelo Congresso Nacional, não temos dúvida de que abrirá caminho para a construção da nossa *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*.

# A disponibilidade remunerada dos servidores públicos à luz da Constituição de 1988

GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA

## SUMÁRIO

*1. Considerações iniciais. 2. A disponibilidade no direito positivo brasileiro. 2.1. O histórico constitucional do instituto. 2.2. A disponibilidade na Constituição de 1988. 2.3. O tratamento na legislação federal. 3. A natureza jurídica da disponibilidade. 4. Disponibilidade e estabilidade. 4.1. Disponibilidade e vitaliciedade. 5. Extinção e declaração de desnecessidade de cargos públicos. 6. O afastamento do servidor em disponibilidade. 7. A remuneração na disponibilidade. 7.1. A posição do Supremo Tribunal Federal. 7.2. As vantagens excluídas dos vencimentos de disponibilidade. 8. A figura do aproveitamento. 9. Disponibilidade e Reforma Administrativa. 10. Conclusões.*

## 1. Considerações iniciais

Prevista no parágrafo 3º do artigo 41 da atual Constituição brasileira, a disponibilidade remunerada dos servidores públicos tem tradicionalmente recebido do legislador pátrio um tratamento variado e não poucas vezes desarmonico em face de sua natureza jurídica.

Talvez por esse motivo, doutrina e jurisprudência apresentem-se tão oscilantes ao se apreciar o instituto, acarretando inúmeras dificuldades àqueles que, notadamente na esfera administrativa, devem conferir aplicabilidade à disponibilidade. É preciso esclarecer que as dúvidas suscitadas não se referem unicamente ao aparato normativo que a regulamenta, mas estão voltadas à compreensão da real vocação e dos principais aspectos que envolvem a disponibilidade dos servidores públicos.

O crescente interesse na matéria justifica-se, de um lado, em razão do incessante movimento de desestatização e do profuso emprego das concessões e permissões como formas de descentralização de serviços públicos. É que,

Gustavo Henrique Justino de Oliveira é Procurador do Estado do Paraná e Mestrando em Direito do Estado na Faculdade de Direito da USP.

Prêmio Miguel Seabra Fagundes, outorgado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), no concurso de monografias do XI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo (Vitória, 30.10 a 2.11.97). Ao trabalho original foram acrescentados itens relativos à evolução constitucional e legislativa do instituto.

como reflexo da disseminação dos diversos meios de parceria entre o poder público e os particulares, grande número de cargos foram declarados desnecessários ou extintos. De outro lado, as dificuldades financeiras enfrentadas pelas administrações públicas de todas as esferas federativas colocaram a disponibilidade em evidência, encarada como uma solução capaz de abrandar a situação deficitária dos cofres públicos, pois a remuneração dos servidores passaria, em tese, a ser proporcional ao tempo de serviço.

No entanto, as propostas de alteração do texto constitucional na parte concernente à Administração Pública, formuladas pelo Governo Federal e inicialmente descritas no *Plano-Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, têm o condão de conferir novos contornos à disponibilidade dos servidores públicos.

A partir da vigente Carta Magna e das disposições legais pertinentes, com suporte nas posições doutrinárias e decisões judiciais mais significativas, procurar-se-á examinar alguns dos pontos controvertidos do instituto. Logo após, será apresentada a síntese das inovações sugeridas na Proposta de Emenda à Constituição nº 173-A/95, na parte referente à disponibilidade, seguida das conclusões finais do trabalho.

## 2. A disponibilidade no direito positivo brasileiro

### 2.1. O histórico constitucional do instituto

As duas primeiras Constituições da República silenciaram acerca do instituto da disponibilidade. No entanto, é importante notar que a Carta de 1934, em seu artigo 169<sup>1</sup>, foi a responsável pela inserção, em nosso Ordenamento, da garantia da estabilidade dos servidores públicos.

É com caráter abertamente sancionatório que a disponibilidade remunerada do servidor público aparece na realidade constitucional brasileira, no artigo 157 da Carta de 1937<sup>2</sup>. Nesse

<sup>1</sup>“Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e no qual lhes será assegurado plena defesa”. Cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República do E.U. do Brasil*. Rio de Janeiro : Guanabara, 1934. v. 2.

<sup>2</sup> O artigo indigitado estipulava que “poderá ser posto em disponibilidade, com vencimentos propor-

período, também as figuras da aposentadoria e da reforma (para servidores civis e militares, respectivamente) eram empregadas pela Administração como formas de punição disciplinar, em conformidade com o disposto no artigo 177 do Texto Constitucional aludido.

Todavia, foi a Constituição de 1946 que outorgou à disponibilidade as notas hoje tidas como essenciais a esse instituto, ao prescrever no parágrafo único do artigo 189 que

“extinguindo-se o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava”.

Eis a gênese constitucional da concepção garantista da disponibilidade, imediatamente relacionada à estabilidade conquistada pelos titulares de cargos públicos após o interstício de dois anos de exercício, desde que nomeados mediante aprovação em concurso público (artigo 188, inciso I)<sup>3</sup>. Cumpre aduzir que, na expressão concebida por Caio Tácito, o preceito do Texto Constitucional de 1946 “era neutro quanto ao valor dos proventos”<sup>4</sup>.

A Carta de 1967 consolida a natureza jurídica do instituto ditada pela Constituição precedente, acrescentando o critério da integralidade da remuneração do servidor público colocado em disponibilidade, nos moldes do § 2º do artigo 99.

Entretanto, o artigo 6º do Ato Institucional nº 5, de 13.12.68, determinou que o ato de disponibilidade possibilitaria “vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço”. Em decorrência da alteração proposta e por imposição do Ato Complementar nº 40, de 30.12.68 (ratificado pelo artigo 3º do Ato Institucional nº 6, de 1º.2.69)<sup>5</sup>, inseriu-se a declaração de

cionais ao tempo de serviço, desde que não caiba no caso a pena de exoneração, funcionário civil que estiver no gozo das garantias de estabilidade, se, a juízo de uma comissão disciplinar nomeada pelo ministro ou chefe de serviço, o seu afastamento do exercício for considerado de conveniência ou de interesse público”.

<sup>3</sup> Em decorrência do artigo 188, inciso II, a estabilidade era igualmente conquistada por aqueles servidores não nomeados por concurso público, mas após cinco anos de desempenho de suas atividades.

<sup>4</sup> A disponibilidade na Constituição de 1988 : parecer. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 95, out./dez. 1990.

<sup>5</sup> Insta destacar que no período ditatorial um ato complementar tinha o condão de sustar a eficácia de um preceito da Constituição, o qual, nominal-



desnecessidade do cargo como motivo a ensejar a disponibilidade do servidor, sem a obrigatoriedade de aproveitamento.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.69, o instituto volta a ter um caráter de punição disciplinar. Consagradas as mudanças previstas nos diplomas ditatoriais elencados, a disponibilidade dos servidores públicos passa a ser prevista no parágrafo único do artigo 100, segundo o qual “extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço”.

## 2.2. A disponibilidade na Constituição de 1988

Não seria incorreto sustentar que o legislador constituinte de 1988 buscou inspiração na Carta de 1946 no que tange ao tratamento constitucional da disponibilidade remunerada.

Reintroduzindo claramente a função garantista do instituto, o § 3º do artigo 41 da Lei Maior, ao determinar que “extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo”, concede um forte instrumento de proteção ao servidor público que adquiriu a estabilidade, nos moldes do *caput* do mesmo artigo 41.

Com efeito, além de afastar a utilização do instituto para fins sancionatórios<sup>6</sup>, a Constituição de 1988 deixa claro ser a disponibilidade “autêntica garantia do servidor público estável”, pois na hipótese de extinção ou declaração de desnecessidade do cargo do qual o mesmo é titular, haverá a obrigatoriedade de preservação do vínculo por ele mantido com a Administração Pública. Outra não é a ilação que emana da cristalina dicção do § 1º do artigo 41, em razão do qual “o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa”.

A exemplo do ocorrido na Constituição de 1946, não é possível encontrar na Constitui-

---

mente, continuava em pleno vigor. Essas alterações eram corroboradas pelos atos institucionais, que conferiam nova redação aos dispositivos constitucionais.

<sup>6</sup> Em face do disposto no artigo 93, inciso VIII, da Constituição em vigor, a disponibilidade permanece em nosso Ordenamento como medida disciplinar quando aplicada aos magistrados. A questão será aprofundada no item 4.1.

ção vigente um dispositivo expresso acerca do critério – se integral ou proporcional ao tempo de serviço – da remuneração do servidor público colocado em disponibilidade. Insta perquirir se o legislador ordinário, ou mesmo o constituinte estadual, teria amplos poderes para optar por uma ou outra forma de cálculo, ou, por outro lado, do próprio Texto Constitucional afloraria a integralidade ou proporcionalidade dos valores a serem pagos ao servidor disponível.

Finalmente, há uma situação inovadora e bastante peculiar, elencada no § 2º do artigo 41. Diante da reintegração de servidor público estável, motivada pela decretação judicial de invalidade de sua demissão, o eventual ocupante da vaga será reconduzido ao cargo originário (sem direito à indenização) ou aproveitado em outro cargo. Em não sendo viável a adoção das medidas arroladas, o “eventual ocupante da vaga” deverá ser posto em disponibilidade remunerada.

## 2.3. O tratamento na legislação federal

A evolução do tratamento legislativo concedido à disponibilidade dos servidores públicos obviamente guarda identidade com o panorama constitucional apresentado.

Editado à luz da Constituição de 1937, o Decreto-Lei nº 1.713, de 28.10.39, (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União) reflete o teor predominantemente punitivo da disponibilidade. Embora admita que o servidor seja colocado em disponibilidade, por intermédio de decreto, quando seu cargo tenha sido suprimido por lei, inexistindo possibilidade do aproveitamento de seu titular em outro cargo equivalente (art. 193, inciso II), estipula a mesma providência quando “tendo adquirido estabilidade, o seu afastamento for considerado de conveniência do interesse público e não couber demissão” (art. 193, inciso I). O afastamento do servidor era atribuição de uma comissão disciplinar, designada pelo Ministro de Estado (art. 193, parágrafo único). A retribuição pecuniária haveria de ser proporcional ao tempo de serviço e calculada na razão de um trinta avos por anos de serviço público, *não devendo, porém, ser inferior a um terço do vencimento ou remuneração da atividade* (art. 194).

O Estatuto dos Funcionários instituído pela Lei federal nº 1.711, de 28.10.52, declarava que na hipótese de extinção do cargo, seu ocupante ficaria em disponibilidade, percebendo os mesmos valores referentes ao vencimento ou re-

muneração, permanecendo nessa situação “até seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimento compatível com o que ocupava” (art. 174, *caput*). Estipulava que “restabelecido o cargo, ainda que modificada sua denominação, será obrigatoriamente aproveitado nele o funcionário posto em disponibilidade quando da sua extinção” (art. 174, parágrafo único).

Sob a égide da Constituição de 1967, regulamentando o preconizado pelo art. 99, § 2º, com a redação original alterada pelo AC nº 40/69 e AI nº 6/69, foi editado o Decreto-lei nº 489, de 4.3.69. A remuneração era proporcional ao tempo de serviço, “na razão de trinta e cinco avos por ano de serviço, se do sexo masculino, ou de um trinta avos, se do sexo feminino, acrescidos dos adicionais por tempo de serviço, à data da vigência deste decreto-lei” (art. 3º). Com o advento da Lei federal nº 6.943, de 14.09.81, o *caput* do art. 1º assegurava aos servidores aposentados ou postos em disponibilidade, com proventos proporcionais, retribuição básica nunca inferior a 90% (noventa por cento) do maior salário mínimo vigente no País.

O texto primitivo da Medida Provisória nº 150, de 15.3.90, pretendeu dar, a partir do inciso IV do artigo 28, nova disciplina ao instituto da disponibilidade, estabelecendo a proporcionalidade da remuneração. No processo de conversão da medida provisória na Lei nº 8.028, de 12.4.90, o critério proporcional da retribuição foi suprimido. O Decreto nº 99.251, de 11.5.90 foi editado em seguida, e imediatamente revogado pelo de nº 99.256, de 15.5.90. Com propósito idêntico, posteriormente foi expedido o Decreto nº 99.300, de 15.6.90, o qual teve declarada pelo Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 313-DF. *RTJ*, nº 137,984) a inconstitucionalidade de seus artigos 1º e 2º.

Atualmente aplica-se à matéria os artigos 30 a 32 da Lei federal nº 8.112, de 11.12.90, (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União), diploma que permaneceu silente em relação ao critério da remuneração da disponibilidade.

### 3. A natureza jurídica da disponibilidade

É a disponibilidade remunerada uma *garantia especial do servidor público estável* e não mera vantagem, prerrogativa ou benefício funcional. Portanto, toda e qualquer construção teórica a respeito de sua natureza jurídica

não pode desconsiderar o fato, e isso com suporte no Texto Constitucional de 1988, de tratar-se a disponibilidade de uma manifestação e dimensão da estabilidade<sup>7</sup>.

Como regra geral, o servidor aprovado em concurso público regular, após o cumprimento do estágio probatório, adquire a estabilidade no serviço público e, por via de consequência, tem assegurado constitucionalmente o direito de não ser excluído dos quadros de pessoal, em virtude da extinção do cargo ou da declaração de sua desnecessidade. Cabe aduzir que o Supremo Tribunal Federal, a partir de uma interpretação lógico-sistemática do Texto Constitucional, com a observância conjunta do disposto nos artigos 37 e 41, bem como do artigo 19 do ADCT, estendeu a garantia da disponibilidade remunerada aos ocupantes de empregos públicos, desde que estáveis (MS 21.236-5-DF. *DJU*, 25 ago.1995, *RT*, n. 722, p. 347).

A doutrina brasileira há muito procura imprimir ao regime decorrente da disponibilidade um tratamento similar àquele da inatividade definitiva, ou seja, da aposentadoria. Tal assertiva pode ser comprovada em face da definição formulada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem é a disponibilidade “a garantia de inatividade remunerada, assegurada ao servidor estável, em caso de ser extinto o cargo, ou declarada a sua desnecessidade”<sup>8</sup>.

Embora a realidade do servidor disponível encontre-se bastante próxima daquela presenciada pelo servidor aposentado, demonstra-se contraproducente nivelar as duas situações, com os objetivos de (i) propiciar a extensão à disponibilidade dos parâmetros axiológicos fixados para a aposentadoria e (ii) intentar uma suposta aplicação analógica da normatização destinada à aposentadoria.

Convém advertir que, se utilizada a disponibilidade para fazer as vezes de sanção disciplinar – ressalvada a previsão constitucional atinente aos magistrados – ou ainda para a ou-

<sup>7</sup> Sérgio de Andréa Ferreira assevera ser a disponibilidade “o desdobramento da garantia da estabilidade, quando o interesse público exige alterações nos quadros funcionais e na organização administrativa, cuja mutabilidade é atributo que lhe é ínsito, e realidade inexorável” (*Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1991. v. 3, p. 480).

<sup>8</sup> Embora refira-se textualmente à *garantia*, registra ser a disponibilidade um dos direitos – ao lado da reintegração e do aproveitamento – decorrentes da estabilidade. *Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo : Atlas, 1996. p. 378.

torga, por parte de uma autoridade administrativa, de um “privilégio” a servidores de uma dada carreira –, ou seja, o incentivo de uma despropositada e imoral “ociosidade remunerada” –, configurada estará a ilegal e ilegítima aplicação do instituto, fato que acarretará sua invalidação.

#### 4. Disponibilidade e estabilidade

José Afonso da Silva sustenta ser a disponibilidade remunerada um *efeito* decorrente, não somente da estabilidade dos servidores, mas também da vitaliciedade adquirida por magistrados, membros de Tribunal de Contas e do Ministério Público, em virtude da própria natureza dos cargos dos quais sejam titulares<sup>9</sup>.

Preenchidas as condições eleitas pelo legislador constituinte como as necessárias para a conquista da estabilidade (artigo 37, notadamente incisos I e II; artigo 41, *caput*), ao servidor é concedido o direito de permanência no serviço público. Porém estabilidade não implica proibição do desfazimento do vínculo mantido pelo *servidor estável* com a Administração Pública. Ao contrário, exige a “definição de critérios objetivos e impessoais para que o servidor seja afastado de suas funções”<sup>10</sup>. Em razão do disposto no § 2º do art. 41 da Lei Maior a demissão ocorrerá tão-somente mediante sentença judicial transitada em julgado ou após processo administrativo em que lhe seja garantida a ampla defesa.

É sabido que a Constituição de 1988 instituiu no *caput* do artigo 41 a *estabilidade ordinária*, que não prescinde do atributo da *efetividade* (artigo 37, inciso II), ou seja, da nomeação para cargo cujo provimento a lei estabeleça ser levado a efeito mediante a aprovação em concurso público. A efetividade permite a continuidade do titular do cargo no desempenho

<sup>9</sup> No primeiro caso, seria a disponibilidade reflexo da extinção ou da declaração de desnecessidade do cargo, até o adequado aproveitamento do servidor; no segundo, adviria tão-somente da extinção do cargo do titular. Em ambas as hipóteses, entretanto, o autor reputa serem devidos *vencimentos integrais*. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 582.

<sup>10</sup> MELLO, Magno Antônio Correia de. *Burocracia, modernidade e reforma administrativa*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996. p. 52. Explicitando, assevera o autor que a “estabilidade não é, assim, a inviabilização da despedida, mas sua subordinação a critérios previamente definidos” (Ibidem).

das funções a ele inerentes<sup>11</sup>. Todavia, independentemente de *efetividade*, o *caput* do artigo 19 do ADCT criou a rotulada *estabilidade extraordinária*. Os servidores ali elencados não são considerados titulares dos cargos que ocupam, mas gozam de uma estabilidade especial no serviço público. A despeito da ausência de efetividade desses servidores (esta poderá ser adquirida posteriormente, *ex vi* do § 1º do artigo 19 do ADCT), conclui-se que a garantia da disponibilidade destina-se igualmente a eles, pelo simples fato da própria Constituição tê-la jungido, e isto de modo expresso, à *estabilidade*, e não à *efetividade*<sup>12</sup>.

Por outro lado, cumpre assinalar que a situação de disponibilidade prevista no § 2º do artigo 41 da Lei Maior excepciona a regra geral inserida no § 3º do mesmo dispositivo e deve ser interpretada diferentemente<sup>13</sup>. Assim, se o *eventual ocupante* do cargo a ser novamente preenchido pelo servidor reintegrado por via judicial ainda estiver cumprindo o biênio referente ao estágio probatório, e não puder ser reconduzido ao cargo de origem ou aproveitado em outro cargo, também deverá ser posto em disponibilidade. Configurando hipótese distinta daquelas concebidas pelo constituinte como determinantes do fenômeno da disponibilidade remunerada – extinção ou declaração de desnecessidade do cargo – ainda que não

<sup>11</sup> Está registrado em recente julgado do Supremo Tribunal Federal: “Não há que confundir efetividade com estabilidade. Aquela é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação; a estabilidade é aderência, é integração no serviço público, depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, e adquirida pelo decurso de tempo” (2ª T. Recurso Extraordinário nº 167.635-PA. Relator Ministro Mauricio Correa, DJU, p. 1.355, 7 fev. 1997). No mesmo sentido, STJ. 2ª T. ROMS nº 663-RN. Relator Ministro Vicente Cernicchiaro. DJU, p. 15.350, 17 dez. 1990.

<sup>12</sup> Para Adilson Abreu Dallari, “só tem direito à disponibilidade quem for estável, sendo irrelevante a circunstância de ser ou não efetivo” (*Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 96). Ligando a disponibilidade à efetividade, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1990. v. 1, p. 273.

<sup>13</sup> Estipula o § 2º do artigo 41: “Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade”.

estável, no caso previsto no § 2º do artigo 41 o servidor não poderá ser demitido. Logo, em que pese a sua não-estabilização no serviço público, a disponibilidade remunerada do mesmo, a qual rotula-se *especial*, seria absolutamente legítima<sup>14</sup>.

#### 4.1. Disponibilidade e vitaliciedade

No que tange à vitaliciedade, atributo intrínseco a determinados cargos públicos, a disponibilidade há de ser apreciada sob dois diferentes aspectos. Inicialmente, é preciso salientar que o agente público vitalício (melhor seria dizer *vitaliciado*) perde o cargo tão-somente por intermédio de sentença judicial transitada em julgado (CF, art. 95, inciso I e art. 128, § 5º, inciso I, *a*). Concorde-se com a posição de José Afonso da Silva, para quem o reiteradamente mencionado § 3º do artigo 41 da Lei Maior aplica-se também aos servidores vitalícios<sup>15</sup>. Sem embargo, no Recurso Extraordinário nº 164.817-RJ (*DJU*, p. 19.303, 5. ago. 1994), o Supremo Tribunal Federal analisou pretensão de Conselheiro de Contas dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro, em disponibilidade em razão da extinção desse órgão, direcionada a seu aproveitamento em vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado. O Excelso Pretório concluiu ter o artigo constitucional indigitado como destinatário unicamente

“o servidor estável, não se podendo aplicar por analogia por constituir, no sistema constitucional, exceção à vedação da forma de investidura derivada como é o aproveitamento, em face da exigência do concurso público, nos termos do inciso II do artigo 37 da Carta Magna”<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Defendendo entendimento diverso, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que o § 2º do artigo 41 há de ser interpretado frente ao parágrafo que lhe precede. Ademais, durante o estágio probatório o servidor é avaliado pela administração, a qual, antes da conclusão do biênio, não teria condições de afirmar ser o mesmo detentor das qualidades suficientes para a permanência no serviço público.

<sup>15</sup> Em aresto peculiar, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná assegurou a subsistência do ato de nomeação de auditor da Corte de Contas Paranaense vitaliciado, ressaltando que o mesmo, em virtude de estar o aludido cargo ocupado por outrem, ficaria em disponibilidade remunerada, com proventos integrais (Mandado de Segurança nº 35.304, Órgão Especial. Relator: Desembargador Cordeiro Machado, *DJ*, 18 abr. 1991).

<sup>16</sup> No mesmo sentido, STJ. 2ª T. ROMS. nº 1.730-RJ, Relator: Ministro Hélio Mosimann, *DJU*,

Todavia, além do caráter garantista da disponibilidade, a mesma figura assume feições punitivas, e isso em função do disposto no artigo 93, inciso VIII da Constituição de 1988. Ao lado da remoção e da aposentadoria, os magistrados podem ser colocados em disponibilidade “por interesse público”, após decisão tomada por dois terços do respectivo Tribunal, garantida a ampla defesa. O processo correspondente à decretação da disponibilidade como pena disciplinar vem previsto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar nº 35, de 14.3.79 – notadamente nos artigos 27, 28, 42, inciso IV, e 46<sup>17</sup>. Por sua conotação punitiva, a remuneração é proporcional ao tempo de serviço (artigo 45, inciso II)<sup>18</sup>.

#### 5. Extinção e declaração de desnecessidade de cargos públicos

Os quadros de pessoal da Administração Pública são criados e organizados visando atender, em um dado momento, uma necessidade específica da comunidade, servindo, assim, de instrumental para a prestação de serviços públicos. No entanto, alterações são passíveis de ocorrer, uma vez que determinada atividade pode deixar de ser qualificada como serviço público, ensejando o esvaziamento das atribuições inerentes a um cargo público isolado, ou ainda tornar desnecessária a manutenção de toda uma categoria de servidores. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “o interesse público é a única razão na existência de um cargo público; vale dizer, deixando de existir tal in-

p. 453, 1º fev. 1993. Destoando da posição apresentada, embora julgado em face da Constituição de 1946, STF. Recurso Extraordinário nº 64.526, Relator: Ministro Thompson Flores, *DJU*, p. 5.847, 5 dez. 1960. Contudo, insta observar que a Carta de 1988 admite a disponibilidade de membros da Magistratura e do Ministério Público, respectivamente nos arts. 95, parágrafo único, inc. I, e 128, § 5º, inc. II, *d*.

<sup>17</sup> No ROMS nº 7.012-RS, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a recepção da Lei Complementar nº 35/79 pela Constituição vigente, afirmando que a disponibilidade dos magistrados, nesse caso específico, constitui-se em uma “limitação à garantia da vitaliciedade” (Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. *DJU*, p. 50.748, 16 dez. 1996).

<sup>18</sup> Sustentando que a hipótese de proporcionalidade estaria restrita aos magistrados, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 401.

teresse, não há motivo para mantê-lo<sup>19</sup>.

Exemplificando, o interesse público pode direcionar-se à descentralização de determinado serviço, hoje uma constante na busca dos novos contornos do Estado Contemporâneo, levando à declaração de desnecessidade dos cargos a esse serviço relacionados, podendo resultar ainda na extinção dos mesmos<sup>20</sup>. Pode inclusive ser decorrência de uma racionalização das atividades estatais, em face do preceito constitucional insculpido no artigo 169, combinado com o artigo 38 do ADCT.

Logo, parece correto sustentar que

“extingue-se o cargo que se mostrar definitivamente dispensável, supérfluo ou inconveniente à finalidade pública, e declara-se desnecessário o cargo que se apresentar nessas condições, apenas temporariamente, com perspectivas de recobrar sua finalidade após o decurso de determinado lapso de tempo”<sup>21</sup>.

Encontram-se no Texto Constitucional regras expressas atinentes à competência para a extinção de cargos públicos. Extensivamente, esses comandos constitucionais podem ser aplicados à declaração de desnecessidade. A regra geral está inserida no art. 48, inciso X, reservando-se ao Congresso Nacional a atribuição legislativa para dispor sobre a “criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas”. Com relação aos cargos públicos federais do Poder Executivo, cabe privativamente ao Presidente da República prover e extinguir-los, *na forma da lei* (art. 84, inciso XXV)<sup>22</sup>. A mesma sistemática há de ser segui-

<sup>19</sup> *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 212.

<sup>20</sup> Nos casos de descentralização de serviços públicos o caminho mais correto encontra-se na declaração de desnecessidade do cargo. É que, durante o prazo de duração do contrato, poderá ocorrer a extinção da concessão, pelo advento de quaisquer das hipóteses elencadas no art. 35, da Lei federal nº 8.987, de 13.2.95, devendo a Administração revitalizar o cargo.

<sup>21</sup> MELLO, Célia Cunha. Extinção e declaração de desnecessidade de cargo público. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 11, n. 7, p. 385, jul. 1995.

<sup>22</sup> Quanto à extinção dos cargos do legislativo, a Lei Maior confere competência privativa à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, respectivamente, nos artigos 51, inc. IV e 52, XIII. Por seu turno, o art. 96, inc. II, b, outorga legitimidade ao STF, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça para propor ao respectivo Poder Legislativo a extinção

da, por coerência, no âmbito estadual e municipal.

Registrada a competência para proceder à extinção ou declaração de desnecessidade do cargo, emerge a problemática da forma pela qual devem revestir-se esses provimentos. Pelo princípio do paralelismo ou homogeneidade das formas, sendo os cargos criados por lei, por lei devem ser extintos<sup>23</sup>. Há opiniões, no entanto, que apontam para a necessidade de uma lei que estipulasse previamente parâmetros objetivos não somente para a extinção, mas sobretudo para a declaração de desnecessidade de cargos<sup>24</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, reformulando tendência apresentada no julgamento da ADIn nº 313-5-DF (liminar. *RTJ*, n. 137, p. 519; mérito, *RTJ*, n. 137, p. 984), decidiu “que a extinção do cargo e a declaração de sua desnecessidade decorrem de juízo de conveniência e oportunidade formulado pela Administração pública, prescindindo da edição de lei ordinária que as discipline” (MS nº 21.227. j. 5. ago. 1993. *RDA*, n. 195, p. 51)<sup>25</sup>. Consolidando essa orientação, no Recurso Extraordinário nº 141.571-PR (*DJU* p. 30.601, 22 set. 1995) foi declarada a auto-aplicabilidade da regra constitucional inserida no § 3º do art.

de cargos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados.

<sup>23</sup> O Decreto-Lei nº 489/69 estabelecia que a extinção de cargo, na administração direta, deveria ser levada a efeito por intermédio de lei; a extinção de cargos na administração indireta, bem como a declaração de desnecessidade de cargos, em qualquer caso, far-se-ia por “ato do Poder Executivo” (art. 1º, § 2º). Pela vigência do diploma federal, em virtude de sua compatibilidade com a Carta de 1988, conferir TÁCITO, Caio. A disponibilidade na Constituição de 1988 : parecer. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 96-98, out./dez. 1990. Em defesa da não recepção pelo atual Texto Constitucional, apreciar o voto do Ministro Paulo Brossard, Relator da ADIn 313-5-DF. *RTJ*, nº 137, p. 1003, o qual sustenta que o Decreto “visava regular a disponibilidade punitiva, introduzida após o AI-5 pelo Ato Complementar n. 40, ratificado pelo AI-6”.

<sup>24</sup> É o entendimento de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 103 e DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 101.

<sup>25</sup> No mesmo sentido, MS nº 21.236-5-DF. 20 de abril de 1995. *RT*, n. 722, p.347.

41, bem como reconhecidos como destinatários da norma os servidores do Legislativo, Executivo e do Judiciário, indistintamente<sup>26</sup>.

Em que pese ao entendimento jurisprudencial esposado, concorda-se com Celso Antônio Bandeira de Mello, pois “assim como o Chefe do Executivo só pode extinguir cargos ‘na forma da lei’, analogamente, só poderá declará-los a desnecessidade nos termos por ela previstos, isto é, nos casos e condições que previamente assinala”<sup>27</sup>. Acrescente-se que ao lado da observância a esses critérios legais estaria a exigência de expressa motivação do ato, consubstanciada em análises e levantamentos de ordem técnica que atestariam o caráter supérfluo de determinados cargos. Com base nesse diploma legal, e isto na esfera do Poder Executivo, optando-se pela declaração de desnecessidade do cargo, deverá haver a edição de decreto motivado do Presidente, Governador ou Prefeito; decidindo-se pela extinção dos cargos, para salvaguarda do princípio constitucional da impessoalidade, defende-se a necessária edição de lei formal, cuja iniciativa competiria às mesmas autoridades, nos termos acima expostos.

## 6. O afastamento do servidor em disponibilidade

Nas palavras do Ministro Nelson Jobim, “a disponibilidade deve aplicar-se por curtos períodos de tempo, de duração apenas bastante para que a administração adote as providências necessárias para o devido aproveitamento do servidor, e apenas quando isso não se possa dar de imediato”<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Nessa ocasião, decidiu-se inclusive que “por estar a disponibilidade jungida à conveniência e à oportunidade, não há cogitar-se da observância do devido processo legal, albergada a fase alusiva ao exercício do direito de defesa”. No Mandado de Segurança nº 21.164-DF, o STF entendeu que o fato de o servidor público encontrar-se no gozo de licença para trato de interesses particulares não geraria direito líquido e certo de ver o respectivo cargo excluído do rol daqueles declarados como desnecessários (DJU, p. 3.054, 22 mar, 1991).

<sup>27</sup> Op. cit., p. 103.

<sup>28</sup> Parecer nº 74 (art. 37, 39 e 41): Acumulação de proventos, regime jurídico único e remuneração e disponibilidade. Brasil. Congresso. Senado Federal. *Relatoria da revisão constitucional*: pareceres produzidos: histórico. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1994. v. 3, p. 268.

Convém esclarecer que o afastamento do servidor estável posto em disponibilidade é transitório, precário, ainda que por prazo indeterminado. Costuma-se qualificar a situação do servidor disponível como sendo de inatividade, similar à situação gerada pela aposentadoria. Todavia, aposentadoria e disponibilidade devem ser encaradas como situações distintas, sem prejuízo de perceptíveis pontos de contato entre os dois institutos. Bem por isso, razão assiste a Carlos Ayres Britto, para quem os servidores em disponibilidade não são “aposentados temporários”, e sim “servidores temporariamente sem função”<sup>29</sup>. Reproduzindo opinião emitida em 1929 pelo saudoso Ministro Octávio Kelly, lembrado pelo Ministro Paulo Brossard em seu voto na ADIn nº 313-DF, o servidor disponível é “um funcionário ativo, em exercício virtual” (RTJ, n. 137, p. 1007)<sup>30</sup>.

Em assim sendo, a disponibilidade encerra um *afastamento remunerado do servidor estável do exercício de suas funções*. Porém o “desligamento” é absolutamente circunstancial e provisório e decorre (com exceção do artigo 93, inciso VII, da Constituição) tão-somente de três hipóteses: (i) extinção do cargo, (ii) declaração de sua desnecessidade, e (iii) reintegração de servidor ilegalmente demitido, diante da impossibilidade do ocupante atual do cargo ser reconduzido ao cargo anteriormente ocupado ou aproveitado em outro similar. Configurada uma dessas situações, o servidor público passa a não mais desempenhar suas funções, mas não indefinidamente, pois deve aguardar que o Poder Público promova o seu *adequado aproveitamento*, quando então voltará a exercer funções compatíveis com aquelas relativas ao cargo do qual era titular. Pode ocorrer também a

<sup>29</sup> O regime constitucional dos proventos da aposentadoria do servidor público efetivo. *Gênesis: Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, v. 3, n. 10, p. 644, jul./set. 1996. Defende que o disponível faz jus a vencimentos, uma vez que “em nenhum dos seus dispositivos a Lei Fundamental da República prescreve que o servidor em disponibilidade é pago pela forma proventual” (Ibidem, p. 645).

<sup>30</sup> Por seu turno, o Ministro Mário Guimarães, no voto proferido no Recurso Extraordinário nº 19.466 sustentou que na aposentadoria o afastamento do servidor é definitivo, ao passo que na disponibilidade a situação é presente e provisória. Aduz que o “funcionário está válido” e, em razão de “dificuldades de administração, ou qualquer outro motivo, que compete ao próprio Estado resolver, se vê afastado temporariamente” (RDA, n. 40, p. 42).

revitalização do cargo objeto de declaração de desnecessidade.

Um dado a ser considerado diz respeito às previsões inseridas em diversos estatutos de servidores, as quais estabelecem que o servidor em disponibilidade pode aposentar-se voluntariamente, sendo possível também ocorrer a aposentadoria compulsória, nos casos previstos na Constituição de 1988<sup>31</sup>. Por outro lado, insta destacar que o servidor em disponibilidade encontra-se subordinado às proibições constitucionais de acumulação de cargos públicos (art. 37, incisos XVI e XVII; art. 38). Em contrapartida, com fundamento no princípio constitucional da moralidade, tem-se por incompatível com a situação de disponibilidade remunerada o exercício de qualquer outra atividade que configure vínculo empregatício do servidor disponível, ou simplesmente geradora de fonte de renda.

## 7. A remuneração na disponibilidade

Sem dúvida, o ponto mais controvertido do regime afeto ao instituto ora focado reside na determinação do critério a ser adotado para o pagamento da remuneração ao servidor disponível.

Impende explicitar que a atual Constituição da República é silente quanto à proporcionalidade ou integralidade da remuneração devida, tendo ocorrido divisão na doutrina quanto ao critério que melhor coadunar-se-ia com a sistemática constitucional.

Favoráveis à proporcionalidade são Caio Tácito, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diogo Figueiredo Moreira Neto, Diógenes Gasparini, Adilson Abreu Dallari e Tércio Sampaio Ferraz Jr., entre outros. No rol dos defensores da integralidade da remuneração, evocam-se José Afonso da Silva, Sérgio de Andréa Ferreira, Lúcia Valle Figueiredo, Ivan Barbosa Rigoilin, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto

Os argumentos destinados a comprovar a

retribuição proporcional ao tempo de serviço são basicamente três: (i) o princípio constitucional da irredutibilidade (art. 37, inciso XV) referir-se a *vencimentos* e não a *proventos*; dada a sua “inatividade provisória” o servidor em disponibilidade perceberia proventos, e não vencimentos, podendo ocorrer a redução da retribuição; (ii) o Texto Constitucional, em diversas situações, prevê a aposentadoria com proventos proporcionais (art. 40, incisos I, *in fine*; II e III, *c e d*), não sendo justo aplicar-se o critério da integralidade à remuneração dos disponíveis, e (iii) o § 3º do artigo 40 estipula que “o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade”, deixando claro que em ambas as hipóteses a retribuição deverá ser calculada a partir do tempo de serviço efetivo do servidor.

É preciso enfatizar que o afastamento do servidor colocado em disponibilidade é precário e cessa tão logo seja realizado o seu aproveitamento. O tempo de disponibilidade conta-se para fins de aposentadoria, o que afasta a identidade das situações. Por outro lado, mesmo temporariamente desligado do serviço público, mantém-se o vínculo com a administração, continuando o disponível a perceber *vencimentos*, e não *proventos*, estes reservados àqueles em estado definitivo de inatividade, ou seja, *aposentados*. Além disso, o entendimento jurisprudencial dominante é que a cláusula constitucional da irredutibilidade protege a remuneração como um todo, em seu montante real e global, e não simplesmente o *vencimento-base*<sup>32</sup>. Por derradeiro, irradia do art. 40, § 4º, da CF a unicidade de tratamento entre vencimentos e proventos, descabendo estabelecer distinção entre as retribuições, notadamente com o escopo de legitimar a redução dos proventos.

Com relação às situações elencadas na Constituição de 1988 como hábeis a ensejar a aposentadoria do servidor, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, impõe-se considerar que, em sua grande parte, dependem

<sup>31</sup> No Mandado de Segurança nº 21.221-DF, o SFT decidiu pela ilegalidade do ato que colocou em disponibilidade servidor que havia completado a idade necessária à aposentadoria compulsória (DJU, p. 8.428, 5 jun. 1992). Na esfera federal, conferir as Orientações Normativas nº 74 e 109, do Departamento de Recursos Humanos da Secretaria da Administração Federal (DOU, 1º fev. 1991 e 27 maio 1991, respectivamente).

<sup>32</sup> Conferir os seguintes arestos do STF: AgRegSS nº 605-SC (DJU, p. 9.730, 29 abr. 1994), REX nº 100.818-SP (DJU, p. 18.267, 16 jun. 1995) e REX nº 183.700-PR (DJU, p. 48.731/732, 6 dez. 1996), além da ADIn nº 313-DF (RTJ, n. 137, p. 984). No STJ, consultar MS nº 941-DF (DJU, p. 17.503, 2 dez. 1991), MS nº 834-DF (DJU, p. 1.351, 17 dez. 1992) e ROMS nº 5.420-MT (DJU, p. 9.280, 10 abr. 1995).

da vontade expressa do servidor para se concretizar. Em alguns casos de invalidez permanente e na compulsória (art. 40, inciso I, *in fine*, e inciso II, respectivamente) foi opção do constituinte determinar que os proventos fossem proporcionais. A valoração (ou desvalorização) constitucional dessas causas de aposentadoria não teria o condão de estabelecer, por si só, a proporcionalidade dos vencimentos na disponibilidade<sup>33</sup>. Insta reprimir que aposentadoria e disponibilidade são institutos distintos, têm causas distintas e surtem efeitos distintos, devendo ser igualmente distintas as suas disciplinas normativas. Tanto é assim, que ao Tribunal de Contas da União não compete apreciar a legalidade do atos declaratórios de disponibilidade, ao contrário do que ocorre com os atos concessivos de aposentadoria, reformas e pensões (CF, art. 71, inciso III).

Finalmente, o argumento mais sólido, ou seja, o comando constitucional do art. 40, § 4º. É possível inferir outras finalidades do dispositivo assinalado, mais consentâneas com o aspecto fundamental que a Lei Maior imprimiu à disponibilidade, ou seja, garantia especial do servidor público estável. O preceito indigitado visaria estipular o cômputo recíproco do tempo de serviço para fins de aquisição do próprio direito à disponibilidade. A disponibilidade advém da estabilidade, e esta quer significar *direito de permanência no serviço público*. Assim sendo, o servidor estável, investido em novo cargo de esfera federal distinta ou mesmo da esfera idêntica, não estaria dispensado de cumprir o estágio probatório nesse novo cargo, podendo inclusive ser exonerado *ex officio*, desde que motivadamente. Entretanto, por ser estável no serviço público, teria direito a ser colocado em disponibilidade, independentemente da conclusão do biênio<sup>34</sup>.

Outra interpretação é a conferida por Carlos Ayres Britto. Segundo o autor, o preceito ora enfocado, quando refere-se à disponibilidade, traduz a vontade constitucional

“de que o servidor não está impedido de averbar todo o seu tempo de serviço

<sup>33</sup> Contra a opinião manifestada, cf. FERRAZ JR., op. cit., p. 108.

<sup>34</sup> Esta é a posição firmada pelo STF no julgamento do REx nº 19.466 (Relator: Ministro Mário Magalhães. RDA, n. 40, p. 44, abr./jun. 1955). Pertinente nesse aresto é o voto do Ministro Ribeiro da Costa no sentido de que “a Constituição [de 1946] diz apenas ‘remunerada’, não diz menos remunerada, nem mais remunerada; só pode ser ‘remunerada’ com os próprios vencimentos” (RDA, n. 40, p. 46).

público ao período em que permanecer no aguardo aproveitamento. Cuida-se, então, de simples autorização da soma do *tempo de serviço real* (o anterior à disponibilidade) com o *tempo de serviço ficto* (o que se passa no curso da disponibilidade), na perspectiva da futura reinvestidura. Sem falar que essa averbação bem pode ser aproveitada para outros fins, a depender da política legislativa comum que se adote para o servidor público<sup>35</sup>.

Sérgio de Andréa Ferreira defende que a contagem recíproca do tempo de serviço será considerada para os fins de aposentadoria voluntária ou compulsória do servidor em disponibilidade<sup>36</sup>.

Enumerados os argumentos favoráveis e desfavoráveis, sustenta-se que o critério da integralidade da remuneração emerge diretamente da Carta de 1988. Durante os trabalhos da Assembléia Constituinte, procurou-se imprimir a proporcionalidade dos vencimentos da disponibilidade (1º Substitutivo, art. 63, inciso IV), critério expurgado no 2º Substitutivo (art. 44, § 3º) e que finalmente foi afastado na aprovação do texto definitivo (art. 41, § 3º). Por ocasião da Revisão Constitucional, mediante o Parecer nº 74, da lavra do então Deputado Federal Nelson Jobim, perseguiu-se o mesmo intento, mas sem sucesso<sup>37</sup>. Assim sendo, resta claro que a vontade do legislador constituinte foi a de privilegiar o caráter alimentar dos vencimentos do servidor público, qualidade reforçada pela vedação de redução dos vencimentos (art. 37, inciso XV), garantia que deve ser respeitada pelo Poder Público, mormente se for considerado o fato de que o servidor estável não concorreu para a sua dispensa. Conseqüentemente, o legislador infraconstitucional não está habilitado a estipular – validamente – o critério da proporcionalidade dos vencimentos da disponibilidade do servidor público.

## 7.1. A posição do Supremo Tribunal Federal

Sem prejuízo das posições assinaladas, cabe afirmar que o STF editou a Súmula nº 358,

<sup>35</sup> Op. cit., p. 646.

<sup>36</sup> *Comentários...*, p. 481.

<sup>37</sup> Para o autor do parecer, “a adoção de remuneração integral para o servidor em disponibilidade é, portanto, injusta, em relação aos titulares que permanecem no exercício de suas funções, descabida, por falta de suporte bastante, e inadequada, em relação ao próprio instituto da estabilidade”. BRASIL. Congresso. Senado Federal. op. cit, p. 269.



cujo enunciado defende a integralidade dos “vencimentos” do servidor posto em disponibilidade, e isso sob a égide da Constituição da República de 1946. Além de disciplinar o instituto da disponibilidade de forma idêntica à Constituição em vigor, pois silenciava acerca da integralidade ou proporcionalidade da retribuição, a Lei Maior de 1946 continha norma idêntica a inserida no art. 40, § 3º, da atual Constituição. A validade desse entendimento sumular foi declarada, no julgamento da ADIn nº 313-DF (RTJ, n. 137, p. 984). No aspecto terminológico, adotou-se o termo *vencimentos* para traduzir a remuneração percebida pelo servidor posto em disponibilidade. Em relação aos valores, decidiu-se por sua integralidade, com base na doutrina minoritária e jurisprudência do próprio Tribunal, o que afeta principalmente a Constituição de 1946.

Ainda que se discorde da orientação fixada pelo Excelso Pretório, é preciso fazer-lhe deferência. Até uma revisão desse posicionamento, esta é a interpretação que prevalece. Por conseguinte, a retribuição haverá de ser integral.

#### 7.2. As vantagens excluídas dos vencimentos de disponibilidade

Finalmente, é importante notar que os vencimentos percebidos pelo servidor disponível não são rigorosamente iguais aos percebidos na ativa. É que, mesmo provisória ou temporariamente, o servidor não está no pleno exercício de suas atividades. A disponibilidade elide o *efetivo exercício*, pois ocorre a interrupção do exercício das atribuições inerentes ao cargo. Por via de consequência,

“parece claro que na remuneração em disponibilidade não estão incluídas as vantagens decorrentes do *exercício* do cargo perdido, mas permanecem todas as demais, de caráter pessoal, atribuídos ao servidor”<sup>38</sup>.

Portanto, no que tange às gratificações, somente aquelas que já foram incorporadas ao vencimento-padrão, por determinação legal ou razão diversa, bem como as de ordem estritamente pessoal, é que não podem ser despreendidas da remuneração de disponibilidade: salário-família, adicionais por tempo de serviço e todas as gratificações ou vantagens de caráter permanente, sobretudo. Tem-se por coerente a percepção da chamada gratificação natalina ou “décimo terceiro salário”. Todavia, even-

<sup>38</sup>MOREIRA NETO, op. cit., p. 212.

tuais gratificações de “prêmios de produtividade”, regência de classe, representação de gabinete, adicionais de insalubridade e periculosidade, e todas aquelas que pressupõem o efetivo exercício do cargo, devem ser dispensadas. O pagamento de terço de férias, além da disciplina referente às licenças especiais, estão, por razões óbvias, igualmente descartadas<sup>39</sup>.

#### 8. A figura do aproveitamento

O aproveitamento é uma forma de provimento derivado, mediante a qual o servidor público estável colocado em disponibilidade reingressa à atividade em cargo diverso, mas desempenhando funções e percebendo vencimentos compatíveis com o cargo anteriormente ocupado. Todavia, sendo revogado o ato que declarou a desnecessidade do cargo, haverá o revigoramento do feixe de atribuições a ele inerentes, com o obrigatório aproveitamento do servidor público titular da mesma vaga.

A Constituição de 1988, no § 3º do art. 41, alude a um *adequado aproveitamento*. Tércio Sampaio Ferraz Jr. assevera que a expressão constitucional significaria

“aproveitamento conforme as qualificações do servidor – sentido subjetivo – mas também conforme as necessidades da Administração – sentido objetivo. Não se pode, assim, aproveitar o servidor para um cargo inadequado às suas qualificações (um médico tornar-se enfermeiro-chefe), mas também não exige que a administração se transforme e se altere apenas para reaproveitar o servidor (criar-se um cargo de médico só para reaproveitar o médico em disponibilidade)”<sup>40</sup>.

Do direito de ser adequadamente aproveitado no serviço público surge o direito de não ser preterido, desde que configurada a criação de cargos semelhantes ou ainda a vacância de cargos, aliada à necessidade da Administração Pública em preenchê-los. Poderá ser tornado sem efeito o aproveitamento, bem como cassa-

<sup>39</sup> A respeito, consultar MACEDO, Marina Mariani de. Disponibilidade : parecer. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 206-207, out./dez. 1987. No âmbito federal, cfr. Ofício Circular nº 985, da Secretaria da Administração Federal (DOU, p. 13.700-701, 18 jul. 1990, Seção 1).

<sup>40</sup> *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas, 1990. p. 109 : Servidores públicos postos em disponibilidade.

da a disponibilidade, se o servidor, uma vez chamado a retornar à atividade, não o faça no prazo assinalado, sem justificativa (art. 32 da Lei federal nº 8.112/90). Vale frisar que o servidor não poderá, ao reverso, ser impelido a aceitar um cargo com características visivelmente discrepantes daquele antes ocupado.

Portanto, com as ressalvas acima apontadas, extrai-se da natureza da disponibilidade o caráter obrigatório do aproveitamento do servidor, desde que haja a necessidade de preenchimento de uma vaga com características (funções e vencimentos, sobretudo) similares ao cargo antes ocupado<sup>41</sup>.

## 9. Disponibilidade e Reforma Administrativa

Observa Odete Medauar que a estabilidade “expressa o direito ao cargo *pelo modo como poderá ser perdido*”<sup>42</sup>. Na atual sistemática constitucional, a extinção da relação do servidor estável com a Administração Pública advirá unicamente de duas situações: sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo em que lhe seja garantida a ampla defesa (CF, art. 41, § 2º). Reside precisamente aqui o ponto central das alterações perseguidas pela denominada “Reforma Administrativa”, no que diz respeito ao regime constitucional dos servidores públicos. Pretende-se flexibilizar a noção de estabilidade, ampliando as formas pelas quais o vínculo do *servidor estável* poderá ser legitimamente rompido.

As mudanças pretendidas encontram-se atualmente em fase de discussão parlamentar na Câmara dos Deputados em torno do substitutivo apresentado pelo relator da PEC nº 173-A/95, Deputado Moreira Franco. Em síntese apertada, objetiva-se (i) aumentar o prazo do estágio probatório de dois para três anos (a intenção original era de cinco anos); (ii) instituir a

<sup>41</sup> Impõe-se fazer menção à Súmula 39 do STF, cujo enunciado estabelece que “*à falta de lei, funcionário em disponibilidade não pode exigir, judicialmente, o seu aproveitamento, que fica subordinado ao critério de conveniência da administração*”. A súmula foi aplicada pelo STJ no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 318-PA (DJU, 19 nov. 1990). Ocorre que tratava-se de disponibilidade de magistrado, evidenciada a natureza disciplinar do instituto. Sem embargo, afora essa hipótese, entende-se que, desde que presentes as condições determinantes do aproveitamento do servidor, este poderá utilizar-se da via judicial para ter observado seu direito.

<sup>42</sup> *Direito administrativo moderno*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996. p. 301 (grifos nossos).

demissão por *insuficiência de desempenho*, mediante processo de avaliação periódica, na forma da lei, e (iii) criar a figura da demissão por *excesso de quadros*, como meio de efetuar a reestruturação de pessoal, ou sempre que a despesa com pessoal ativo e inativo exceder os limites fixados em lei complementar.

Particularmente quanto à disponibilidade, busca-se o critério da proporcionalidade da remuneração, de acordo com o tempo de serviço. O conjunto dessas mudanças, caso aprovadas, caracterizará um autêntico retrocesso na evolução do instituto, surtindo ao menos três efeitos imediatos.

Em primeiro lugar, esvazia por completo a essência da noção da disponibilidade remunerada, ou seja, garantia do servidor estável. Se o funcionário contar, por exemplo, com três anos e um mês de serviço público, sua remuneração será reduzida a valores insignificantes, que decididamente servirá de fundamento a não permanência do disponível nos quadros da Administração. Outro argumento é que a disponibilidade dos servidores será uma alternativa de difícil utilização na prática, uma vez que um instrumento mais valioso, como urge ser a *demissão por excesso de quadros*, certamente será aplicado pelas Administrações Públicas. Ademais, desvirtua-se totalmente o instituto, pois seu emprego passa a ser visto como atraente mecanismo de coação e pressão política, aniquilando os parcos atributos da “nova” estabilidade que se busca adotar com a reforma administrativa e reduzindo drasticamente a independência funcional dos servidores públicos.

## 10. Conclusões

Em síntese, são essas as ilações finais em torno da disponibilidade remunerada dos servidores públicos:

1. As semelhanças entre a situação do servidor disponível e aquela vivenciada pelo servidor aposentado não implicam, e muito menos justificam, a configuração de um pretenso “regime jurídico unitário” para tratamento dos dois institutos, sob pena de restar descaracterizada a essência da disponibilidade remunerada dos servidores públicos;

2. A Carta de 1988 qualificou a disponibilidade remunerada como uma garantia especial dos servidores públicos detentores de estabilidade; é a partir dessa premissa estabelecida constitucionalmente que deve ser desenvolvida tanto a tarefa de regulamentação normativa quanto a de teorização acerca do instituto;

3. A disponibilidade remunerada advém igualmente da vitaliciedade, inerente a alguns cargos; com relação aos magistrados traduz também, e em caráter excepcional, uma medida de ordem disciplinar, nos termos do art. 93, inciso VIII, da Lei Maior;

4. Atendidos precisos e objetivos critérios fixados em lei, e desde que de modo expressamente motivado, o Chefe do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal possa declarar a desnecessidade de um cargo público, por intermédio da edição de decreto; decidindo-se pela extinção dos cargos, em razão do princípio do paralelismo ou homogeneidade das formas, é necessária a edição de lei, cuja iniciativa compete às mesmas autoridades;

5. A situação de afastamento gerada pela disponibilidade é provisória, temporária e precária, e obrigatório o adequado aproveitamento do servidor disponível;

6. A remuneração da disponibilidade é composta por vencimentos (e não proventos) integrais, conforme extrai-se do Texto Constitucional, entendimento aliás corroborado pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 313-DF (DJU p. 5.722, 30 abr. 1992), excluídas certas vantagens em virtude da ausência de *efetivo exercício*.

7. As alterações sugeridas no substitutivo da PEC nº 173-A/95, notadamente em relação à inserção do critério da proporcionalidade dos vencimentos, aniquilam a concepção garantista da disponibilidade remunerada dos servidores públicos, configurando lamentável retrocesso na evolução histórica do instituto.

## Bibliografia

- BRASIL. Congresso. Senado Federal. *Relatoria da revisão constitucional* : pareceres produzidos : histórico. Brasília : Subsecretaria de Edições Técnicas, 1994. v. 3.
- . Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil* : quadro comparativo. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996.
- Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Câmara da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília, 1995.
- BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos proventos da aposentadoria do servidor público efetivo. *Gênese* : Revista de Direito Administrativo Aplicado. Curitiba, v. 3, n. 10, p. 631-648, jul./set. 1996.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional*

- dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- DEGRAZIA, Osvaldo Flávio. O servidor público e a disponibilidade : direitos e garantias. *Lex : Jurisprudência dos Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, São Paulo, v. 6, n. 59, p. 9-13, jul. 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo : Atlas, 1996.
- DUTRA JR., Adhemar F. *Administração pública e estabilidade* : estudo. Brasília : Câmara dos Deputados, Assessoria legislativa, 1995. Não publicado.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas, 1990. p. 105-109: Servidores públicos postos em disponibilidade.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- GARCIA, Flávio Amaral. Estabilidade e reforma constitucional. *Boletim Legislativo ADCOAS*, São Paulo, v. 30, p. 217-219, mar. 1996.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1995.
- MACEDO, Marina Mariani de. Disponibilidade : parecer. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 206-207, out./dez. 1987.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Célia Cunha. Extinção e declaração de desnecessidade de cargo público. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 11, n. 7, p. 382-394, jul. 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- . *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- MELLO, Magno Antônio Correia de. *Burocracia, modernidade e reforma administrativa*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime jurídico único dos servidores públicos civis* : Lei nº 8.112, de 11.12.1990. São Paulo : Saraiva, 1992.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- TÁCITO, Caio. A disponibilidade na Constituição de 1988 : parecer. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 94-100, out./dez. 1990.
- . Disponibilidade remunerada : parecer. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 95, p. 48-52, jul./set. 1990.

# Direito e hermenêutica multidimensionais

DILVANIR JOSÉ DA COSTA

## SUMÁRIO

*1. Plano de exposição. 2. O conceito de Direito. 2.1. O Direito como norma. 2.2. O Direito como fato social. 2.3. O Direito como valor. 2.4. A concepção dialética do Direito. 2.5. O Direito concretizado nos fatos. 3. A interpretação do Direito. O método tradicional (a escola da exegese). O culto ao texto legal. 3.1. As escolas científicas. Os métodos histórico, teleológico e sociológico. 3.2. A livre interpretação e o direito livre. O nihilismo legal. 3.3. A conciliação dos métodos. A restauração dos valores ideais do Direito. O método histórico-evolutivo ou da jurisprudência progressiva. 3.4. A interpretação flexível ou dialética. 3.5. A interpretação abrangente ou casuística. 4. Conclusão.*

### 1. Plano de exposição

O método correto e completo de interpretação jurídica decorre de um pressuposto necessário: a exata concepção do fenômeno jurídico, que se manifesta por meio da lei e de outras formas de expressão (o costume, os princípios gerais de direito, a doutrina, a jurisprudência, o direito comparado e os próprios fatos jurídicos). Por isso a nossa exposição compreende duas partes: I - o conceito de Direito; II - a interpretação do Direito.

### 2. O conceito de Direito

#### 2.1. O Direito como norma

Existem duas ordens de normas no universo: as leis naturais, que regem os fenômenos da natureza ou do ser, de cumprimento necessário e uniforme; e as normas éticas, entre as quais se incluem as jurídicas ou de coação es-

Dilvanir José da Costa é Professor de Direito Civil nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, Doutor em Direito Civil e Advogado.

tatal, que regem os homens como seres racionais e livres no convívio social. O cumprimento destas, embora imposto e exigível pela consciência ética e até sancionado pela sociedade e pelo Estado, é passível de desobediência, em razão da liberdade de atuação inerente ao ser livre, inteligente e responsável.

Duas grandes correntes de opinião destacaram no Direito o aspecto normativo como caráter fundamental: os primeiros codificadores do Direito, a exemplo do Direito Romano e do Código Civil francês; e a conhecida Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.

O Imperador Justiniano até proibiu, de forma ameaçadora, qualquer comentário interpretativo ao *Corpus Juris Civilis*, enquanto que os franceses condenaram, a princípio, a idéia da existência de direito civil além ou fora do *Código Napoleão* (1804), que encerraria a plenitude do direito civil. Foi a consagração do fetichismo legal. Já os romanos valorizaram tanto a Lei das XII Tábuas (450 a.C.) que passaram a recitar o seu texto nas escolas como poesia obrigatória – *carmen necessarium*. Tudo isso em nome da segurança dos direitos dos cidadãos contra o arbítrio e a prepotência.

Sob outro enfoque, o jurista Hans Kelsen, autor da Teoria Pura do Direito, defendeu o caráter normativo fundamental do Direito. Diante da ampliação do conceito de Direito pelas doutrinas sociológicas, filosóficas e teológicas, Kelsen reagiu em defesa do caráter normativo puro e neutro do Direito, que seria um *dever-ser* abstrato, à semelhança de uma figura geométrica, isento de conteúdos fáticos, valorativos e ideológicos, e ao mesmo tempo aberto a quaisquer conteúdos admitidos eventualmente em seu esquema obrigatório pela autoridade competente.

## 2.2. O Direito como fato social

Para as escolas científicas, as normas ou fontes formais do Direito não passam de simples canais, condutos ou instrumentos de manifestação técnica das fontes substanciais ou autênticas das regras, que assim brotam realmente dos fatos sociais, econômicos, políticos, culturais etc., sob a inspiração e direções dos valores sedimentados pela experiência jurídica.

A primeira escola a ampliar e revolucionar o conceito do Direito foi a histórica, liderada pelo jurista alemão Friedrich Karl von Savigny. Para ele, o Direito vai muito além dos textos legais esquemáticos e resumidos. Não é pro-

duto racional e arbitrário do legislador. É fenômeno histórico e espontâneo, gerado na consciência popular, tal como a linguagem. Sendo produto dos fatos históricos em contínua mudança e expansão, o Direito não deve ser imobilizado num Código.

Outro grande jurista alemão, Rudolf von Ihering, fundou a escola teleológica. Conceituou o Direito como fenômeno necessário e não espontâneo, ou seja, como técnica imprescindível de convivência. A utilidade e a felicidade social (e não a vontade ou o arbítrio do legislador) devem ser o fim ou a teleologia do Direito. Este é semelhante ao pensamento, que tantas vezes não se expressa bem nas palavras. Assim também um Código pode não refletir fielmente o Direito, que é mais amplo e abrangente e por isso não pode ser aprisionado nos textos legais.

Para a escola sociológica, os fatos sociais confinam e convivem com os fatos jurídicos, que os envolvem e regulam, com influências recíprocas. Ela defendeu a suavização e a flexibilização da lei para se amoldar à realidade social. Em sua expressão máxima, foi também fruto do gênio germânico.

Na torrente sociológica, destacou-se a Escola do Direito Livre, que defendeu o nihilismo legislativo, em oposição ao culto ao texto legal e à tese de que o Código contém a plenitude do Direito, proclamados pela Escola da Exegese. Para os partidários do Direito Livre, o Direito provém dos próprios fatos: *ipsis rebus dictantibus*.

Sociólogos notáveis, do renome de Emile Durkheim e Henry Lévy Bruhl, chegaram a negar qualquer origem racional, ideal ou psicológica do Direito, que seria fruto de um longo processo de decantação dos fenômenos sociais.

## 2.3. O Direito como valor

Desde Sócrates se reconhece a existência dos valores do bem, do belo e do justo. Nas Institutas do Imperador Justiniano, os romanos definiram o Direito Natural como o que a natureza ensinou a todos os animais, donde a união do macho com a fêmea, a procriação e educação dos filhos.

Na Idade Média, prevaleceu a concepção teológica do Direito Natural, procedente do sobrenatural, sob a influência do cristianismo.

Nos séculos XVII e XVIII, sob a influência da Escola do Direito Natural e das Gentes e da

doutrina do Direito Racional, do filósofo alemão Emmanuel Kant, operou-se a racionalização do Direito Natural, com independência em relação à religião e autonomia em face do Direito Positivo.

Segundo Eduardo Espínola, o conceito moderno de Direito Natural consiste em admitir, acima e independentemente do Direito Positivo, um Direito que decorre da própria natureza do homem e de suas supremas exigências. Essa concepção foi combatida pelas escolas histórica, sociológica, positivista e realista, sob vários matizes. Mas tem sido restaurada neste século por grandes juristas-filósofos e humanistas, segundo os quais a essência jurídica obrigatória não está na norma nem nos fatos regulados, mas sim nos valores sociais e humanos carentes de proteção, contidos nesses fatos mas procedentes da razão e do sentimento humano – *omne jus hominum causa*.

#### 2.4. A concepção dialética do Direito

Francesco Carnelutti, jus-filósofo e processualista italiano, atribuiu ao princípio do contraditório, na pesquisa da verdade pelos lógicos, a mesma função esclarecedora do microscópio para os biólogos e do telescópio para os astrônomos. O debate das questões, o choque das idéias e a exasperação da dúvida conduzem à verdade. A luta pelo direito e as reivindicações acabam por criá-lo, como professava Ihering, assim como Descartes adotou a dúvida sistemática como método de pesquisa da verdade, e Hegel defendeu a síntese dos contrários e a superação das divergências e contradições como lei do progresso, da evolução e da perfeição. Segundo a imagem sugestiva de François Perroux, as instituições e as leis atuais são o resultado de armistícios nas lutas sociais; são a consequência de conflitos passados, que preparam futuras disputas; assinalam pausas enquanto se definem novos adversários e se preparam novas lutas.

Essa a contribuição para a visão dinâmica, plêmica e relativista do Direito, ampliando o círculo da sua multidimensionalidade.

#### 2.5. O Direito concretizado nos fatos

As imagens projetadas nas telas dos cinemas são apenas sombras ou reflexos de uma realidade retratada nos filmes. Assim também as leis ou normas abstratas refletem a realidade dos fatos jurídicos que ocorrem no ambien-

te social, envolvendo pessoas e bens ou interesses jurídicos de toda ordem. A realidade jurídica autêntica está nos fatos concretos e nas condutas da vida social e não nas leis abstratas que os resumem, sistematizam e refletem em comandos sumários. Esta a mais recente concepção do Direito – o Direito concreto, procedente de autores alemães (Karl Engisch. *L' idée de concrétion dans le droit*, Pamplona, Esp., 1968) e também presente na Teoria Ecológica do argentino Carlos Cossio.

### 3. A interpretação do direito. O método tradicional (a escola da exegese). O culto ao texto legal

O método lógico ou tradicional, fruto da exaltação legal, surgiu na França, preparado pela Revolução e iniciado com a codificação do direito civil. Sua filosofia e seu fundamento psicológico consistiam na preocupação com a defesa e garantia dos direitos e liberdades individuais, somente assegurados e perpetuados por meio de sua fixação em dispositivos legais escritos, sistematizados e codificados. Como tais, completas, perfeitas e contendo todo o Direito, prevendo todas as hipóteses disciplináveis, as leis escritas seriam intocáveis e inalteráveis por seu aplicador ou intérprete, que simplesmente as aplicaria de forma estrita, sem tirar nem acrescentar.

Nascido sob a inspiração do movimento codificador, o método tradicional só poderia ter uma rota e um destino: seguir a trajetória do grande Código Civil dos tempos modernos – o monumental *Código Napoleão*, que tantos progressos trouxe à ciência do direito no século passado.

Segundo Eduardo Espínola:

“O método jurídico tradicional, clássico ou lógico tem toda sua atenção voltada para a lei. É fruto da preocupação de limitar todo arbítrio da interpretação, movimentando-se baseado na concepção de que o legislador é o criador do direito. No seu conceito, o direito se identifica com a lei. Parte da idéia de que a lei escrita deve satisfazer a todas as exigências da vida jurídica, bastando ao intérprete examinar-lhe diretamente o conteúdo para, com os meios fornecidos pela lógica, tirar as consequências todas que dela derivam, sem ultrapassar os limites que lhe animaram a formação.” (“Trata-

do de direito civil brasileiro.” Rio: Freitas Bastos, 1939, v. III, p. 289)

Essa preocupação com a interpretação da lei já fora manifestada pelo Imperador Justiniano, relativamente ao primeiro grande código civil da humanidade – o *Corpus Juris Civilis* (Século VI). Com efeito,

“No terceiro prefácio ao Digesto, o Imperador Justiniano determinou que quem ousasse tecer comentários interpretativos à sua compilação incorreria em crime de falso e as suas obras seriam seqüestradas e destruídas: Justiniano, *De confirmatione digestorum, in Corpus Juris Civilis*, § 21, in fine: *Itaque quisquis ausus fuerit ad hanc nostram legum compositionem commentarium aliquot adjicere ... is sciat, quod et ipsi falsi reo legibus futuro, et quod composuerit, eripicitur, et modis omnibus corrumpetur.*” (R. Limongi França. *Hermenêutica Jurídica*. SP: Saraiva, 3a ed. 1994, p. 22).

Esse método falhou por ter se baseado numa visão parcial do Direito: como norma abstrata apenas. Mas teve dois grandes méritos: o de consagrar e garantir os direitos dos cidadãos por meio de preceitos escritos, e o de sistematizar e racionalizar o Direito. Um código contém a síntese e o sistema de uma ciência jurídica, além de regular relações e disciplinar direitos e obrigações.

### 3.1. As escolas científicas. Os métodos histórico, teleológico e sociológico

Por meio dos métodos histórico, teleológico e sociológico, principalmente, as escolas científicas promoveram uma revolução no conceito de direito e, portanto, na sua interpretação. As leis não contêm todo o Direito. A sua plenitude extrapola os códigos, mediante um sistema orgânico. O Direito envolve os fatos sociais, econômicos, morais, religiosos, políticos, culturais etc., com influências recíprocas. A visão sociológica alertou para os riscos de um desequilíbrio nas estruturas da vida em sociedade. O poder político ou militar, a ruína econômica e o fanatismo religioso podem comprometer a estrutura jurídica e esta pode não corresponder aos anseios sociais.

E assim as escolas científicas dilargaram os horizontes do Direito e da interpretação, transformando esta em ciência, técnica e arte ou hermenêutica jurídica. Foi a grande contribuição que trouxeram.

### 3.2. A livre interpretação e o direito livre. O nihilismo legal

Mas o método sociológico levado ao extremo conduziu a dois exageros: a) na conceituação do Direito, transformou os valores jurídicos em criação espontânea e artificial da consciência coletiva; b) na interpretação e aplicação da lei, defendeu a plena liberdade de o intérprete recolher o direito dos próprios fatos, em primeira mão – *ipsis rebus dictantibus*, ainda que ab-rogando ou contrariando a lei escrita.

### 3.3. A conciliação dos métodos. A restauração dos valores ideais do direito. O método histórico-evolutivo ou da jurisprudência progressiva

O século XIX assistiu ao apogeu e à decadência do método exegético da lei escrita como expressão da plenitude do Direito, bem como ao triunfo do método sociológico ou do predomínio dos fatos sociais na composição do fenômeno jurídico.

O século XX foi a vez do renascimento ou restauração dos valores humanos ideais, racionais e subjetivos, como componente ético do Direito, tão presente na consciência dos homens como o céu estrelado sobre as suas cabeças, na imagem famosa do grande filósofo de Konigsberg. Em conseqüência, sobreveio o método histórico-evolutivo de interpretação, conciliando todas as tendências. Ficou célebre a síntese de Raimond Saleilles no prefácio da obra de François Geny (*Méthode d'interprétation...*, 1899), para definir o conteúdo do novo método: *o intérprete deve ir além da lei, mas através da lei* – “au-dellà de la loi, mais par la loi.”

Além dos suportes sociológicos, deve o intérprete agregar os valores fins da lei: a Justiça, o bem comum, a utilidade social. Mas sempre por meio da lei, baliza de segurança, buscando a sua intenção atualizada.

### 3.4. A interpretação dialética ou relativista

A visão dialética, polêmica ou dinâmica do Direito nos faz perceber o seu mobilismo ou vir a ser, pendendo para o relativismo presente em todas as coisas, a exemplo da idade das pessoas. Nada é absoluto na realidade social. Não há dois fatos rigorosamente idênticos. Daí a flexibilidade e a maleabilidade da interpretação.

### 3.5. A interpretação abrangente casuística

A lei abstrata é uma regra extraída da realidade por raciocínio indutivo. Provém da ob-

servação dos fatos pelo legislador.

Por um lado, a lei é mais extensa ou ampla do que cada fato específico que regula. Mas, por outra parte, é menos compreensiva do que a infinita variedade dos fatos reguláveis. Isso é que faz a grandeza e a fraqueza da lei, segundo Karl Engisch.

Para os partidários do direito concreto, a regra autêntica de direito é a que se realiza no fato concreto, como obra final do aplicador. Pelo que cabe a esta grande margem de arbítrio para ampliar e adaptar a lei aos fatos específicos, regulados de forma ampla ou genérica pelo legislador.

#### 4. Conclusão

Sendo o Direito norma, fato e valor; sendo fenômeno concreto e norma abstrata; sendo em parte absoluto e relativo, é dotado de flexibilidade para se adaptar às circunstâncias de tempo e lugar, mas contém uma estrutura de compressão calcada na natureza uniforme do ser humano, sensível à dor e ao amor e carente de cooperação e solidariedade. Eis aí os parâmetros da hermenêutica.

#### Bibliografia

- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra : A. Amado, 1978.
- ASCOLI, Max. *La interpretación de las leyes*. Buenos Aires : Lasada, 1947.
- BATISTA, Paula. *Compêndio de hermenêutica jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1984.
- BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano : A. Giuffrè, 1949.
- BONNECASE, Julien. *La escuela de la exegesis en derecho civil*. México : Jose M. Cajica, 1944.
- BOSON, Gérson de Britto Mello. *Filosofia do Direito : interpretação antropológica*. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.
- CAMPOS, Carlos. *Hermenêutica tradicional e Direito científico*. Belo Horizonte : Imprensa Oficial, 1970.
- CARNELUTTI, Francesco. *Arte del Derecho*. Buenos Aires : Europa-America, 1948.
- . *Arte do Direito*. Salvador : Progresso, 1957. Trad. de Pinto de Aguiar.
- COELHO, L. Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro : Forense, 1979.
- COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1964.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofia del derecho*. Barcelona : Bosch, 1953.
- DURKHEIM, Emile. *Les formes élémentaires de la vie religieuse*. Paris, 1912.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.
- . *L'idée de concrétion dans le droit*. Pamplona, 1968. Comentário de I. André-Vincent sob o título *L'abstrait et le concret dans l'interprétation*, em *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, 1972. v. 17, p. 135.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Tratado de Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1939. v. 1/4.
- . *Interpretação da norma jurídica (verbetes)*. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro : Borsoi, v. 29, p. 137.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra : A. Amado, 1978.
- FIORE, Pascuale. *Interpretación de las leyes*. Madrid : Reus, 1927.
- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. México : Porrúa, 1975.
- GÉNY, François. *Methodé d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris, 1919.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1956.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994.
- HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra : A. Amado, 1980.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1978.
- . *L'esprit du droit romain*. Traduction de Meulenaere, 3. ed.
- . *A finalidade do Direito*. Tradução de José A. F. Correa. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1979.
- INSTITUTAS do Imperador Justiniano. Tradução revista por Clóvis N. Oliveira. São Paulo : Ed. Brasil.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Coimbra : A. Amado, 1974.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de João de Souza Brito e José Antonio Veloso. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.



- LAZZARO, Giorgio. *L'interpretazione sistematica della legge*. Torino : Giappichelli, 1965.
- LÉVY BRUHL, Henry. *La moral, la science et les moeurs*. Paris, 1903.
- . *Sociologia do Direito*. Tradução de Teruka Minamissawa. São Paulo : Difusão Européia do Livro, 1964.
- LIMA, Mário Franzen de. *Da interpretação jurídica*. Rio de Janeiro : Forense, 1955.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é o Direito*. São Paulo : Brasiliense, 1982.
- MACHADO, Edgar de Godói da Mata. *Elementos de teoria geral do Direito*. Belo Horizonte : Vega.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do Direito : conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro : Forense, 1982.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1965.
- MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do Direito*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1972. v. 2.
- NIÑO, José Antonio. *La interpretación de las leyes*. México : Porrúa, 1971.
- NONATO, Orozimbo. Aspectos do modernismo jurídico. *Pandectas Brasileiras*, v. 8, 1. parte, p. 176.
- OLIVECRONA, Karl. *El Derecho como hecho*. Buenos Aires : Depalma, 1959.
- PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles : É. Bruylant, 1962. v. 1.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1980. v. 1.
- PLACHY, Adolfo. *La teoria della interpretazione*. Milano : Giuffrè, 1974.
- REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo : Saraiva, 1968.
- . *Fundamentos do Direito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972.
- . *Teoria tridimensional do Direito*. São Paulo : Saraiva, 1979.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de interpretación del Derecho*. México : Porrúa, 1973.
- RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Paris : Librairie Général, 1955.
- ROUBIER, Paul. *Teoría general del Derecho*. Puebla : José Cajica, [s/d.].
- SANTIAGO NIÑO, Carlos. *La ciencia del Derecho y la interpretación jurídica*. Buenos Aires : Astrea, 1975.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la Iglislación y la ciencia del Derecho*. Buenos Aires : Heliasta, 1977.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968. 2 v.
- TELLES JR., Goffredo. *A criação do direito*. São Paulo, 1953. 2 v.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília : Imprensa Nacional, 1979.
- WARAT, Luiz Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre : Síntese, 1979.

# A nova Lei de Diretrizes e Bases e o cumprimento da obrigatoriedade escolar

CANDIDO ALBERTO GOMES

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Um mal que enseja outro. 3. Alguns remédios legais 4. Políticas públicas adotadas. 5. Conclusão.*

### 1. Introdução

Apesar de estar em vigor há um ano, a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996) ainda não é bem conhecida. No entanto, ela apresenta novas alternativas que auxiliam o País a enfrentar o desafio do cumprimento da obrigatoriedade escolar, ainda mais num período em que fica patente a necessidade social e econômica de a população completar pelo menos o ensino fundamental. O presente trabalho focalizará essas questões, dividindo-se em três partes: a primeira, trata do diagnóstico dos males; a segunda, dos novos remédios legais e a terceira, das principais políticas públicas que têm sido utilizadas.

### 2. Um mal que enseja outro

Na verdade, os grandes obstáculos ao cumprimento da obrigatoriedade escolar não são, em geral, a falta de vagas e a evasão. Durante muito tempo, pensou-se que a evasão fosse mais freqüente que a repetência. No entanto, os dados provinham das secretarias dos estabelecimentos de ensino e não podiam evitar casos como os dos alunos que os abandonavam sem cancelar a matrícula e ingressavam em outra escola na mesma série. O trabalho pioneiro de Fletcher e Castro (1985), partindo de dados fornecidos pelos domicílios, revelou que a repetência é muito mais freqüente que a evasão. Utilizando os dados da PNAD-82, os autores verificaram que não há evasão precoce: em

Candido Alberto Gomes é Consultor Legislativo do Senado Federal, Professor Titular da Universidade Católica de Brasília. Membro do Comitê de Pesquisa do Conselho Mundial das Sociedades de Educação Comparada.

Artigo elaborado com base em palestra proferida no 1º Encontro Nacional da Sétima Câmara, Procuradoria Geral da República, Brasília, novembro de 1997.

geral os alunos entram na idade correta e permanecem durante a média de 7,6 anos, ou seja, quase a duração do ensino fundamental. A evasão na primeira e oitava séries do ensino fundamental atingiu, respectivamente, 3,4 e 8,5 por cento, enquanto a repetência chegou a 52,4 e 19,5 por cento, também na primeira e última séries. Descobriu-se, então, que, embora se supusesse que o doente contraía uma gripe e fosse persistentemente tratado como se tivesse um vírus, na realidade ele tinha uma pneumonia, que era combatida precariamente. Com efeito, a taxa de escolarização líquida do ensino fundamental para a faixa etária de 7 a 14 anos era de 90,8 por cento, em 1996, isto é, 90,8 por cento da população dessa idade estava matriculada na escola, indicando a persistência das famílias, à custa de indizíveis sacrifícios, no sentido de assegurar escolaridade aos seus membros mais jovens. É claro que, sendo a média fortemente afetada pelos valores extremos, na região Sul esse

valor era de 96,8 por cento, ao passo que o da região Nordeste era de 82,8 por cento.

Assim, em grande parte, o não-cumprimento da frequência escolar compulsória se deve à própria escola, de tal modo que o Brasil apresenta o maior número absoluto de repetentes do mundo (Unesco e Unicef, 1996), ou seja, 5.244.249 de alunos em 1992. A tabela 1 é particularmente ilustrativa dos resultados ao final do ano letivo de 1996: com as esperadas disparidades regionais, 68,4 por cento dos alunos foram aprovados; 15,5 por cento foram reprovados e 16,1 por cento desistiram ao longo do ano, significando uma perda total de 31,6 por cento ou quase 10,5 milhões de alunos. A comparação com os dados de 1988 mostra que tais perdas de efetivos discentes estão se reduzindo lentamente, num ritmo incompatível com os prejuízos sociais e econômicos que lhes são inerentes.

TABELA 1  
BRASIL  
ENSINO FUNDAMENTAL  
TAXAS DE APROVAÇÃO, REPROVAÇÃO E DESISTÊNCIA  
1996

EM %

PAÍS E REGIÕES	TAXA DE APROVAÇÃO	TAXA DE REPROVAÇÃO	TAXA DE DESISTÊNCIA*
BRASIL	68,4	15,5	16,1
	(N=22.661.789)	(N=5.135.347)	(N=5.334.134)
1988	60,6	18,8	20,6
REGIÃO NORTE	58,8	17,9	23,3
REGIÃO NORDESTE	60,7	19,1	20,2
REGIÃO SUDESTE	74,0	12,5	13,5
REGIÃO SUL	75,7	15,0	9,3
REGIÃO CENTRO-OESTE	68,6	14,9	16,5

\* AO LONGO DO ANO LETIVO.

FONTE: SEEC/MEC

Para agravar tais problemas, as próprias escolas encontram mecanismos adicionais de retenção do fluxo de alunos. Conforme a tabela 2, 52,4 por cento dos alunos da educação pré-escolar tinham mais de sete anos de idade, indicando que quase meio milhão de crianças, já em idade escolar, deixava de frequentar a escola constitucionalmente obrigatória. Tais números indicam possível falta de vagas no ensino fundamental, mas em parte ponderável se devem à indevida reprovação de alunos, que

a LDB proíbe. Ademais, vários sistemas de ensino criaram um vestibulo inadequado à escolaridade compulsória: a classe de alfabetização. Esta reúne 66,7 por cento, ou quase um milhão de crianças, de sete anos de idade ou mais, como se fosse necessário primeiro alfabetizar-se para, depois, ingressar no primeiro nível de ensino e como se não fosse dever deste fazê-lo (considera-se em geral o indivíduo funcionalmente alfabetizado após completar com sucesso quatro anos de frequência escolar).

TABELA 2  
BRASIL  
IRREGULARIDADES PROVÁVEIS DE MATRÍCULA NA  
EDUCAÇÃO PRÉ-ESCOLAR E NA CLASSE DE ALFABETIZAÇÃO  
1996

EM %

PAÍS E REGIÕES	EDUCAÇÃO PRÉ-ESCOLAR: CRIANÇAS DE MAIS DE 7 ANOS	CLASSE DE ALFABETIZAÇÃO: CRIANÇAS DE 7 ANOS OU MAIS
BRASIL	52,4 (N=455.232)	66,7 (N=962.748)
REGIÃO NORTE	13,8	73,3
REGIÃO NORDESTE	15,7	67,5
REGIÃO SUDESTE	7,6	62,3
REGIÃO SUL	3,6	48,9
REGIÃO CENTRO-OESTE	12,8	44,3

FONTE: SEEC/MEC.

Ainda outra questão, indevidamente encarrada como residual, é a da educação dos portadores de necessidades especiais, com frequência ocultados pelas famílias e estigmatizados por elas, pelas comunidades e pela sociedade. Um país cuja taxa de escolarização líquida chega a 90,8 por cento e pretende alcançar 100 por cento (cf. Brasil, 1997), não pode negligenciar tal grupo, estimado pela Organização Mundial de Saúde em dez por cento da população. É bem verdade que a realidade latino-americana parece não confirmar aquela estimativa, visto que um censo realizado com pesquisadores especialmente treinados, como o

último de Belize, encontrou apenas cerca de 4,6 por cento. No entanto, é ínfima a matrícula dos alunos da educação especial, atingindo apenas 0,36 por cento da matrícula do ensino fundamental no País e 0,13 por cento na região Nordeste (tabela 3). Em geral, clama-se pela democratização da escola, mas posições vanguardistas esquecem-se dos direitos constitucionais dos portadores de necessidades especiais ou prevêem para eles um estabelecimento em que devem enquadrar-se às necessidades e possibilidades da maioria, sem condições de verdadeira integração.

TABELA 3  
BRASIL  
MATRÍCULA NO ENSINO REGULAR E NA EDUCAÇÃO ESPECIAL  
1996

PAÍS E REGIÕES	EDUCAÇÃO ESPECIAL			ENSINO FUNDAMENTAL REGULAR (c)	% de (b) sobre (c)
	Total (a)	Ensino fundamental (b)	% de (b) sobre (a)		
BRASIL	201.142	118.575	59,0	33.131.270	0,36
REGIÃO NORTE	17.538	10.950	17,62,4	2.820.531	0,39
REGIÃO NORDESTE	30.096	13.630	45,3	10.475.469	0,13
REGIÃO SUDESTE	94.642	57.201	60,4	12.958.674	0,44
REGIÃO SUL	41.110	25.822	62,8	4.475.774	0,58
REGIÃO CENTRO-OESTE	12.940	7.321	56,6	2.003.539	0,37

FONTE DOS DADOS ORIGINAIS: SEEC/MEC.

### 3. Alguns remédios legais

A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, chamada Lei Darcy Ribeiro, em homenagem ao seu relator no Senado Federal, além de reiterar outros dispositivos constitucionais, repete o art. 205 da Lei Maior, que declara a educação “direito de todos e dever do Estado e da família”. Quer na Carta Magna, quer na Lei, não há qualquer desobrigação do Estado, uma vez que o dispositivo se refere à educação como um todo. Os princípios e garantias para efetivação do dever do Estado não deixam dúvidas quanto às obrigações do Poder Público, em todos os níveis, no que tange à educação escolar, foco da Lei.

Entre os aditamentos e detalhamentos da Lei, figura uma forma de operacionalização do princípio constitucional da “garantia de padrão de qualidade” (LDB, art. 3º, IX). Para que este não permaneça vago, logo adiante foi incluída a garantia de “padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem” (LDB, art. 4º, IX). Isso significa que se deverá definir quais são esses padrões mínimos, quais os insumos imprescindíveis para atingi-los e, também, o custo/aluno que representam. Serão obrigatoriamente definidos, de forma concreta e sujeita à fiscalização da sociedade, os elementos mínimos para uma escola digna de ser chamada de escola e a tradução monetária daqueles, conforme o Título “Dos Recursos Financeiros”.

O art. 5º da Lei regulamenta a obrigatoriedade escolar, com base na definição constitucional de que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (Constituição Federal, art. 208, § 1º). É importante assinalar que, conforme ensina Pontes de Miranda (1933, 1972: 335 segs.), uma tônica da história constitucional brasileira era a de assegurar apenas um direito programático à educação: estabelecia-se a compulsoriedade, mas o Estado não se obrigava efetivamente a ministrar o ensino ou a assegurar o acesso da população à escola. O direito programático é cumprido se o Poder Público pode ou quer. A Carta de 1988 cruzou essa fronteira, declarando o ensino compulsório como direito público subjetivo, isto é, não o provendo o Estado, o cidadão pode acioná-lo (cf. Barbosa e Gomes, 1987). Desse modo, a Lei Maior deixou clara a prioridade em favor do ensino fundamental,

enquanto a LDB, no nível que lhe compete, detalha esse direito e a maneira de exigi-lo bem como prescreve obrigações do Estado necessárias ao seu cumprimento (recenseamento escolar, chamada pública, zelo pela frequência escolar e outras, conforme o art. 5º, §§ 1º a 5º). Tais obrigações competem aos Estados e aos Municípios, em regime de colaboração e com a assistência da União (art. 5º, § 1º), já que, realisticamente, a municipalização do ensino fundamental não é uma obrigação, mas uma tendência, fortemente incentivada pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996).

Para atingir o alvo desejado, o § 5º do art. 5º da LDB ainda dispõe que, “para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior”. Isso sinaliza para o aproveitamento de experiências educacionais não escolares, como o estudo em casa, a autodidaxia e eventualmente outras.

Contribuindo para a regulamentação do art. 211 da Constituição Federal, a Lei, tendo como princípio a liberdade de organização dos sistemas de ensino, estabelece as competências de cada nível de governo e dos estabelecimentos de ensino (arts. 8º a 19). O quadro 1, não exaustivo, permite observar a distribuição das mesmas pela União, Estados e Municípios. Distinguem-se sete funções básicas, além da que organiza, mantém e desenvolve os órgãos e instituições oficiais dos respectivos sistemas de ensino, que chamamos de coordenação, normatização, planejamento, avaliação, função redistributiva, supervisão e oferta educacional. A coordenação e a avaliação são exclusivas da União. O Plano Nacional de Educação cabe à esfera federal, mas, tendo-se consagrado nas últimas décadas uma progressiva descentralização, não se poderia supor um papel impositivo do poder central. Daí, a Lei prevê a colaboração dos Estados e Municípios, de tal modo que a União tem a responsabilidade de elaborar o Plano, tecendo as áreas de consenso com a colaboração dos demais níveis de governo.

Uma inovação é digna de nota: a referência a dois processos nacionais de avaliação, um do rendimento escolar no ensino fundamental e médio e na educação superior e outro das instituições de educação superior. No que se refere à normatização, a União fica com a área mais abrangente, cabendo a cada esfera governamen-

tal as normas complementares para o seu sistema de ensino. A supervisão de instituições também obedece a este critério: como instituições de educação superior podem apresentar área de influência maior, permanecem na órbita federal, podendo, no entanto, ocorrer delegação, ao passo que cabe a cada Estado e Município supervisionar os respectivos estabelecimentos do seu sistema de ensino.

Por outro lado, dois princípios perpassam o Título IV da Lei (“Da Organização da Educação Nacional”):

- quanto menor a idade do aluno a que a educação se destina, mais próxima deve ficar do governo local, quer na execução, quer na supervisão;

- cada nível de governo exerce uma função redistributiva no interior do seu próprio sistema de ensino e no que se refere aos sistemas de ensino de menor âmbito.

Como no fluxo de recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, estabelece-se o papel redistributivo do Município em face das suas escolas, do Estado em relação aos seus Municípios e da União no que tange às demais instâncias educacionais. Com isso, pretende-se corrigir progressivamente as agudas disparidades educacionais brasileiras, como as que distanciam escolas rurais e urbanas, escolas municipais e estaduais e estabelecimentos das regiões de diferentes níveis de desenvolvimento relativo.

Quanto aos níveis e modalidades de educação e ensino, ao diferenciar a educação básica e superior, a Lei criou uma nova concepção que confere maior continuidade e integração ao sistema como um todo e à educação básica em particular, esta composta pela educação infantil, pelo ensino fundamental, pelo ensino médio, pela educação especial e pela educação de jovens e adultos.

Diversos dispositivos inovadores marcam a educação básica como um todo (arts. 22 a 24): a organização em séries anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudo (como a pedagogia da alternância, em que se intercalam períodos de estudo e de trabalho na agricultura), grupos não seriados ou, o que é muito importante deixar autorizado em lei, “forma diversa de organização sempre que o interesse do processo de aprendizagem assim a recomendar”. Os alunos também podem ser reclassificados em caso de transferência, podem seguir a progressão parcial e

têm possibilidades de acelerar os estudos, sempre visando combater a repetência e a perda de tempo pelos alunos e pelos sistemas. E o ano letivo, novamente estatui a Lei (porque tal disposição já existia desde 1971), deve adequar-se às peculiaridades locais, inclusive climáticas e econômicas. Pode-se dizer que a nova Lei trata recorrentemente do fracasso escolar e incentiva – quando não determina – o máximo aproveitamento de estudos.

Um exemplo é a fixação da norma comum para a educação básica no sentido de a classificação do aluno em qualquer série ou etapa, exceto a primeira do ensino fundamental, poder ser feita, independentemente de escolarização anterior, “mediante avaliação feita pela escola, que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato e permita sua inscrição na série ou etapa adequada” (art. 24, II, c). É importante que cada sistema de ensino proceda à regulamentação tão cedo quanto possível, como manda a Lei, para que se evitem práticas como a de obrigar ex-alunos de escolas não autorizadas a retroceder na série ou, mesmo, interromper seus estudos à espera de um remoto reconhecimento do seu trabalho acadêmico por um órgão colegiado da capital. Não é preciso lembrar que tais exigências recaem em especial sobre os alunos da área rural ou oriundos dela.

Também é permitido organizar classes, ou turmas, com alunos de séries distintas e níveis equivalentes de adiantamento na matéria (art. 24, IV). Em face de tantas faculdades abertas pelo diploma legal, é preciso agora que, para adotar as aberturas proporcionadas pela Lei, estabelecimentos e sistemas deixem de lado formas usuais de organização, mais fáceis de manejar, em que todos os alunos caminham juntos, apesar das suas diversidades, para adotar as aberturas da Lei.

Quanto à educação infantil, é vedada a avaliação com o objetivo de promoção, “mesmo para o acesso ao ensino fundamental” (art. 31), devendo esta ser feita mediante acompanhamento e registro do desenvolvimento da criança. Tal dispositivo impede a mencionada retenção de crianças fora da idade.

No que se refere à educação de jovens e adultos, além de reafirmar a responsabilidade do Poder Público, a nova LDB confere mais flexibilidade, ao destacar cursos e exames. Estes últimos, inclusive, poderão aferir e reconhecer conhecimentos e habilidades adquiridos pelos educandos por meios informais (art.

QUADRO I  
IMCUMBÊNCIAS DOS NÍVEIS DE GOVERNO

IMCUMBÊNCIAS	UNIÃO	ESTADOS	MUNICÍPIOS
COORDENAÇÃO	Política nacional de educação, articulando níveis e sistemas.	—	—
NORMATIZAÇÃO	Cursos de graduação e pós-graduação.	Normas complementares para o seu sistema de ensino.	Normas complementares para o seu sistema de ensino.
PLANEJAMENTO	Plano Nacional de Educação, em colaboração com os demais níveis de governo.	Em consonância com os planos nacionais, integrando as suas ações e as dos seus Municípios.	
AValiaÇÃO	Competências e diretrizes curriculares para a educação infantil e o ensino fundamental e médio. Processo nacional de avaliação do rendimento escolar no ensino fundamental e médio e educação superior, em colaboração com os sistemas de ensino. Processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, com a cooperação dos sistemas de ensino envolvidos.		
FUNÇÃO REDISTRIBUTIVA	Em relação às demais instâncias (Estados e Municípios).	Em relação aos seus Municípios.	Em relação às suas escolas.
SUPERVISÃO	Cursos das instituições de educação superior e estabelecimentos do seu sistema de ensino.*	Cursos das instituições de educação superior e estabelecimentos do seu sistema de ensino	Estabelecimentos do seu sistema de ensino.
OFERTA DE EDUCAÇÃO	Implicitamente, educação superior.	Ensino médio Ensino fundamental	Ensino fundamental Educação infantil

\* Delegável aos Estados (e ao Distrito Federal) que mantiverem instituições de educação superior (condição adicionada pela LDB ao disposto pela Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995, na nova redação dada ao art. 9º, § 3º, da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961).

38, § 2º). Esse dispositivo inovador, talvez revolucionário (e cuja aplicação, portanto, exige cautela) permite, por exemplo, que alguém que já aprendeu conhecimentos e habilidades profissionais não seja obrigado a frequentar a escola, como se não os dominasse. Como em outras disposições, tudo se orienta para o aproveitamento do tempo e dos conhecimentos e habilidades prévios. No caso dessa modalidade de educação, asseguradas as oportunidades educacionais, os exames servem para balizar o atingimento de fins, não importando que caminhos os jovens e adultos tenham percorrido para chegar a eles. Isso não significa barateamento ou banalização, pois o ensino fundamental e médio, em qualquer caso, seja regular, seja no âmbito da educação de jovens e adultos, fica submetido, pela mesma Lei, a processo nacional de avaliação do rendimento escolar, que pressupõe padrões mínimos, inclusive para exames.

Outra medida polêmica foi a redução dos limites de idade para conclusão do ensino fundamental e médio, respectivamente de 18 para 15 e de 21 para 18 anos (art. 38, § 1º). No ensino fundamental, os indicadores de fracasso escolar são dramáticos e têm melhorado, quando melhoram, muito lentamente. Assim, o abandono e a reprovação atingem os níveis já indicados pela tabela 1, ao passo que 31,5 por cento das crianças da faixa etária de 7 a 14 anos tinham distorção série/idade maior que dois anos. No ensino médio, a situação não é menos grave: em 1996, 54,3 por cento dos alunos tinham mais de 17 anos de idade, a distorção série/idade chegava a 70,9 por cento (1994) e a repetência, em 1992, chegou a 42 por cento, tendo aumentado sete pontos percentuais desde 1981 (dados originais do SEEC/MEC). Por outro lado, constatações do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (Saeb/95) deixam claro que houve uma perda de proficiência dos alunos em todas as disciplinas, séries e regiões pesquisadas à medida que aumentou a distorção série/idade (Brasil, s/d.). O dilema, em parte, consiste em facilitar a saída de alunos do ensino regular ou prolongar a sua agonia num sistema marcado pela denominada pedagogia da repetência. O prolongamento dos estudos, em idade avançada para a série (ao ponto de, pelo menos, dois terços da matrícula inicial estarem desajustados), ou o seu abandono puro e simples têm custos para o indivíduo e a coletividade. Paga o primeiro pela demora na obtenção de competências e certifi-

cados, paga a sociedade por se privar de pessoas com mais alto nível de escolaridade e ainda concorre com o pagamento dos impostos e contribuições que sustentam a educação pública. O legislador, diante desse quadro e contando com salvaguardas relativas ao padrão de qualidade, à avaliação e ao financiamento, decidiu-se pelo rebaixamento daqueles limites etários.

A educação especial, com frequência negligenciada, foi objeto de todo o Capítulo V do Título V da Lei. A mesma será oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, mas também em classes, escolas ou serviços especializados. Assim, elevou-se ao nível de norma legal o princípio da integração (art. 58).

Além dessa, outra opção é particularmente importante: a alternativa preferencial é a ampliação do atendimento aos educandos portadores de necessidades especiais na própria rede pública regular de ensino, mantido o apoio às instituições privadas sem fins lucrativos (art. 60, parágrafo único). As dificuldades financeiras têm levado Secretarias de Educação a contar com o apoio maciço das organizações não-governamentais, cuja despesa média aluno/ano tende a ser mais baixa que a da rede escolar pública, num processo que poderia ser chamado de “terceirização de serviços”. Todavia, em que pese ao alto valor do trabalho realizado por aquelas instituições, nelas muitas vezes é inviável colocar em prática o princípio da integração, como na rede regular de ensino, correndo-se o risco, em certas situações, de se formarem verdadeiros guetos, com limitados progressos dos alunos (cf. Gomes e Amaral Sobrinho, 1996). Uma grave questão para o cumprimento da compulsoriedade escolar vem a ser o fato de o Poder Público, para fazer face aos custos da educação especial, delegar funções às organizações não-governamentais. Foi assim que, em 1996, 24,6 por cento da matrícula de educação especial no ensino fundamental e médio estavam na dependência particular; 62,7 por cento da matrícula na educação pré-escolar se concentravam na mesma dependência administrativa e, em 1989 (últimos dados disponíveis do SEEC/MEC), 77 por cento dos portadores de necessidades especiais eram atendidos em instituições especializadas particulares. Compreende-se essa espécie de “terceirização” realizada pelo Estado: em pesquisa recente, Cardoso (1997) constatou que, na rede municipal do Rio de Janeiro, o custo direto de funcionamento aluno/ano em escolas espe-



ciais (isto é, o custo de operação de tais escolas) foi de R\$ 2.002,86, enquanto o de uma classe especial foi de R\$ 1.302,39. Em contraste, a despesa média aluno/ano de uma organização não-governamental pesquisada foi de US\$ 334,36 em 1994 (Gomes e Amaral Sobrinho, 1996). Assim, embora a Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, estabeleça valor diferenciado por aluno de educação especial, o que representa um incentivo ao seu oferecimento preferencial pelas redes escolares públicas (LDB, art. 60, parágrafo único), a curto e médio prazos, persiste o problema da falta de recursos. Além disso, numerosos depoimentos de educadores não deixam passar despercebido o risco de se desviarem os recursos destinados aos alunos de educação especial (um grupo de escassa capacidade de barganha) quando a escola recebe valor *per capita* específico, em nome de um falso princípio democrático, que visa beneficiar as “maiorias”.

*Last but not least*, o Título VII, “Dos Recursos Financeiros”, dá os meios para a corporificação de princípios e o atingimento de objetivos fixados pela Lei, tendo dois focos nítidos de preocupação: definir claramente os recursos para a manutenção e desenvolvimento do ensino e estabelecer critérios públicos de alocação de recursos. Assim, os principais pontos desse Título são:

- a definição dos recursos públicos destinados à educação e não apenas à manutenção e desenvolvimento do ensino, já que essa fonte é uma entre outras necessárias ao setor (art. 68);
- o conceito de despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino é mais preciso e rigoroso, evitando que sejam financiadas com os recursos vinculados obras de infra-estrutura e outras, utilizadas como válvulas de escape para descumprir os objetivos constitucionais estabelecidos primeiramente pela Emenda Calmon (arts. 70 e 71);
- é estabelecido um calendário de repasse de recursos ao órgão responsável pela educação, para evitar que esse seja preterido pela desvinculação, na prática, dos meios financeiros (art. 69, § 5º e 6º).

Além das normas usuais, as Disposições Transitórias da Lei apresentam um conjunto de medidas integradas em favor do ensino fundamental. É assim que a Década da Educação, iniciada em 23 de dezembro de 1997, inclui:

- o recenseamento dos educandos do ensino fundamental, especialmente dos gru-

pos de sete a 14 e de 15 a 16 anos de idade;

- a matrícula de todos os educandos a partir dos sete anos de idade e, facultativamente, a partir dos seis;
- o provimento de cursos presenciais ou à distância aos jovens e adultos insuficientemente escolarizados;
- a realização de programas de capacitação para os professores em exercício, valendo-se também da educação à distância;
- a integração de todos os estabelecimentos de ensino fundamental ao sistema nacional de avaliação do rendimento escolar;
- a progressão das redes escolares públicas urbanas de ensino fundamental para o regime de escolas de tempo integral (art. 87).

#### 4. Políticas públicas adotadas

O Programa *Toda Criança na Escola* (Brasil, 1997) teve a posição cautelosa de não prever, entre as alternativas pedagógicas a serem incentivadas, senão as que têm sido testadas nos últimos anos, entre elas a aceleração da aprendizagem, as escolas rurais multisseriadas e o regime de progressão continuada. Prevê ainda a mobilização da sociedade civil, a descentralização e ampliação dos programas de apoio e o fortalecimento da escola.

A aceleração da aprendizagem já era facultada pela Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971, e continua a sê-la pela nova LDB (art. 23, *caput*; art. 24, II, *c*, e III). Vários estados e municípios têm criado classes de aceleração da aprendizagem, que oferecem aos alunos com distorção série/idade oportunidades com professores especificamente treinados, material didático específico, jornada letiva mais longa, atividades letivas nas férias e outras alternativas para retomarem a trajetória regular. Os resultados têm sido positivos, embora seja indispensável trabalhar intensamente pela mudança das classes regulares. Não faria sentido utilizar a aceleração da aprendizagem enquanto a escola continua contribuindo para que novos alunos fracassem e se eleve a distorção série/idade.

As escolas rurais multisseriadas se têm inspirado na experiência da *Escuela Nueva* da Colômbia. O ensino, em vez de seriado, se organiza em módulos, com atividades diversificadas e de monitoria que estimulam os laços de solidariedade entre os alunos. Como 43,6 por cento dos estabelecimentos de ensino fundamental tinham até 30 alunos, onde estuda-

vam apenas 4,3 por cento do alunado (1996), a consolidação de escolas unidocentes rurais é inviável em muitas áreas do Brasil. Com a nova metodologia, é possível superar os correspondentes desafios, inclusive obedecendo a calendário letivo adequado às condições locais.

O regime de progressão continuada é parte da tendência à desserialização, verificada no Brasil e em outros países. Como no caso do Estado de São Paulo, o regime divide o ensino fundamental em ciclos e elimina a reprovação durante as oito séries do ensino fundamental. Em geral, o aluno é automaticamente promovido, mas tem avaliação continuada e, se necessário, reforço dos conteúdos em que não apresenta rendimento satisfatório.

Essa inovação evoluiu a partir de experiências pioneiras e mais ou menos insatisfatórias dos anos 80, quando foram organizados ciclos básicos de alfabetização (cf., por exemplo, Silva e Davis, 1994; Zapponi, 1991). Os resultados das avaliações indicaram que, sem alteração da mentalidade voltada para o fracasso escolar, empurrava-se o problema do baixo rendimento para depois do ciclo básico, prolongando de qualquer forma o tempo passado na escola. Era uma experiência semelhante à veemência do marido traído que vende o sofá para que nele nunca mais venha a se consumir o adultério... Conquanto a progressão continuada chegue com novo arsenal, certamente precisará de cuidadosos acompanhamento e avaliação.

Parcimonioso e não novidadeiro, o Programa *Toda Criança na Escola* deixa, entretanto, uma omissão, que é o silêncio sobre a educação especial, a ser certamente retificado. Como já foi observado, um país que deseja aproximar-se da taxa líquida de escolarização de 100 por cento não pode negligenciar o grupo de portadores de necessidades especiais, inclusive porque os princípios de igualdade de condições e de democratização educacional, além do dever do Estado no que tange ao ensino fundamental, devem ser concretizados coerentemente. Não seria democracia a que aceitasse pessoas um pouco diferentes, enquanto rejeitasse as mais diferentes. Cabe, portanto, adotar medidas que tirem essas pessoas do ocultamento e da vergonha e, sobretudo, que as escolas possam trabalhar pelo seu sucesso. Sob esse particular, cabe reconhecer que, embora o princípio da integração às classes regulares esteja consagrado, a Lei o encara com prudência. Há necessidades especiais mais e menos complexas,

associadas ou não entre si, que podem requerer escolas especiais (LDB, art. 58, § 2º), por serem mais recomendáveis dos pontos de vista da pedagogia e da economicidade (reunião de recursos num só local para maior eficácia dos serviços e redução do custo unitário). Por outro lado, a integração deve fazer-se à medida que professores, especialistas, alunos, prédios e equipamentos estiverem em condições de receber os portadores de necessidades especiais. Já lhes basta a carga de estigmatização e a própria geração indevida de novos e supostos portadores de tais necessidades pela própria escola. Se considerarmos os custos de outros níveis de ensino, inclusive instituições federais de educação superior que superam os R\$ 10.000,00 por aluno/ano, os valores atrás indicados para a educação especial não podem ser considerados proibitivos.

## 5. Conclusão

Em suma, o Brasil dispõe de um conjunto bastante amplo de remédios legais e de alternativas em políticas públicas, embora insuficientemente avaliado do ponto de vista científico. Quanto às últimas, são numerosas e não podemos aqui traçar um painel completo. No que tange às normas legais, a cautela deve ser redobrada. Temos uma tradição de jurisdicção pedagógica, pelo qual o Estado, com vocação napoleônica, regula os menores detalhes do setor. Não faltam minuciosas regras que, uma vez lidas, prenunciariam um mundo de quase perfeição, quando as mesmas se distanciam amplamente do mundo real. Daí a famosa expressão de Anísio Teixeira, repetida numerosas vezes por Darcy Ribeiro: *Tudo legal e tudo muito ruim*. É hora de superarmos o formalismo e perseguirmos a eficácia.

## Bibliografia

- BARBOSA, Francisco Salatiel de A., GOMES, Candido Alberto C. *Dos direitos sociais : educação*. Brasília : Senado Federal, Assessoria, 1987.
- CARDOSO, Dalva. *Custos de educação especial : análise comparativa do custo/aluno em escolas da rede municipal do Rio de Janeiro*. Brasília : Universidade Católica de Brasília, 1997. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Brasília, 1997.
- FLETCHER, Philip R., CASTRO, Cláudio de Moura. *Os mitos, as estratégias e as prioridades para o ensino de 1º grau*. Brasília : IPEA, 1985.

- GOMES, Candido Alberto, AMARAL SOBRINHO, José. *Educação especial no Brasil: perfil do financiamento e das despesas*. Brasília : MEC, SEESP, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1, de 1969*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972. v. 6: Arts. 160-200.
- . *Direito à educação*. Rio de Janeiro : Alba, 1933.
- PRIMARY school repetition : a global perspective. Genebra : UNESCO, International Bureau of Education, 1996.
- PROGRAMA toda criança na escola. Brasília : MEC, 1997.
- RESULTADOS do SAEB/95 : escalas de proficiência. Brasília : MEC, 1997.
- SILVA, Rose Neubauer, DAVIS, Cláudia. *É proibido repetir*. Brasília : MEC, Secretaria de Educação Fundamental, 1994.
- ZAPPONI, Neuza. Experiências de implantação do ciclo básico : tentativas de diminuição das deficiências na alfabetização. In: CADEMARTORI, Lúgia (org.). *O desafio da escola básica: qualidade e equidade*. Brasília : IPEA, 1991. p. 119-26.

# Tentativas de criação da justiça agrária após a Constituição Federal de 1988

A. MARCOS DA S. DE JESUS

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Projeto Laranjeira. 3. Antonio Pinoti Jurandir. 4. Vitor Barboza Lenza. 5. Projeto de Lei Complementar nº 140/89. 6. Projeto de Lei nº 4.005/89. 7. PEC 47/95. 7.1. Órgãos da Justiça Agrária. 7.1.1. Tribunal Superior Agrário. 7.1.2. Tribunais Regionais Agrários. 7.1.3. Juízes Agrários. 7.2. Competência. 7.3. Parecer do Senador Edison Lobão. a) escassez de recursos. b) inexistência de profissionais. 8. Considerações finais.

## 1. Introdução

O único artigo constitucional disposto sobre a jurisdição agrária é o 126<sup>1</sup>:

“Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias.

*Parágrafo único.* Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.”

Após a Constituição, várias tentativas de mudanças foram propostas, no sentido de se criar uma Justiça Agrária mais abrangente do que o disposto na CF, que aliás, não tem sido aplicado. Passamos, então, a enumerar e analisar algumas dessas propostas e projetos.

## 2. Projeto Laranjeira

Denominação dada pela Revista da Associação Brasileira para a Reforma Agrária (ABRA) ao anteprojeto de Foro Agrário do

A. Marcos da S. de Jesus é Acadêmico em Direito da UFV-MG e bolsista do CNPq.

<sup>1</sup> Vide artigo A Justiça Agrária na Constituição Federal. *R. Inf. Legisl.*, nº 136.

Ministério da Justiça, em homenagem ao Professor Raymundo Laranjeira<sup>2</sup>.

É a primeira proposta para a jurisdição agrária surgida depois da Constituição Federal e das restrições feitas por ela à criação da Justiça Agrária.

Incumbido de escrever um esboço de anteprojeto de justiça agrária, diante dos obstáculos, principalmente o constitucional, figurado no art. 126, o máximo que o Professor Laranjeira pôde fazer foi um anteprojeto de foro agrário.

“...seria até preferível falar em foro agrário, mas nunca em justiça agrária, como tal, que pressupõe a entidade ímpar, mais abrangente, sem a dispersão de competências e que é, sobretudo, organismo dotado de reconhecimento constitucional”<sup>3</sup>.

Porém, mais que isso, o objetivo do Professor Laranjeira, que foi alcançado, era fazer um trabalho que servisse de parâmetro aos futuros agraristas,

“como embrião para uma verdadeira Justiça Agrária, a ser instituída por um Governo que, antes de tudo, pense em executar a Reforma Agrária que rompa com a magnitude latifundiária e que acabe com os privilégios da burguesia que dominou o campo no Brasil”<sup>4</sup>.

Certamente, entre as propostas, essa é a que melhor obedece aos critérios científicos do Direito Agrário e da técnica legislativa. É uma proposta que, antes da regulamentação propriamente dita e antes de descrever procedimentos, tem conceitos precisos dos elementos ligados à jurisdição agrária. Exemplo que deveria ser seguido pelos legisladores. As normas devem primar por estabelecer conceitos e princípios ao invés de enumerar e exemplificar exaustivamente, causando confusão jurídica.

Assim, são encontrados no anteprojeto o conceito de conflito fundiário, atividade agrária, atividade agrária de produção, de pesquisa, de experimento e de conservação e outros. Isso é importante para delimitar a competência agrária.

Outro ponto forte no anteprojeto é a caracterização das questões que são da competência agrária estadual e federal. Excluindo, e bem, as que pertencem à Justiça do Trabalho.

<sup>2</sup> Revista da ABRA, v. 19, n. 3, dez.1989/mar. 1990.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 87.

<sup>4</sup> Ibidem.

Por último, estabelece o procedimento agrário próprio, primado pela celeridade, informalidade, economia processual etc.

Devido à limitação constitucional, a ementa do anteprojeto diz que visa delimitar a “competência das Varas Agrárias decorrentes do art. 126 da CF”. Mas, como argumentamos alhures, tal dispositivo não criou Varas Agrárias e se restringiu à competência dos conflitos fundiários. O que poderia ocorrer seria a criação de Varas Agrárias, federais e estaduais (por iniciativa dos Tribunais de Justiça e com entrância especial) que teriam como regulamento esta proposta da Comissão do Ministério da Justiça.

O anteprojeto não foi avante, mas tem servido de parâmetro para outros projetos, como foi o caso dos PL nº 4.005/89 e PL nº 896/91, ambos de autoria do Deputado Nelson Gibson.

### 3. Antônio Jurandir Pinoti

Antônio Jurandir Pinoti propõe a alteração do *caput* do art. 126 da CF para os seguintes termos:

“Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, classificadas em entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias”.

Ele justifica a proposta ante ao princípio do juiz natural, que pode ser ferido quando da designação do juiz, ao invés da criação de varas.

O art. 126 alterado estaria em consonância com o art. 96, I, *d*, que elenca como competência do Tribunal de Justiça a propositura da criação de varas. A proposta é melhor do que a redação atual, pois a prestação jurisdicional agrária seria mais eficiente se estruturada em varas do que por simples designação. Porém, ainda permanecem os outros inconvenientes, por exemplo, a desconcentração da competência agrária e a competência restrita apenas aos conflitos fundiários.

### 4. Vitor Barbosa Lenza

Vitor Barbosa Lenza faz uma proposta alternativa: a criação dos Juizados Agrários<sup>5</sup> para resolver questões agrárias cujo valor não exceda a 40 salários mínimos e questões penais

<sup>5</sup> Juizados Agrários, JA : doutrina, jurisprudência, legislação, prática. Goiânia, AB, 1995.

agrárias relativas a contravenções, crimes culposos ou crimes dolosos a que a lei comine pena máxima de até 2 anos de detenção e até 1 ano de reclusão, para os quais se aplicarão a Lei nº 7.244/84 (procedimento oral e sumaríssimo).

Das decisões dos JA caberá recurso inominado para o Colegiado Recursal Agrário (CRA) — composto por 3 juízes do primeiro grau e com competência regional nas microrregiões agrárias, sob a presidência do mais antigo na magistratura estadual.

Seria regido pelos princípios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual, da gratuidade e da celeridade. Com preferência à conciliação das partes.

Somente o rurícola, o pequeno proprietário rural e o pequeno possuidor ou pequeno proprietário rural serão sujeitos de direito do pólo ativo da ação nos JA, sendo vedado às pessoas jurídicas e a outros proprietários serem pólo ativo das ações.

Trata-se de uma boa proposta, com princípios processuais adequados para as ações de natureza agrária. Mas é uma proposta alternativa, pois todos esses feitos e procedimentos já seriam atendidos e aplicados com a criação da justiça agrária.

## 5. Projeto de Lei Complementar nº 140/89

É um projeto de autoria do Deputado Wilson Souza. Estabelecia o procedimento contraditório especial para o processo judicial de desapropriação e de imissão de posse para fins de reforma agrária, previsto no art. 184, § 3º da Constituição Federal.

Esse projeto (no art. 2º) determinava a mesma designação de juízes estaduais (do art. 126 da CF) para essas ações e demais demandas sobre questões agrárias. Contrariando o *caput* do art. 184 da Constituição Federal combinado com o art. 109, I da CF — que estabelece a competência federal para as ações em que a União esteja interessada — e o art. 126 da CF, que determina esse foro agrário só para os conflitos fundiários. Sendo, portanto, inconstitucional.

O projeto estimulava o ingresso de juízes nas Varas Agrárias e previa o concurso adicional de provas de Direito Agrário, Economia Rural, Sistema Financeiro Nacional e Direito Internacional Comparado. Apesar dessas disposições, não havia, e não há, salvo alguns poucos casos, Varas Agrárias. O art. 126 da Constituição Federal não criou essas Varas. Isto é

competência dos Estados, por iniciativa do seu Tribunal de Justiça.

O projeto, cheio de incoerência constitucional, foi arquivado.

Em 1990, o Deputado Wilson Souza, juntamente com o Deputado Haroldo Sabóia fizeram na íntegra a mesma proposta de lei complementar (agora com o nº 270/90), que foi prejudicada pela aprovação do Projeto de Lei Complementar nº 71/89.

## 6. Projeto de Lei nº 4.005/89

Este Projeto de Lei é de autoria do Deputado Nilson Gibson. Conforme seu art. 1º, estabelecia diretrizes para a instituição de Varas Agrárias das Justiças Federal e Estadual, segundo este, previstas no parágrafo único do art. 126 da Constituição Federal.

O parágrafo único do art. 126 da CF não prevê nenhuma criação de Varas Agrárias, apenas dispõe que:

“Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litúgio”.

Fora o equívoco constitucional, como proposta alternativa e intermediária de justiça agrária, esse projeto era viável. Era uma proposta melhor do que o disposto no art. 126 da CF, porque não aumentava a divisão de competência para a matéria agrária e fazia uma conjugação entre Varas Agrárias estaduais e federais, driblando os entraves constitucionais e o argumento obstrucionista da onerosidade da Justiça Agrária.

O projeto previa a instalação de Varas Agrárias na capital e no interior, tanto no âmbito federal quanto estadual. Caracterizava e definia as questões agrárias, os conflitos fundiários e a atividade agrária. Excluía dessa jurisdição as questões trabalhistas e incluía alguns crimes no setor agrário. Adotava o procedimento das lides trabalhistas, com a obrigatoriedade de representação por advogado. Previa, ainda, a instalação da Defensoria Pública e a representação ou substituição por Sindicatos ou Associação de Trabalhadores Rurais.

O Deputado Nilson Gibson teve como parâmetro o “Projeto Laranja” da Comissão do Ministério de Justiça:

“Este projeto de lei tem por finalidade principal provocar o debate sobre o tema. Reconheço que ele ainda apresenta imperfeições. Mas em sua elaboração foram tomadas em conta as diferentes

vertentes sobre o tema e as contribuições havidas ao longo do tempo, desde que a matéria começou a ganhar importância significativa. Inclui este projeto, até mesmo, algumas das múltiplas sugestões contidas no Anteprojeto elaborado pelo Ministério da Justiça e que foi devidamente publicado, para o recebimento de sugestões.”

Infelizmente o Projeto foi arquivado.

Em 1991, o Deputado Nilson Gibson, por meio do PL nº 896/91, voltou a propor a instituição de Varas Agrárias nos termos do projeto anterior, com a supressão do art. 1º que fazia referência ao parágrafo único do art. 126 da CF. A Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados deu parecer pela inconstitucionalidade do projeto, que foi arquivado nos termos do art. 58, § 4º do Regimento Interno.

## 7. Proposta de Emenda Constitucional nº 47/95

É um projeto de autoria do Senador Romeiro Jucá. O que mais interessa é por ser um projeto de emenda a Constituição Federal, que visa instituir a Justiça Agrária de forma completa e como órgão especial e autônomo do Judiciário e por estar em tramitação no Congresso Federal.

O projeto apresenta as seguintes características:

a) institui a Justiça Agrária o Ministério Público Agrário, alterando os arts. 92 e 128 da Constituição Federal e acrescentando ao Capítulo III do Título IV, a Seção V, que dispõe “Dos Tribunais e Juízes Agrários”, com 4 novos artigos. Além de revogar expressamente o art. 126 e acrescentar dois artigos aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

b) inova no aspecto formal da Constituição, para evitar uma renumeração dos artigos posteriores à nova Seção V, que é a repetição dos artigos 111-114 seguidos da letra A (111-A a 114-A).

### 7.1. Órgãos da justiça agrária

A PEC nº 47/95 cria a justiça agrária com os seguintes órgãos:

#### 7.1.1. Tribunal Superior Agrário – TSA

O TSA é composto, no mínimo, por 15 ministros, escolhidos da mesma forma que os do

Tribunal Superior do Trabalho, sendo 11 entre juízes dos Tribunais Regionais Agrários e 4 entre advogados especialistas em Direito Agrário e membros do Ministério Público Agrário, alternadamente, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Não há juiz vogal.

O § 2º do art. 111-A, que deveria estar no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispõe que na primeira investidura o TSA terá apenas 7 ministros. Isto viabiliza a composição do TSA porque não há ainda o MPA e TRA's. Mas a PEC não dispõe se a nomeação será de livre escolha ou se estes 7 ministros serão escolhidos entre os de TRF's ou algo parecido; nesse ponto foi omissa.

O funcionamento do Conselho da Justiça Agrária será junto ao TSA, para a supervisão administrativa e orçamentária, incumbindo-lhe receber e processar as reclamações contra os Tribunais e Juízes Agrários.

#### 7.1.2. Tribunais Regionais Agrários — TRA's

O art. 112-A cria os TRA's, um em cada Estado, DF ou Território Federal. Haverá, no mínimo, 7 juízes, que serão escolhidos da mesma forma que os dos Tribunais Regionais Federais, recrutados na respectiva região, sendo 1/5 entre os advogados (com mais de dois anos de efetiva atividade profissional em direito agrário) e membros do MPA's (com mais de dois anos de carreira) e os demais, Juízes Agrários promovidos (com mais de 2 anos de exercício). O tempo de experiência é pequeno devido à existência de poucos profissionais na área.

A PEC nº 47/95 é omissa em relação à primeira investidura nos TRA's; como serão nomeados Juízes Agrários membros do MPA se ainda não existe? O ideal seria, na primeira investidura, nomear juízes federais comuns, fazendo-os passar por um curso de especialização em direito agrário.

Vencida a etapa da primeira investidura, outro questionamento que cumpre fazer é sobre o recrutamento de Juízes Agrários na respectiva região. Essa exigência no caso dos TRF's, que é órgão da justiça federal comum, possuindo nas respectivas regiões vários juízes federais, é flexível. Para o TRF's, o recrutamento será na respectiva região quando possível, já para os TRA's, o mandamento não apresenta essa flexibilidade. O que deveria ser contrário, por se tratar de uma justiça ainda nascitura.

### 7.1.3. Juízes Agrários

Vem disposto no art. 113-A.

O ingresso na carreira dar-se-á por concurso público de provas e títulos, com prova de Direito Agrário e exigência de título de especialidade na área, além da comprovação da experiência específica.

Essa exigência é um excesso de zelo desnecessário e obstaculizante. Haja vista a existência de poucos cursos de especialização ou de mestrado em Direito Agrário no País. Outrossim, não é tão-somente a especialização acadêmica que dará ao juiz a mentalidade agrarista. Esta é também uma questão de sistema legal aplicado, de princípios, normas e procedimentos adotados. Tanto é assim que o título de especialização não é exigido para o candidato a juiz da Justiça do Trabalho. Ademais, aprovado na primeira etapa, o futuro juiz deve receber um curso de matérias da área, que não deixa de ser uma especialização.

### 7.2. Competência

Na PEC nº 47/95, a competência agrária foi centralizada, reunindo-se a que se encontra na justiça federal e na estadual unicamente na Justiça Agrária.

O art. 114-A faz uma enumeração exemplificativa, de modo a abranger toda a matéria e conteúdo do direito agrário, incluindo as questões relativas à tributação, à previdência rural, ecologia e à conservação dos recursos naturais, aos direitos e ocupações das terras indígenas e aos crimes praticados na disputa da terra e de seus acessórios.

O projeto não cometeu o erro de elencar na competência da Justiça Agrária matéria de direito do trabalho, ainda que rural.

Como disposição transitória, compete ao presidente do TSA providenciar a instalação e o funcionamento da Justiça Agrária, nos termos do art. 99 da Constituição Federal. Enquanto isso, a jurisdição e as atribuições dos Juízes Agrários competirão à Justiça Federal e à Justiça Comum, como se encontram atualmente. E o art. 126 da Constituição Federal é expressamente revogado.

A PEC nº 47/95 revela-se como uma síntese dos diversos estudos e propostas de criação de Justiça Agrária que houve até aqui, sendo uma proposição viável e adequada para as necessidades brasileiras.

O projeto encontra-se atualmente na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

### 7.3. Parecer do Senador Edison Lobão

Na Comissão de Constituição e Justiça, foi nomeado como relator da PEC 47/95 o Senador Edison Lobão, que já apresentou parecer, mas que ainda não foi votado.

O parecer é desfavorável. O relator faz uma apreciação dos aspectos formais e materiais.

Sobre os aspectos formais, basicamente a numeração repetida dos artigos seguidos da letra A. Mesmo reconhecendo o objetivo, manifesta-se contrário “em face das exigências técnicas de ordenamento dos artigos da Constituição, de modo uniforme e em algarismos arábicos”. Sugerindo que “melhor seria ordená-la racionalmente, determinando-se a renumeração dos artigos subsequentes”.

Quanto ao mérito da proposta, o parecer manifesta-se favorável, discordando, entretanto, da sua oportunidade.

Levanta-se a barreira orçamentária, dizendo-se que a implantação da Justiça Agrária representaria uma soma ponderável de recursos para a União, podendo, aliada à inexistência de profissionais especializados para exercerem essa magistratura, constituir uma imensurável frustração. Aponta que é um risco essa Justiça vir a sofrer de um vício originário, “exercida por meia dúzia de neófitos ou nefelibatas, que nada poderão fazer para equacionar o nosso antigo e doloroso problema”. E faz um substitutivo, que de forma canhestra propõe emenda ao art. 126 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

“Art. 126. Nos Estados onde existirem conflitos fundiários, os Tribunais de Justiça designarão, de imediato, juízes com exclusiva competência para questões agrárias, organizando as correspondentes carreiras especiais”.

O parecer dá e depois toma. Elogia para logo mais criticar. Aceita sem reservas para depois rejeitar. Salienta a sua necessidade e urgência no prelúdio para depois dizê-lo inoportuno e, finalmente, fazer uma contraproposta simplória, que é apenas uma redundância do que já existe no art. 126.

No fundo o parecer representa o que ocorreu ao longo desses anos, o rechaçamento de qualquer proposta que traga mudanças para o campo e venha instrumentalizar uma reforma agrária. O Professor Raymundo Laranjeira<sup>6</sup> alerta para isso:

“As hostes conservadoras do País têm

<sup>6</sup> Op. cit., p. 15



conseguido obstruir o advento da Justiça Agrária. Quer por manifestações expressas de minimização do seu papel reformador, quer pelo simulacro de óbices financeiras à sua implantação”.

Entretanto, não é difícil refutar esses óbices.

#### a) *Escassez de recursos*

Esse argumento já é velho. Quando o assunto é ajuda a banqueiros ou dívidas de latifundiários, esse obstáculo deixa de existir.

Isso não deve subsistir ante a necessidade e as conseqüências benéficas da Justiça Agrária para o Brasil. A escassez que há é de juízes. E os novos juízes e serventuários da Justiça Agrária não devem ser encarados como um aumento na despesa orçamentária, mas como um suprimento da atual carência do país.

“Na verdade, o primeiro problema prático é o de aumento do número de magistrados, pois que o número de juízes não corresponde evidentemente ao excesso de causa e ao número de jurisdicionados. Deve haver uma correspondência entre quantidade de juízes, jurisdicionados e feitos, para evitar o retardamento do processo e permitir a aplicação da celeridade processual”<sup>7</sup>.

#### b) *Inexistência de profissionais*

Essa crítica só tem sentido em face dos arts. 112-A e 113-A. O primeiro determina que os juízes dos TRA's serão “recrutados na respectiva região”. Já o segundo artigo dispõe sobre o ingresso na carreira de Juiz Agrário, exigindo não só a prova de Direito Agrário, como também “o título de especialista na área, além da comprovação da experiência específica”. Exigência impossível de ser amplamente atendida e, acima de tudo, desnecessária.

O Professor Caio Mário<sup>8</sup>, salientando a necessidade da Justiça Agrária, adverte que

“não é questão pessoal, pois que das mesmas faculdades saem os que vão integrar a justiça comum e a justiça do trabalho. É uma decorrência da criação de critérios que modelam as mentalidades”.

O argumento, portanto, perece e, ao invés de substituída, a proposta deveria ser emendada no sentido de excluir essa exigência.

<sup>7</sup> FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 1995.

<sup>8</sup> Apud J. M. Maia. Op. cit., p. 475.

## 8. Considerações finais

O poder público sempre tomou medidas paliativas e distorcidas. As inovações realizadas pelo Estado, quase sempre, foram de acordo com a conveniência da classe dominante. São medidas aplacadoras da contradição existente. Quando não dá mais para ficar como está, quando a crise é aguda e beira a revolta dos dominados, aí o Estado faz algumas concessões, faz um retoque do sistema, de forma a impedir a sua superação e para que o domínio de uma classe sobre a outra continue.

Vários são os exemplos encontrados na História do Brasil.

O Brasil há muito tempo necessita de política agrária e agrícola e de uma reforma agrária, com distribuição de terra, assistência técnica, incentivo financeiro etc., mas o Poder Público faz simplesmente colonização e, recentemente, assentamentos, sem compromisso com o seu sucesso, dizendo que está distribuindo terras e fazendo reforma agrária.

O mesmo ocorreu e vem ocorrendo com a necessidade da Justiça Agrária. Durante muitos anos os agraristas lutam para criá-la no Brasil, como um órgão autônomo e especial do Poder Judiciário, para conhecer e julgar toda e qualquer questão agrária.

Várias foram as propostas tentando a sua instituição, que sistematicamente foram rejeitadas. Até que o constituinte de 1988, como a insistência era grande e de longa data, elaborou o art. 126. Mais uma vez tapeando os clamores progressistas.

Concluindo, vale escrever a denúncia de José Gomes:

“O problema fundiário brasileiro nasceu com o primeiro exercício político de um território que pretendia transformar-se em nação (...). Assim o Brasil atravessou o período inicial das Capitânias, adentrou a época das sesmarias, percorreu o Império e viu nascer a República. As raras e tímidas tentativas disciplinadoras que o Poder público tentou implantar ou já vinham comprometidas em sua origem com os interesses da grande propriedade territorial ou acabaram sendo para elas canalizadas”<sup>9</sup>.

Nota-se que pela maioria das propostas, há uma interpretação equivocada de que o art. 126

<sup>9</sup> O problema fundiário do Brasil e sua dimensão política. *Revista da ABRA*. v. 7, n. 4, jul./ago. 1977.

da Constituição Federal criou Varas Agrárias estaduais. O que não é correto, pois tal dispositivo apenas criou a possibilidade da figura do Juiz Agrário itinerante e mesmo assim não tem sido posto em prática, além de uma série de inconveniências.

A proposta mais adequada e completa é a PEC nº 47/95. O Projeto Laranja pode ser usado como uma lei regulamentadora da Justiça Agrária.

Já a proposta de Vitor Barboza Lenza e o PL nº 4.005/89 podem ser adotados como propostas alternativas de Justiça Agrária.

### Bibliografia

- BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar as origens, causas e conseqüências da violência no campo brasileiro*. Relator: Deputado Jonas Pinheiro. 12 de dezembro de 1991, Brasília.
- . Centro de Documentação e Informação. Seção de Documentação Parlamentar. *Projeto de Lei nº 896, de 1991*.

- . *Projeto de Lei nº 4.005, de 1989*.
- . *Projeto de Lei Complementar nº 140, de 1989*.
- . *Projeto de Lei Complementar nº 270, de 1990*.
- BRASIL. Congresso. Senado Federal. Centro Gráfico. *Proposta de Emenda Constitucional nº 47, de 1995*.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 1995.
- GOMES, José. O problema fundiário do Brasil e sua dimensão política. *Revista da ABRA*, v. 7, n. 4, jul./ago. 1977.
- LENZA, Vitor Barboza. *Juizados Agrários, JA*. Goiânia : AB, 1995.
- MAIA, J. Motta. Justiça agrária, igualdade de todos em face da lei. In: *Conferência Nacional da OAB*, 7, 1976, Salvador. [*Anais*\_] Brasília, p. 463-479.
- PINOTI, Antonio Jurandir. Proposta de alteração do art. 126 da Constituição Federal. *Decisão*, v. 8, n. 9, p. 47-50, ago. 1993.
- REVISTA DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE REFORMA AGRÁRIA, ABRA, v. 19, n. 3, dez. 1989-mar. 1990. ISSN 0102-1184.

# Aspectos da avaliação institucional dos programas de pós-graduação em Direito: instrumentos e concepções

LUIZ EDSON FACHIN E MARIA FRANCISCA  
CARNEIRO

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Considerações acerca da avaliação dos programas de pós-graduação no Brasil. 2.1. Aspectos recentes da avaliação institucional no Brasil e no mundo. 2.2. Observações sobre o caso brasileiro. 2.3. Reflexões sobre a avaliação dos cursos de pós-graduação em Direito. 3. Avaliação como procedimento em educação. 3.1. O binômio quantidade/qualidade no processo de avaliação. 3.2. O difícil (mas possível) diálogo micro-macro. 3.3. Taxonomias, objetivos e hierarquização. 4. Conclusão.*

## 1. Introdução

Este trabalho trata de elementos que contribuem para discutir aspectos do conceito de avaliação educacional, em seus fundamentos históricos e sociológicos, verificando-se quais as razões do privilégio de alguns métodos em detrimento de outros.

Abordam-se as principais tendências de avaliação institucional no panorama mundial, relacionando-as com as características apresentadas pelo instrumento nacional Datacapes.

Apresenta-se uma preliminar sugestão de alguns elementos que podem ser eventualmente considerados, para o prosseguimento da pesquisa em avaliação nos cursos de pós-graduação em Direito.

Analisa-se os critérios quantitativos e qualitativos de avaliação, em suas virtudes, problemas e questões.

Consideram-se as dificuldades institucionais nas relações entre o micro e o macrosistema social, no contexto da avaliação, bem como a inevitabilidade das taxonomias, do estabelecimento e hierarquização de objetivos em avaliação educacional.

Luiz Edson Fachin e Maria Francisca Carneiro são Professores Doutores da Pós-Graduação em Direito da UFPR.

Estudo apresentado à Diretoria do Conpedi e ao Comitê de Direito da Capes.

## 2. Considerações acerca da avaliação dos programas de pós-graduação no Brasil

Falar sobre a avaliação do ensino de terceiro grau, no Brasil, incluídas as pós-graduações, implica também pensar a função social da universidade em nosso País.

O debate, do qual a universidade é o centro e que engloba as questões da autonomia, legitimidade, política financeira, problemática social etc., só faz ressaltar a importância e o papel que exerce a universidade. Diz Amorin<sup>1</sup>:

“A Sociologia da Educação sempre reconheceu duas dimensões importantes na relação sistema de ensino-sociedade: que o sistema de ensino, em qualquer nível ‘serve’ à sociedade na qual está inserido, que este sistema (especialmente em seu nível superior) goza de razoável autonomia, mantendo uma relação ‘criativa’ com a sociedade”.

### 2.1. Aspectos recentes da avaliação institucional no Brasil e no mundo

A avaliação institucional nas universidades brasileiras e latino-americanas, em geral, é uma realidade relativamente recente, se comparada ao que ocorre nos países europeus.

Em vários países do mundo, pode-se dizer que, em nossos dias, essa atividade transita em torno de dois grandes subsunções: autonomia e qualidade.

A França, na tentativa de solucionar o problema da ingerência estatal na avaliação das universidades – porque esta tarefa era realizada por órgão do governo federal –, criou a figura dos “pares”, avaliadores que intermediam as instituições e o governo. No Brasil, com algumas adaptações, essa modalidade inspirou a criação dos professores avaliadores da Capes e os consultores do CNPq, por exemplo.

A Inglaterra, com uma tradição secular de autonomia, considerava como desastrosa qualquer intervenção do Estado nas universidades. O intermédio era feito por “acordos de cavaleiros” celebrados entre as partes, por meio do órgão UGC (University Grants Committee), hoje menos fortalecido e talvez atropelado pelos intensos ritmos da globalização e suas relações de produção, sociedade e mercado.

Uma recente tendência no panorama euro-

<sup>1</sup> AMORIN, Antônio. *Avaliação institucional da universidade*. São Paulo : Cortez, 1992. p. 80.

peu<sup>2</sup> é o surgimento de um *evaluative state*, como interessante alternativa para os países com forte tradição de Estado avaliador (como, por exemplo, a França). Para essa modalidade, a avaliação institucional, realizada pelo governo, não é desenvolvida com base em um planejamento *a priori* e burocrático, estabelecido pelo governo, mas, sim, *a posteriori*, em que se busca atingir padrões de desempenho indicados pela sociedade como um todo. Esses mecanismos, quanto ao “estado de arte”, ensejam estudo e desenvolvimento, principalmente porque implicam uma grande discussão na inversão funcional do conhecido binômio planejamento/avaliação.

Ainda sobre a tendência atual dos movimentos de avaliação no ensino superior, ouçamos Peukert<sup>3</sup>:

“Hoy se tiene cada vez más la impresión de que nos hallamos ante el umbral de una época histórica en la que todas las anteriores interpretaciones y orientaciones se cuestionan. Para la visión histórica se dibujan los contornos de un espacio histórico, y cada vez son más claras las tendencias fundamentales que lo determinan. Lo que en el fondo nos permite hablar de una especie de ‘umbral epocal’ caracterizado por la crisis, es la impresión de que son precisamente las repercusiones de la modernidad, en cuanto desarrollo social que en su dinámica se supera continuamente a sí mismo, las que vuelven sobre ella poniéndola en peligro. Al amenazarse a sí misma, la modernización, en cuanto movimiento histórico, se hace así objetivamente reflexiva”.

O que se observa, nitidamente, é que a pesquisa educacional em avaliação não cessa; ao contrário, é cada vez mais intensa, especialmente em se tratando de universidades e pós-graduações, por causa da maior estreiteza com o mercado de trabalho e as suas relações com a produção de ciência.

<sup>2</sup> NEAVE apud SCHWARTZMAN, Simon. O contexto institucional e político da avaliação. DURHAM, Eunice R. In: SCHWARTZMAN, Simon., (Orgs.). *Avaliação do ensino superior*. São Paulo : USP, 1992. p. 14.

<sup>3</sup> PEUKERT, Helmut. *Las ciencias de la educación de la modernidad y los desafíos del presente*. *Educación, Tübingen*, v. 49/50, 1994.

## 2.2. Observações sobre o caso brasileiro

A avaliação dos cursos de pós-graduação, no Brasil, foi recentemente atualizada por meio da edição do formulário Datacapes, que, em substituição ao Execapes, mostra-se mais fluido e dinâmico, permitindo leituras diversificadas da realidade institucional avaliada e possibilitando o cruzamento de múltiplos códigos como tópicos de conteúdo.

Nesse sentido, pode-se dizer que o instrumento Datacapes, em sua descrição, pode ser comparado aos contemporâneos modelos norte-americanos e europeus, que procedem às mensurações quantitativas complexas por meio de “rotas” ou fluxos de informações, permitindo conjugações, disjunções ou injunções das “performances entre si”<sup>4</sup>.

Observa-se também que o aparato brasileiro de avaliação de pós-graduação, no fito de atender à demanda pela qualidade e produção (no caso, do saber), não descarta da influência das pesquisas em organizações<sup>5</sup>.

Se analisado sob o prisma dos modelos atuais de avaliação de currículo, o Datacapes aproxima-se das características da chamada “avaliação responsiva” de Stake<sup>6</sup>, em virtude das respostas que busca às questões previamente formuladas.

No entanto, ainda que avançadíssimo em seus pressupostos, tanto quanto em suas metodologias, o Datacapes continua privilegiando as observações quantitativas quanto à aferição, tabulação e padronização dos dados levantados<sup>7</sup>.

Aponta-se também que a pesquisa em avaliação educacional não cessa. Ao contrário, intensifica-se e avança cada vez mais, especialmente em se tratando de pós-graduação, em virtude da estreita relação com as formas de produção e transformação social<sup>8</sup>.

Por essa razão, *indaga-se sobre a possibilidade da inclusão de elementos qualitativos em formulários de cunho quantitativo*. Para Davies<sup>9</sup> essa hipótese não é teoricamente recomendável porque acarreta soluções de conti-

<sup>4</sup> *Taxonomias, objetivos e hierarquização*, p. 18, item 3.3.

<sup>5</sup> *Avaliação como procedimento em educação*, p. 11, item 3.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 20 e segs.

<sup>7</sup> *O binômio quantidade/qualidade no processo de avaliação*, p. 12 e segs., item 3.1.

<sup>8</sup> *Aspectos recentes da avaliação institucional no Brasil e no mundo*, p. 2 e segs., item 2.1.

nuidade, na maioria das vezes insolúveis, no processo final de tabulação de dados. Além disso, descaracteriza a natureza tanto de uma como da outra forma avaliativa.

A solução estaria, então, para esse autor<sup>10</sup>, na chamada *avaliação progressiva*, que consiste em uma transição entre as quantidades e as qualidades.

Além disso, a *avaliação progressiva* atende ao requisito fundamental qualitativo, que é a paulatinidade<sup>11</sup>.

## 2.3. Reflexões sobre a avaliação dos cursos de pós-graduação em Direito

Hipóteses experimentais de avaliação nos cursos de pós-graduação podem adotar, por exemplo, padrões progressivos em direção à avaliação qualitativa, por meio de instrumentais compatíveis com o Datacapes ou outros modelos que emergirem como de interesse das discussões.

No caso específico das *pós-graduações em Direito*, os padrões de avaliação, em consonância com os pressupostos metodológicos da pesquisa, do ensino e da aplicação, não poderiam descuidar da especificidade do *conhecimento jurídico*, o que, por si só, ensejaria um estudo à parte.

Assim, poderiam as pós-graduações em Direito criar seus “constructos” internos de avaliação, experimentá-los, discuti-los, apreciar seus resultados e, desse modo, contribuir para o incremento do avanço da pesquisa nesse campo do saber, junto aos órgãos oficiais e em face das exigências micro e macro-sociais<sup>12</sup>.

Porque, se para a metodologia contemporânea, o sentido está em percorrer caminhos plurais<sup>13</sup>, é na flexibilização<sup>14</sup> que a cultura encontra, em nossos dias, um de seus principais aportes.

A seguir examinaremos alguns dos pressu-

<sup>9</sup> DAVIES, Ivor Kevin. *O planejamento de currículo e seus objetivos*. Tradução Marília Lins e Nélio Parra. São Paulo : Saraiva, 1979. p. 56.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *O binômio quantidade...* op. cit.

<sup>12</sup> *O difícil, mas possível, diálogo micro-macro*, p. 16, item 3.2.

<sup>13</sup> KUHN, Thomas S. *A tensão essencial*. Lisboa : Edições 70, 1989. p. 226-7.

<sup>14</sup> ESCOTET, Miguel Ángel. *Universidad y devenir* : entre la certeza y la incertidumbre. Buenos Aires : Lugar Editorial, 1996. p. 109.

postos teóricos que subsidiam o tema em estudo.

### 3. Avaliação como procedimento em educação

A avaliação pode ser considerada uma atividade indissociável da educação, em qualquer filosofia ou concepção metódica. Portanto, não se faz educação sem algum tipo de avaliação<sup>15</sup>.

Havemos de considerar, também, que a avaliação, em sentido amplo, encontra-se associada à experiência cotidiana do ser humano. É freqüente que nos deparemos avaliando circunstâncias, ambientes e comportamentos. Para Saul<sup>16</sup>, “esta avaliação, que fazemos de forma assistemática, por vezes inclui uma apreciação sobre adequação, eficácia e eficiência de ações e experiências, envolvendo sentimentos e podendo ser verbalizada ou não”.

Na transposição do “grau dóxico” da realidade cotidiana para “grau epistêmico” da Educação, essa atividade, que é a avaliação, sofre sistematizações que variam de acordo com os pressupostos teóricos sobre os quais se explicita, de acordo com os diferentes momentos da história da educação. As variações ocorrem, ainda, conforme a complexidade teórica e prática que assumem algumas posturas e servem a múltiplos propósitos.

Observando-se o transcurso de parcela significativa da história da educação, no Ocidente, verifica-se que até meados deste século, a avaliação estava centrada precipuamente sobre o rendimento da aprendizagem. Essa atitude é resultado do método escolástico, que, no acompanhamento do pensamento medieval, isolava aspectos e classificava-os em separado. Antes disso, na Antiga Grécia, a atividade de avaliação estava mais próxima da “totalidade”, já que a *Paidéia* pode ser entendida como o desenvolvimento integral da personalidade humana.

No início deste século, a literatura sobre *avaliação como medida* é predominante. Busca-se, nesse período, quantificar e mensurar a aprendizagem, tão-somente.

<sup>15</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *Comenius*: a construção da pedagogia. São Paulo : Sociedade Educacional João Amós Comenius, 1991 e GASPARIN, João Luiz. *Comênio ou a arte de ensinar tudo a todos*. São paulo : Papirus, 1994.

<sup>16</sup> SAUL, Ana Maria. *Avaliação emancipatória* : desafio à teoria e à prática de avaliação e reformulação de currículo. 2. ed. São paulo : Cortez, 1991. p. 25.

Na década de vinte, desenvolve-se, principalmente nos Estados Unidos da América, o movimento dos “testes educacionais”. Essa vertente sustenta a avaliação de situações comportamentais por medidas sempre quantitativas.

Na década de trinta, a idéia de mensuração por testes padronizados toma corpo e avança quanto à sistematização e complexidade. Os estudos avaliativos incluem uma série de procedimentos, tais como: escalas, testes, inventários, registros, técnicas estatísticas as mais diversas, questionários e outras listagens, para colher evidências dos resultados do rendimento dos alunos em perspectivas longitudinais (porque quantitativas) e em relação a padrões previamente estabelecidos.

Como resultado da expansão industrial do pós-guerra, analogicamente ao que ocorre no processo de produção, a Educação passa a valorizar cada vez mais acentuadamente a atitude do aluno como fator de avaliação. Surge, assim, a diferença entre objetivos educacionais e instrucionais, como fatores de avaliação e com eles, a necessidade de outras formas dessa atividade.

A década de setenta, com a revolução dos costumes, a contracultura e todos os seus corolários, enseja o aparecimento da Escola Nova, em substituição à Escola Tradicional, como uma significativa inversão de valores pedagógicos. Surgem outras tentativas de avaliação que, por apregoarem a derrocada do sistema objetivo de medidas, podem tender para a relativização dos valores em detrimento da determinação dos objetivos, com o risco de culminarem na subjetividade. Talvez um possível equívoco desse período tenha sido o de entender quantidades como sinônimo de objetividade e qualidades como tradução de subjetividade. Mais adiante, nesta comunicação, veremos como é essa confusão.

Fato é que a trajetória da avaliação educacional – agora mais complexa, com a inclusão de inúmeros aspectos como: produtividade, lideranças, atividades paralelas e integrativas do currículo, além do rendimento específico não só do ensino, mas da pesquisa e interesses afins – prossegue como sinônimo de medida e quantificação (não obstante as críticas que lhe tenham sido feitas), principalmente pelas suas características, tidas como de objetividade, fidedignidade e possibilidade de manipulação matemática de dados.

A Educação no Brasil, em termos gerais,

foi influenciada pelas concepções de medidas educacionais, sempre alinhadas em face de objetivos previamente estabelecidos e de uma determinada idéia curricular.

Nesse panorama geral, vejamos então como se desdobram algumas questões específicas da avaliação educacional.

### 3.1. O binômio quantidade/qualidade no processo de avaliação

Foi a partir da década de setenta, com a Escola Nova, que a pesquisa educacional qualitativa tornou-se relevante.

Examinemos, então, os principais traços de uma e de outra, conforme diferentes autores.

Ouçamos Saul<sup>17</sup>, sobre *avaliação quantitativa*:

Arrola-se alguns pressupostos éticos, epistemológicos e metodológicos que expressam forte influência do rigor positivista. Suas características básicas definidoras dessa abordagem, podem ser assim identificadas, a partir do Sumário das proposições de Goniez (1983):

- Defesa do princípio de objetividade na avaliação. A objetividade da avaliação, decorrente da crença na objetividade da ciência, está associada à fidedignidade e validade dos instrumentos de coleta e análise de dados.
- O método privilegiado é o hipotético-dedutivo, próprio das ciências naturais e tradicionalmente utilizado pela psicologia experimental. O tratamento estatístico dos dados e a quantificação das observações são comumente utilizados como apoio empírico para formulações teóricas.
- As normas da metodologia estatística exigem: operacionalização de variáveis, estratificação e aleatorização de amostras, construção de instrumentos de observação objetiva, suficiente grau de validade e fidedignidade, aplicação de delineamentos estruturados, correlação de conjuntos de dimensões e trabalho com grandes populações (grandes números).
- A ênfase maior da avaliação está quase totalmente nos produtos ou resultados. O avaliador mede o êxito docente ou de um programa de ensino de modo semelhante a como o agricultor comprova a eficiência de um fertilizante (men-

sura a situação inicial, recorrendo a pré-testes; aplica um programa e, posteriormente, utiliza um pós-teste para verificar os resultados). A mensuração nesse tipo de avaliação, requer a operacionalização exaustiva das variáveis e a consideração única dos aspectos observáveis do comportamento. Em consequência, deixa-se de lado aspectos nem sempre previstos e freqüentemente imprevisíveis.

- O delineamento experimental requer um controle rigoroso das variáveis intervenientes, neutralizando algumas e manipulando e observando o efeito de outras. Busca-se simular na escola as condições de laboratório, artificializando-se, dessa forma, o ambiente escolar. A possibilidade técnica e as questões éticas implicadas nesse delineamento são alguns dos pontos críticos do modelo experimental. Este delineamento é caracterizado como o desenho mais ortodoxo dentro da abordagem quantitativa.
- O delineamento estruturado do tipo pré-teste, pós-teste de um projeto de avaliação requer a permanência e estabilidade do currículo durante um período prolongado de tempo, independentemente das alterações circunstanciais que possam ocorrer durante a investigação e avaliação.
- O modelo experimental busca a informação quantitativa mediante meios e instrumentos objetivos. O problema de relevância e significado dos dados não é o centro das preocupações avaliativas. Muitos aspectos, talvez de importância crítica para a análise de um programa educacional, são descartados por serem considerados anedóticos, subjetivos e impressionistas.
- Há uma tendência ao emprego de grandes amostras de casos que permitam generalizações estatísticas. Os efeitos pouco usuais e interferências locais não são contemplados.

*O modelo de avaliação quantitativa considera a educação como um processo tecnicista.* Assume a nítida diferença entre fatos e valores, a determinação de fins e objetivos da educação e a neutralidade ética da intervenção tecnológica. A avaliação quantitativa tem como preocupação única a comprovação do grau em que os objetivos previamente estabelecidos foram alcançados.

<sup>17</sup> SAUL, op. cit., p. 42 e segs.

Em conseqüência de uma concepção tecnológica de educação, os dados de avaliação têm uma utilidade específica para um destinatário determinado. *A autoridade responsável pelas decisões de planejamento dos programas educacionais é a audiência para a qual o avaliador prepara e endereça os seus relatórios.* A avaliação cumpre, assim, uma função de apoio ao planejamento, que é externo ao processo de ensino. Este tipo de avaliação frequentemente desconsidera os interesses e às vezes os irreconciliáveis interesses e necessidades informativas dos participantes de um programa educacional. *O modelo tecnológico conduz facilmente a uma atividade avaliativa de caráter burocrático.*

Na abordagem quantitativa situam-se, pois, os modelos de avaliação centrados em objetivos comportamentais, análise de sistemas e aqueles cujo enfoque está na “tomada de decisões”. (Grifos nossos).

A *pesquisa em avaliação qualitativa*, por seu turno, apresenta, já no início, o problema da pluralidade conceptual: se, para Aristóteles<sup>18</sup>, a qualidade é a descrição do ser conforme é em si, para Kant<sup>19</sup>, o esquema da categoria qualidade contém e representa “a síntese da sensação (da percepção com a representação do tempo) ou ocupação do *tempo*”; enquanto que a quantidade “enche o *espaço*”<sup>20</sup>.

Independentemente da diversidade do conceito, compartilha-se do ponto de vista de que a pesquisa qualitativa desenvolveu-se primeiramente na Antropologia, depois na Sociologia e, por último, na Educação (em que é também reconhecida na espécie *investigação etnográfica*). Nesse sentido, Triviños<sup>21</sup>:

<sup>18</sup> Para ARISTÓTELES, eliminando-se as conexões com a metafísica, pode-se reduzir o conceito de qualidade a três características, da maneira seguinte: a) *determinações disposicionais* (capacidades, faculdades, tendências e possibilidades do objeto); b) *determinações sensíveis* (simples ou conexas, podem ser definidas por instrumentos orgânicos: cores, sons, sabores); c) *determinações comensuráveis* (número, extensão, figura e movimento). Nesse sentido, a conceituação aristotélica é similar à de LOCKE (cf. ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia*, [s.l.], p. 784-5).

<sup>19</sup> KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. Livro 2, cap. 1, p. 109: Dos esquematismos dos conceitos puros do entendimento.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>21</sup> TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais*: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987. p. 120.

“O aparecimento da pesquisa qualitativa na Antropologia surgiu de maneira mais ou menos natural. Os pesquisadores perceberam rapidamente que *muitas informações sobre a vida dos povos não podem ser quantificadas e precisam ser interpretadas de forma muito mais ampla do que circunscritas ao simples dado objetivo*”. (Grifos nossos).

A investigação qualitativa, entretanto, não significou o abandono dos posicionamentos teóricos funcionalistas e positivistas (portanto, quantitativos). Sua ação é disciplinada e orienta-se pela *distinção dos elementos de avaliação em essenciais e acidentais* e também por *princípios e estratégias gerais*<sup>22</sup>.

Nenhuma concepção de avaliação, todavia, escapa da visão de homem, mundo e valores.

A dimensão metodológica primordial da pesquisa qualitativa em educação é partir de dados dedutivos, já que não formula objetivos a serem atingidos, mas traça perfis e qualidades próprias do objeto que avalia. O oposto ocorre com a avaliação quantitativa, na qual prevalece o método indutivo.

A pesquisa qualitativa é descritiva e preocupa-se com o processo; a quantitativa mensura e preocupa-se com o resultado ou produto.

A pesquisa qualitativa, em seus fundamentos fenomenológicos, *coleta os dados e permite que se construa o perfil, característica ou qualidade*, em relação ao que o próprio objeto é ou possui como valor, e não em face de padrões previamente postos.

Para tanto, há várias etapas e alternativas metodológicas, sucessivas no tempo, de modo a tornar claro que *a avaliação qualitativa não se faz de uma só vez*, mas paulatina e gradativamente, com a justaposição de uns dados sobre outros, sucessivamente, em distintos momentos.

### 3.2. O difícil (mas possível) diálogo micro-macro

A avaliação que se faz quase sempre em relação a objetivos, planejamento, currículos e com vistas à tomada de decisões, é, além do *diagnóstico de uma realidade*, um diálogo entre o microsistema social (escola, curso, instituição ou programa) com o macrosistema social<sup>23</sup> (contextos institucionais, burocráticos, legais,

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>23</sup> COULON, Alain. *Etmometodologia e educa-*



políticos, sociais, econômicos, culturais etc.).

Nessa trama de relações, surgem inúmeras questões para a atividade de avaliação, como, por exemplo, dificuldade na seleção dos aspectos a serem avaliados (especialmente nas considerações qualitativas, em que existe um número infinito de descrições possíveis).

Incorre-se facilmente, nessas circunstâncias, no cipocal da superinformação, subinformação e pseudo-informação, sendo que escassez e excesso podem ocorrer simultaneamente<sup>24</sup> em um mesmo instrumento.

Uma das sugestões para a administração das variáveis na integração entre o micro e o macro-sistemas pode ser, para Coulon<sup>25</sup>, a adoção de paradigmas, como o *normativo* e o *sociológico*.

### 3.3. Taxonomias, objetivos e hierarquização

Taxonomias, objetivos e hierarquização têm configurado uma trilogia constante e indissociável no processo de avaliação educacional.

As taxonomias “dispõem de critérios precisos e objetivos de classificação, de modo que uma forma pertence a uma e a uma só categoria”<sup>26</sup>. Para Strauven<sup>27</sup>, a elaboração das taxonomias reflete a hierarquização dos objetivos.

Na opinião de Libâneo<sup>28</sup>, a avaliação, elaborada sob diversos prismas, pode exercer, ao

mesmo tempo, funções de *diagnóstico* e *controle* em face de objetivos.

Os complexos instrumentos de avaliação, especialmente na Europa<sup>29</sup> e nos Estados Unidos<sup>30</sup>, continuam a privilegiar taxonomias e objetivos, com a elaboração de “constructos” ou modelos mensuráveis, caracterizados por permitirem “rotas” ou fluxos de informações, quantitativas ou qualitativas, que permitam conjugações, disjunções e injunções entre si, de modo a revelar o que chamam “performances”, dos projetos, das organizações e dos processos, em sua dependência dos objetivos e da missão institucional<sup>31</sup>. *Muitos aspectos desse modelo podem ser identificados no instrumento de avaliação Datacapes.*

Essa tendência fortaleceu-se mormente após a expansão dos conceitos de “qualidade” e “qualidade total”, propalados com a promulgação dos certificados ISO. A busca desses padrões ocasionou a inserção, na Educação, de variáveis estruturais e processuais das organizações<sup>32</sup>. Desse modo, fala-se em eficiência e eficácia educacional, diferenciações horizontais e verticais nas avaliações, *outputs* e *inputs*, metas e participação etc.

A seguir, vejamos o quadro sinóptico elaborado por Saul<sup>33</sup>, a respeito das principais vertentes genéricas da avaliação educacional-curricular:

---

ção. Tradução Guilherme de Freitas Teixeira. Petrópolis : Vozes, 1995.

<sup>24</sup> ATLAN, Henri. *Tout, non, peut-être* : éducation et vérité = *Tudo, não, talvez : Educação e verdade*. Tradução Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa : Instituto Piaget, 1993. p. 31 e também MORIN, Edgar. *Para sair do século XX*. Tradução Vera Azambuja Harvey. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986.

<sup>25</sup> COULON, op. cit.

<sup>26</sup> STRAUVEN, Christiane. *Construir uma formação-definição de objetivos e exercícios de aplicação*. Lisboa : Asa, 1994. p. 103.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> LIBÂNEO, José Carlos. *Didática*. São Paulo : Cortez, 1992.

---

<sup>29</sup> GREEN, Diana. *What is quality in higher education?* Buckingham : SRHE and Open University Press, 1994 e ELLIS, Roger. *Quality assurance for university teaching*. Buckingham : Open University Press, 1994.

<sup>30</sup> BARNES, Melvin W. *Modern viewpoints in the curriculum experimentation*. New York : McGraw Hill Company, 1964: The practical problems of participating in experimental projects : experimentation and evaluation.

<sup>31</sup> ELLIS, op. cit., p. 78.

<sup>32</sup> HALL, Richard H. *Organizações : estrutura e processos*. Tradução Wilma Ribeiro. 3. ed. Rio de Janeiro : Prentice-Hall do Brasil Ltda, 1984.

<sup>33</sup> SAUL, op. cit., p. 36-9.

## Modelos contemporâneos de avaliação de currículo

AUTORES	STUFFLEBEAM (1968)	SCRIVEN (1967)	PARLETT & HAMILTON (1972)	STAKE (1967 E 1984)
ENFOQUE	Avaliação para tomada de decisão	Avaliação de mérito.	Avaliação iluminativa.	Avaliação responsiva.
DEFINIÇÃO	Definição, obtenção e uso de informações para tomar decisão.	Coleta e combinação de dados de desempenho ponderando-os em uma escala de objetivos.	Descrição e interpretação da situação complexa de um programa de inovação.	Descrição e julgamento de um programa educacional, identificando os seus pontos fortes e fracos.
OBJETIVO	Fornecer informações relevantes para quem toma decisões.	Determinar e justificar o mérito ou valor de uma entidade.	"iluminar", fornecer compreensão sobre a realidade estudada em sua totalidade. Verificar o impacto, a validade, a eficácia de um programa de inovação.	Responder aos questionamentos básicos de um programa, aqueles oriundos das pessoas diretamente ligadas a ela. Considerar as relações avaliativas de diferentes grupos em relação ao programa.
PAPEL DO AVALIADOR	Fornecer informação avaliativa para quem toma decisões.	Julgar o mérito de uma prática educacional para programadores (avaliação formativa), consumidores (avaliação somativa).	Observar, descrever e interpretar a situação buscando: a) isolar suas características significativas; b) delimitar os elos de causa e efeito; c) compreender relações entre as crenças e as práticas e entre os padrões organizacionais e as respostas dos indivíduos.	a) Estruturar o estudo a partir de perguntas, negociação e seleção de questionamentos sobre o programa; b) Coletar, processar e interpretar dados descritivos e de julgamento, fornecidos por vários grupos de pessoas.
IMPLICAÇÕES PARA O PROJETO DE AVALIAÇÃO	1) Emprega enfoque sistêmico para estudos de avaliação; 2) Dirigido pelo administrador.	1) Envolve julgamentos de valor; 2) Considera muitos fatores; 3) Requer o uso de investigações científicas; 4) Avalia uma entidade do ponto de vista "formativo" e "somativo".	1) Requer a definição de uma sistemática de observação e registro contínuo de eventos, interações e comentários informais; 2) Necessita de uma sistemática para organizar e codificar os dados de observação; 3) Envolve coleta de informações	1) Inclui matrizes para coleta e interpretação dos dados. As matrizes prevêem três corpos de dados: a) antecedentes (condições prévias à situação ensino-aprendizagem); b) transações: sucessão de relações que se estabelecem entre as

AUTORES	STUFFLEBEAM (1968)	SCRIVEN (1967)	PARLETT & HAMILTON (1972)	STAKE (1967 E 1984)
LIMITAÇÕES REGISTRADAS NA LITERATURA	<p>1) Pouca ênfase em preocupação com valores;</p> <p>2) Processo de tomada de decisões não é claro; metodologia indefinida;</p> <p>3) Complexidade na utilização;</p> <p>4) Custo alto;</p> <p>5) Nem todas as atividades são claramente avaliadas;</p> <p>6) Cisão entre avaliação e planejamento.</p>	<p>1) Comparação do desempenho em relação a diferentes critérios e atribuição de pesos relativos aos critérios criados, ocasionando problemas metodológicos;</p> <p>2) Ausência de previsão de metodologia para calcular a validade do julgamento;</p> <p>3) Muitos conceitos superpostos.</p>	<p>por meio de entrevistas, questionários, análise de documentos;</p> <p>4) requer a procura de princípios subjacentes à organização do programa a fim de explicar as relações causa-efeito e situar as descobertas num contexto de pesquisa amplo.</p>	<p>peçoas nas diferentes situações de ensino-aprendizagem;</p> <p>c) resultados: seqüências do processo ensino-aprendizagem. Esse conjunto de dados permite e se cruza com quatro categorias de informação: intenções, observações, padrões, julgamentos, definindo parcelas para registro de observações;</p> <p>2) Requer adaptação contínua dos objetivos da avaliação dos métodos de coleta de dados, enquanto os avaliadores familiarizam-se com o programa e com o contexto de avaliação;</p> <p>3) Permite a inclusão de métodos alternativos de natureza qualitativa e quantitativa.</p>
		<p>1) Natureza subjetiva do método;</p> <p>2) Necessidade de habilidades específicas para o avaliador: técnicas intelectuais e de relacionamento interpessoal;</p> <p>3) Característica de estudo de casos particulares, de inovações.</p>		<p>1) Metodologia inadequada para obter informações a respeito de "constructos-chave";</p> <p>2) Alguns celas da matriz de alinhamento superpõem-se: algumas distinções não estão claras;</p> <p>3) Possibilidade de discussão dentro do programa ocasionando conflitos de valores;</p> <p>4) Natureza intuitiva e subjetiva dos dados;</p> <p>5) As questões fundamentais de avaliação surgem não-exclusivamente dos coordenadores do programa, das agências financiadoras ou da comunidade científica.</p>

AUTORES	STUFFLEBEAM (1968)	SCRIVEN (1967)	PARLETT & HAMILTON (1972)	STAKE (1967 E 1984)
CONTRIBUIÇÕES	<p>1) Fornece dados para administradores e responsáveis pela tomada de decisões, na condução de um programa;</p> <p>2) É sensível ao <i>feed-back</i> (retro-<i>alimentação</i>);</p> <p>3) Permite que a avaliação incida em qualquer estágio do programa.</p>	<p>1) Discrimina entre avaliação formativa e somativa;</p> <p>2) Focaliza a mensuração direta do valor da entidade;</p> <p>3) Aplicável a vários contextos;</p> <p>4) Analisa meios e fins;</p> <p>5) Delineia tipos de avaliação;</p> <p>6) Avalia objetivos.</p>	<p>1) Permite estudar o programa de inovação detectando como funciona, como é influenciado pelas diferentes situações escolares, quais são suas vantagens e inconveniências;</p> <p>2) Centraliza-se em avaliação do processo de inovação pedagógica permitindo uma apreensão ampla e profunda de uma situação viva e complexa;</p> <p>3) É sensível aos problemas de adaptação às circunstâncias locais que são inerentes a programação de inovação.</p>	<p>1) Fornece um método sistemático para organizar e descrever dados de julgamento, assim como enfatiza a inter e intra-relação entre eles;</p> <p>2) Considera padrões absolutos e relativos de julgamento;</p> <p>3) Requer padrão explícito;</p> <p>4) Permite generalização do modelo;</p> <p>5) Comunica aos resultados sob diferentes formas, favorecendo diferentes audiências;</p> <p>6) Enfatiza os questionamentos, a linguagem, o contexto e os padrões de julgamento das pessoas-chave do programa.</p>

#### 4. Conclusão

Pudemos depreender do estudo entabulado que as diferentes concepções em avaliação institucional, ao mesmo tempo em que se traduzem em instrumentos plurais e multifacetados, podem significar, igualmente, a diversidade de interpretação da realidade à qual se referem.

Assim sendo, nenhuma concepção de avaliação escapa da visão de homem, mundo e valores<sup>34</sup>.

As diferenças entre o pensar metodológico em qualquer área do saber, inclusive em se tratando de avaliação institucional, acontecem conforme as concepções teóricas do sujeito, como exemplifica Badiou<sup>35</sup>:

“A questão dos direitos humanos estão hoje na ordem do dia. Ora, o tema dos direitos do homem supõe a existência do homem; supõe uma idéia do homem. Finalmente, a teoria dos direitos do homem é uma certa filosofia do sujeito”.

Portanto, se a sociedade se transforma e, em consequência ou causa, transformam-se os homens que mudaram a sociedade, temos que se altera o conceito de sujeito e os discursos dele e sobre ele.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o prosseguimento – em ampliação, profundidade e perspectivas da pesquisa em avaliação institucional – é consentâneo com correspondentes alterações sobre o conceito de homem, enquanto sujeito de seus direitos e autor de sua própria história e cultura.

#### Bibliografia

- ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia*, (s.l.), p. 784-5).
- AMORIN, Antônio. *Avaliação institucional da universidade*. São Paulo : Cortez, 1992.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *História da educação*. São Paulo : Moderna, 1989.
- ATLAN, Henri. *Tout, non, peut-être : éducation et vérité*. Traduction Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa : Instituto Piaget, 1993.

<sup>34</sup> *O binômio quantidade...* p. 15, item 3. 1.

<sup>35</sup> BADIOU, Alain. *Para uma nova teoria do sujeito*: conferências brasileiras. Tradução de Emerson Xavier da Silva, Gilda Sodré. Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1994. [S.1.]. p. 116.

- BADIOU, Alain. *Para uma nova teoria do sujeito* : conferências brasileiras. Tradução de Emerson Xavier da Silva, Gilda Sodré. Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1994.
- BARNES, Melvin W. *Modern viewpoints in the curriculum experimentation*. New York : McGraw-Hill Company, 1964 : The practical problems of participating in experimental projects - experimentation and evaluation.
- COULON, Alain. *Etnometodologia e educação*. Tradução Guilherme de Freitas Teixeira. Petrópolis : Vozes, 1995.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *Comenius : a construção da pedagogia*. São Paulo : Sociedade Educacional João Amós Comenius, 1991.
- DAVIES, Ivor Kevin. *O planejamento de currículo e seus objetivos*. Tradução Marília Lins e Nélito Parra. São Paulo : Saraiva, 1979.
- DURHAM, Eunice R., SCHWARTZMAN, Simon (Orgs). *Avaliação do ensino superior*. São Paulo : USP, 1992.
- ELLIS, Roger. *Quality assurance for university teaching*. Buckingham : Open University Press, 1993.
- ESCOTET, Miguel Ángel. *Universidad y devenir* : entre la certeza y la incertidumbre. Buenos Aires : Lugar Editorial, 1996.
- GADOTTI, Moacir. *História das idéias pedagógicas*. São Paulo : Ática, 1993.
- GASPARIN, João Luiz. *Comênio ou a arte de ensinar tudo a todos*. São Paulo : Papyrus, 1994.
- GREEN, Diana M. *What is quality in higher education?* Buckingham : SRHE and Open University Press, 1994.
- HALL, Richard H. *Organizações* : estrutura e processos. Tradução Wilma Ribeiro. 3. ed. Rio de Janeiro : Prentice-Hall do Brasil, 1984.
- KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. [s.l.] Livro 2, cap. 1: Dos esquematismos dos conceitos puros do entendimento.
- KELLY, Albert Victor. *O currículo* : teoria e prática. São Paulo : Harper & Row do Brasil, 1981.
- KERR, Clarck. *Os usos da universidade*. Tradução Débora Cândida Dias Soares. Fortaleza : UFCE, 1982.
- LIBÂNEO, José Carlos. *Didática*. São Paulo : Cortez, 1992.
- LOUREIRO, Maria Amélia Salgado. *História das universidades*. São Paulo : Estrela Alfa, 1990.
- MARIA, Joaquim Parron. *Novos paradigmas pedagógicos* : para uma filosofia da educação. São Paulo : Paulus, 1996.
- MARTINS, Pura Lúcia Oliver. *Didática teórica, didática prática* : para além do confronto. São Paulo : Loyola, 1993.
- MELLO FILHO, Álvaro. *Metodologia do ensino*

- jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- MORIN, Edgar. *Para sair do século XX*. Tradução Vera Azambuja Harvey. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986.
- NÉRICI, Imídeo Giuseppe. *Didática geral dinâmica*. Rio de Janeiro : Fundo de Cultura, 1973.
- . *Metodologia do ensino superior*. 2. ed. Rio de Janeiro : Fundo de Cultura, 1973: Funções do ensino superior.
- PÉREZ, Jesus Martin. *Metodologia do ensino superior*. 2. ed. Rio de Janeiro : Fundo de Cultura, 1973: O que não se fala sobre avaliação.
- PEUKERT, Helmut. Las ciencias de la educación de la modernidad y los desafíos del presente. *Educación*. Tübingen, v. 49/50, 1994.
- RIBEIRO, Darcy. *A universidade necessária*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1969.
- SALOMON, Délcio Vieira. *Como fazer uma monografia*. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1994: Tabela de avaliação metodológica do trabalho monográfico.
- SAUL, Ana Maria. *Avaliação emancipatória : desafio à teoria e à prática de avaliação e reformulação de currículo*. 2. ed. São Paulo : Cortez, 1991.
- STEGER, Hanns-Albert. *As universidades no desenvolvimento social da América Latina*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1970.
- STRAUVEN, Christiane. *Construir uma formação-definição de objetivos e exercícios de aplicação*. Lisboa : Asa, 1994.
- TEIXEIRA, Anísio. *Ensino superior no Brasil : análise e interpretação de sua evolução até 1969*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1989.
- TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais : a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo : Atlas, 1987.

# Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial

ANTONIO FONSECA

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Três noções fundamentais. 2.1. Em torno da segurança jurídica. 2.2. Noção de interesse público. 2.3. Devido processo legal. 3. Instrumentos de planificação jurídica. 3.1. Importância das Guidelines. 3.2. Prova científica e percepção estatística. 3.3. Princípios de discricção administrativa. 4. Papel discricionário. 4.1. Função seletiva. 4.2. Função estrutural. 4.3. Função controle. 4.4. Discricionariiedade técnica? 5. Papel político: influências externas. 5.1. Tarefas extramandato. 5.2. Colaboração institucional. 5.3. Prestação de contas ao Executivo ou Legislativo. 5.4. Outras conexões institucionais. 5.5. Doutrina da State Action. 5.6. Aspecto da revisão judicial. 5.7. A agência e a mídia. 5.8. Aspecto da função promocional. 6. Justiça administrativa: à cata de um modelo.*

## 1. Introdução

Um sistema de justiça confiável teria contribuído para o sucesso das colônias inglesas. As colônias luso-espanholas que não alcançaram igual nível de prosperidade eram dotadas de um sistema de decisão criticado pelos homens de negócios da época<sup>1</sup>. Isto sugere que no período pré-industrial, tanto quanto nas modernas democracias, os sistemas de justiça administrativa e judicial são indispensáveis à legitimação do controle estatal.

---

Antonio Fonseca é PhD em Direito pela Universidade de Londres (Queen Mary & Westfield College), mestre em Direito pela UnB, procurador regional da República e advogado licenciado, conselheiro do Cade.

---

O texto, na sua versão inicial, foi adotado nas aulas ministradas pelo autor no Curso de Política da Concorrência sob a direção da FGV/CADE, nas cidades de Brasília e Rio de Janeiro, 1977.

---

<sup>1</sup>Na sua obra *A Causa da Riqueza das Nações*, Adam Smith sublinha que as colônias inglesas conseguiram melhores resultados, comparados com os obtidos pelas colônias luso-espanholas, porque, ao contrário destas, dispunham, entre outras coisas, de um sistema confiável de administração da justiça. O autor sugere que os comerciantes tinham a segurança de que suas questões encontrariam uma solução justa.

A legitimidade do Estado está associada ao direito, cujo escopo e estrutura têm a forma que os juízes dão. Por isso, as cortes asseguram a vitalidade do Estado democrático, mediante o desempenho de um papel multifacetado no desenvolvimento do direito, na preservação do interesse público e segurança jurídica – pré-condições para uma estabilidade necessária aos investimentos e fomentação das relações de comércio. Os tribunais administrativos participam dessa mesma realidade.

Este trabalho discute o papel dos tribunais administrativos ou agências<sup>2</sup> e o controle das suas decisões. O objetivo é contribuir para uma proposta de modelo de justiça administrativa, que opere com interesses, normas, ações e reações. A partir da qualificação dessa realidade (natureza do problema), espera-se estabelecer alguns pressupostos que permitam formular a proposta. A hipótese é que um modelo de justiça administrativa deve incorporar um conjunto de valores, instrumentos de ação e compromettimentos. O entrelaçamento desses elementos definirá os papéis que os tribunais administrativos desempenham e qualificará o controle das suas decisões.

No desenvolvimento do trabalho, a experiência judicial é observada como um paralelo, bem assim a atuação de agências autônomas de outras jurisdições é considerada. O autor tem o benefício das experimentações pessoalmente realizadas como conselheiro do Cade e da experiência de duas décadas de efetiva atuação profissional perante juízos singulares e cortes judiciais. O trabalho não discute o sistema judicial em geral nem em particular, apenas, repita-se, toma-o como paradigma, o que permite lançar mão das lições que o mesmo sistema oferece.

O desenvolvimento do direito passa por um papel discricionário e político que qualifica a função dos tribunais administrativos<sup>3</sup>. À parte a discussão sobre se juízes podem ou não criar,

<sup>2</sup>A noção de agência abrange uma concepção e um modelo jurídico. A concepção de agência funda-se em três elementos: autonomia (poder de auto-organização), independência dos seus membros e observância do devido processo legal como instrumento necessário à justa prestação administrativa. Autarquia especial é o modelo jurídico adequado, mas não exclusivo.

<sup>3</sup>Segundo Richard A. Posner, esse misto de papel discricionário e político é uma combinação de “legislative, litigative, and enforcement functions”, delegadas pelo Congresso. *Economic analysis of Law*. 4. ed. Little Brown, 1992. p. 605.

é indiscutível a assertiva de que os tribunais não se limitam a dizer o direito<sup>4</sup>. Essa função é fundamental para estabelecer um ambiente de segurança jurídica, garantir um processo justo e zelar pelo interesse público. Essas três noções básicas são discutidas no item 2.

O item 3 explora os instrumentos necessários ao planejamento das ações do tribunal ou agência administrativa. Sem um planejamento adequado, a definição de papéis e sua realização ficam prejudicadas. O item 4 discute o papel discricionário e o item 5, o papel político. Ambos se completam e dão a gravidade dos encargos da entidade. Isso está sintetizado no item conclusivo, que busca avaliar e explicar os elementos da hipótese acima indicada.

## 2. Três noções fundamentais

A segurança jurídica atrai a idéia de previsibilidade das conseqüências decorrentes da aplicação das leis e regulamentos. Esse objetivo é, de certo modo, frustrado pela impossibilidade de se regulamentar plenamente todas as condutas humanas. Em obséquio a elas, a segurança jurídica é temperada com um ideal de justiça objetiva ou do caso concreto, comprometida com um direito dinâmico. A noção de interesse público suscita no aplicador do direito um comprometimento com o interesse da sociedade como um todo e contra os privilégios indevidos de elites, grupos ou indivíduos. O devido processo legal é uma apologia à ampla defesa e ao contraditório e responde a uma demanda de como aplicar o direito. Essas noções fundamentais são objetos de uma breve reflexão a seguir desenvolvida.

### 2.1. Em torno da segurança jurídica

Quanto mais o direito se torna certo, pela previsibilidade das conseqüências da incidência da norma ao caso concreto, mais gera condições de segurança. Onde o direito é claro e delimitado, garante o chamado câmbio das expectativas, isto é, propicia ao cidadão prever as conseqüências dos atos ou ações próprias ou de terceiros<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> FONSECA, Antonio. Técnica jurídica e função criadora da jurisprudência. *Rev. Inf. Legisl.* Brasília, v. 19, n. 75, p. 137-176, jul./set. 1982.

<sup>5</sup> A reflexão sobre segurança jurídica segue o texto encontrado em *Direito Tributário : atitude científica e pensamento jurídico equitativo*, do autor, publicado em *R.T.J.E.*, v. 74, p. 9-28.



A organização da sociedade supõe a idéia de direito e está associada à noção de ordem e segurança. Essa noção é tão profunda que se revela conata à convivência humana. Segurança jurídica e certeza são, pois, postulados básicos que fazem parte da ordem jurídica positiva em todas as suas manifestações.

O postulado da certeza exige clareza na definição dos comportamentos humanos pela norma jurídica. Uma regra clara (conteúdo formal) tende a ser estável. É impossível, todavia, regulamentar todos os comportamentos humanos, muito menos fazê-lo de forma adequada. Isso acusa a existência de omissões, imprecisões, ambigüidades e contradições. Enfrentando este problema, o princípio da plenitude ou unidade da ordem jurídica tende a criar recursos interpretativos de modo a buscar sempre uma norma de decisão para um caso concreto, mas é um mito supor que a legislação oferece solução para toda controvérsia. Há situações em que a incidência de uma norma é certa. Em outras situações, a aplicação da mesma norma pode ser negada ou afirmada. É possível distinguir, portanto, um núcleo de certeza e uma margem de dúvida ou ambigüidade na aplicação de uma norma<sup>6</sup>.

Corolário da segurança é a sistematização do ordenamento jurídico, segundo o qual as normas estão subordinadas umas às outras pelo seu conteúdo (racionalismo material) e pela hierarquização de competências (racionalismo formal). A crença de que uma norma pode complementar outra alimenta a idéia de uma ordem plena. A esse respeito, a segurança cumpre um sentido racional ou lógico. Relacionar uma norma com outras, porém, nem sempre é possível. A tarefa exige habilidade de especialista, capaz de realizar adequada avaliação dos resultados.

Ainda que o conteúdo formal da norma continue o mesmo, concepções podem mudar com o tempo. Essa mudança pode ser de tal ordem que um direito certo, hoje, pode se tornar incerto amanhã. Um direito incerto é apto a gerar injustiça na sua aplicação. Daí a certeza do direito ter um sentido funcional. A ordenação de comportamentos traduz, também, um compromisso do legislador com a justiça, ou do tribunal com a equidade (justiça do caso concreto). O direito, assim, aspira a realizar valores mais altos na hierarquia axiológica.

<sup>6</sup> JACKSON, Bernard S. *Law, fact and narrative coherence*. p. 144.

Usando do seu poder de subsunção, o juiz adapta a norma à exigência do justo, particularmente falando, para atender adequadamente a uma necessidade humana específica ou a uma política pública. Não se sabe em que medida o sistema jurídico constitui uma ordem pronta ou dada ao juiz. Pelo mister de julgar, o juiz tem um poder que lhe é próprio de reelaborar a lei. Isso dá ao direito um caráter dinâmico e permite um inevitável vaivém da segurança à equidade e da equidade à segurança.

A segurança, como se disse, está associada a uma imagem estática do direito. Esse lado conservador está em luta permanente com o caráter dinâmico do direito. Suposto que a realização da justiça é um compromisso inerente ao direito, é possível afirmar que a busca da segurança qualifica um conflito da justiça consigo mesma. Tudo isso torna a aplicação do direito uma tarefa desafiante, sobretudo quando a aplicação é inspirada no interesse público.

## 2.2. Noção de interesse público

A despeito da sua natureza intangível, interesse público é uma noção central para teoria jurídica e aplicação ou execução do direito. O seu conteúdo, *a priori* indefinido, é uma constante dor-de-cabeça para os tribunais, em qualquer ramo do direito e, em particular, no campo do direito da concorrência. Nesta breve reflexão, o interesse público é contrastado com o interesse privado. Não se busca estabelecer um conceito. O propósito é refletir sobre o processo de seleção dos critérios, para definir interesse público como elemento de legitimidade das decisões<sup>7</sup>.

O interesse público é elevado à categoria de fundamento de aceitação geral quando o legislador, dispondo sobre a generalidade das situações, invoca-o e quando os tribunais fazem dele ingrediente da racionalidade judicial. A esse respeito, o processo legislativo e os casos concretos são, de alguma forma, expressivas fontes de identificação do interesse público.

A imprecisão ou ambigüidade de conceito pode ensejar manipulação das normas. A invocação do interesse público sem critérios pode

<sup>7</sup> A presente discussão acompanha o texto correspondente ao item 7.2.1, "reflections on public interest", capítulo 7 (*Adjudication on Non-Voluntary Licences over UK Patentes*) da tese de doutorado do autor, "Limiting Intellectual Property, the Competition Interface", Queen Mary and Westfield College, Unversidade de Londres, 1996.

servir a propósitos pouco convenientes ao bem comum. Segue-se que o parlamento e as cortes, ao estabelecerem o interesse público como optativo político ou judicial, têm o dever de assegurar que o interesse da sociedade como um todo não seja explorado por grupos particulares na busca de ganhos privados às expensas do público.

Há uma relação entre interesse individual e interesse público. Indivíduos ou grupos de indivíduos podem perseguir variados interesses. Nem todos esses interesses podem pertencer à sociedade como um todo. Essa observação leva ao pressuposto de que a sociedade é capaz de ter seus próprios interesses. A questão é como distinguir os interesses do público como um todo daqueles interesses reduzidos à esfera individual.

Pode-se argumentar que a reunião dos interesses individuais representaria o interesse da própria sociedade. Para que a afirmação se torne verdade é necessário que os interesses antagônicos desses mesmos indivíduos ou grupos de indivíduos sejam excluídos, ou que os indivíduos ou grupos desistam dos seus interesses conflitantes para afirmar os interesses comuns ou da coletividade. A assertiva pode ser possível em princípio, mas ninguém a reivindicaria como uma verdade universal. O que é de fato reclamado como pertencente à sociedade ou correspondente ao interesse público não passa da materialização do interesse de uma maioria contra o interesse de uma minoria. A partir dessas colocações, pode-se inferir os riscos da construção da noção de interesse público: a possibilidade que grupos imponham seus interesses sobre outros.

Se é certo que não há outra forma de estabelecer o interesse público senão pela regra da maioria, o processo como instrumento de decisão ganha um papel vital na teoria jurídica e no modo como o interesse público é oficialmente estabelecido. O reconhecimento do interesse público como elemento-chave significa que a implementação das políticas públicas deve produzir um benefício para sociedade. Fora desse objetivo, não há legitimidade possível. Ademais, a maneira como interesse individual e interesse público são relacionados é também uma questão de representação. Ao isolar e legalizar um interesse em particular, o legislador se vale

de todo um conjunto de informação que pode estar viciada e, assim, ele pode estar favorecendo a dominação ou repressão de grupos.

O caráter representativo do interesse público exige uma articulação de elementos que confere um sentido democrático ao processo legislativo e, ao mesmo tempo, permite uma justificação de interesses que vão além da esfera individual. Esse mecanismo descreve a conversão de optativos políticos em optativos jurídicos, destinados a repelir a usufruição individual de ocasionais benefícios. Tanto o parlamento ao fazer escolhas (optativos legais) ou ao tomar suas decisões, quanto às cortes ao operá-las, têm um objetivo comum: cuidar para que o interesse público não seja dirigido para o privilégio de uma elite. Até onde o quadro legal é capaz de garantir tal objetivo é um assunto da alçada das cortes ou tribunais administrativos. Em circunstâncias particulares, o que é bom para a sociedade como um todo deve corresponder ao interesse público.

Freqüentemente, os tribunais têm de aplicar conceitos imprecisos ou abertos. Noções, tais como, bem comum, liberdade de comércio e interesse dos consumidores, reúnem considerável força intelectual que apelam para a sensibilidade dos juízes. O desenvolvimento de tais conceitos exige um mínimo de racionalidade. Ao desincumbir-se dessa tarefa, a autoridade realiza uma política legal que não é dela, mas do parlamento. Segue-se que não cabe aos tribunais sobrepujar os optativos legais. Embora as autoridades administrativas e os tribunais sejam dotados de um mandato que lhes confere razoável liberdade de construção dos conceitos, essa franquia é limitada. Esse sentido de limitação governa toda a atuação do aplicador da norma e recebe uma qualificação particular, à luz do devido processo legal.

### 2.3. Devido processo legal

De origem americana, o instituto do devido processo legal tem conteúdo variável. O seu significado depende da cultura de cada país.

No Brasil, a Constituição Federal oferece os fundamentos do devido processo legal e a legislação ordinária os implementa. Esses fundamentos estão descritos a seguir.

*Fundamentos Constitucionais do Devido Processo Legal*

“Artigo 5º (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (...)

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; (...)”

“Artigo 93 (...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias e a seus advogados, ou somente a estes; (...)”

O princípio pode ser subdividido em dois aspectos: formal e substancial. Isto significa que a garantia processual, isto é, cumprimento de certas formalidades essenciais à ampla defesa e ao contraditório, é um requisito necessário à observância ou à aplicação adequada (*enforcement*) do direito. Isso se aplica também ao direito de concorrência e, assim, define um devido processo antitruste. Não se pretende esgotar toda a dimensão do instituto, o que escaparia do objetivo do presente trabalho. Deseja-se apenas estabelecer suas características mais notáveis<sup>8</sup> descritas abaixo .

DIREITO DE SER OUVIDO

A audiência do administrado, além de fletir um princípio de justiça, traduz uma garantia de eficácia, porque não somente assegura ao interessado o conhecimento dos fatos e a possibilidade efetiva da sua participação útil no processo, como proporciona melhor recepção e cumprimento da decisão administrativa. Nesta linha situa-se o magistério de Agustín

<sup>8</sup> Cf. discussão em Liquidação extrajudicial: multicrod, devido processo legal, por A. C. Fonseca da Silva. *RTFE* n. 66, p. 137-176.

A. Gordillo<sup>9</sup>, segundo o qual:

“El principio se mantiene incólume incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decidirse parecen absolutamente claros, y la prueba existente sea contundente y unívoca, porque si la administración tiene en cuenta no solamente razones o motivos de legitimidad, sino también motivos de oportunidad, mérito o conveniencia principio éste indiscutible en la doctrina y en la práctica – entonces es meridiano que la voz del afectado, aún en el más claros de los casos, aporta siempre un elemento más de juicio a tener en cuenta para el juzgamiento del mérito ú oportunidad del acto”.

O princípio radica no direito natural, já inscrito na parêmia jurídica *nemo debet inauditus demnari* (ninguém deve ser condenado sem ser ouvido), designado, às vezes, por justiça natural e teria sido observado pelo Criador, que, antes de condenar Adão e Eva, os ouviu (Gênesis, 3, 9-19). A dimensão da regra permite desdobramentos vários, como a publicidade do processo administrativo, oportunidade de exposição de razões pelo administrado e administrado, expressa consideração dos argumentos e das questões propostas, dever de a administração decidir expressamente a sua decisão e direito de defesa por profissional habilitado.

A publicidade do processo diz respeito ao chamamento do interessado para se defender. As partes (administração e administrado) são colocadas em condições de se contrariarem. Descarta-se qualquer atuação em segredo, salvo circunstâncias excepcionáíssimas justificadas pelo resguardo de situações. A publicidade compreende não somente o conhecimento das atuações administrativas, como também o exato conteúdo ou alcance da impugnação, de modo a permitir a formulação de defesa.

As razões de direito e de fato visam confortar um juízo de convicção. Há uma oportunidade adequada em que elas poderão ser oferecidas, variando segundo a modalidade ou o fim do processo. A sua exposição de ordinário deve preceder a de pronunciamento administrativo; a precedência atende a uma questão de utilidade. É desejável que o pronunciamento administrativo não ocorra muito distante da época do oferecimento das razões do administrado.

Desde que as questões e os argumentos suscitados se revelem pertinentes, a decisão deve

<sup>9</sup> *RPD* 10, 1.19.

tocá-los, considerando-os expressamente. O silêncio ou a omissão da autoridade constitui falha em detrimento do direito de ser ouvido. Deve a decisão, portanto, ferir todos os fundamentos da defesa.

O dever de a administração decidir expressamente os requerimentos atende ao postulado de que todo pedido deve merecer uma resposta, seja em nível de impugnação ou de recurso, pedido de consulta, reconsideração ou de diligências. Tratando-se de pedidos plúrimos, formulados por meio de um só instrumento, tem a administração o dever de decidir expressamente cada um deles. A autoridade julgadora deve fundamentar a sua decisão, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes do processo. Isso exige uma indicação objetiva dos motivos formativos do convencimento.

Enfim, o direito de ser ouvido, na sua plenitude, não dispensa a defesa do administrado por profissional habilitado. A esse aspecto, não é necessário que a defesa seja feita por advogado. Entretanto, qualquer que seja o representante do administrado, quando este próprio não patrocinar a sua defesa, a ele é assegurado o acesso a todo expediente a fim de poder praticar todos os atos procedimentais indispensáveis a uma defesa eficaz.

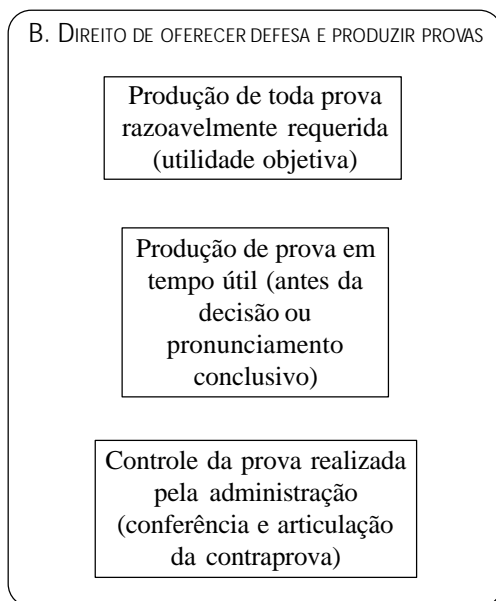
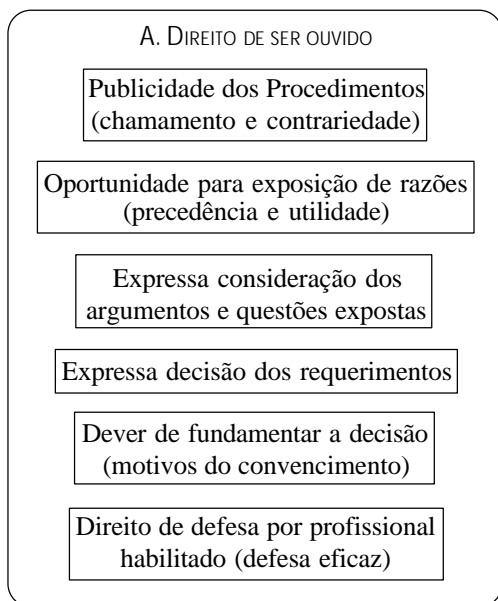
#### DIREITO DE OFERECER DEFESA E PRODUZIR PROVAS

A prova é dirigida à formação do convencimento do julgador. As diligências, perícias, quaisquer meios lícitos de prova compreendem-se no âmbito do contraditório, sem o qual o processo perde a sua legitimidade. O direito em destaque consiste em que: (a) toda prova razoavelmente requerida seja produzida; (b) a produção da prova deva ocorrer em tempo útil, tendo de ordinariamente preceder a decisão da controvérsia; e (c) o controle da produção da prova seja realizado pela administração.

Caberá à defesa requerer as provas que desejar produzir, ou por elas protestar, sempre atendendo a uma exigência de utilidade, objetivamente demonstrada ou deduzida das circunstâncias. A autoridade poderá, em despacho fundamentado, indeferir as que considerar impraticáveis, prescindíveis ou inúteis. Essa faculdade, porém, encontra limites, devendo a recusa atender a preceito de lei ou à razão de lógica jurídica. Se o escopo da prova é a procrastinação desarrazoada do feito, é evidente o seu descabimento.

A prova deferida merece ser produzida antes de um pronunciamento conclusivo sobre a matéria controvertida. O preceito de oportunidade aplica-se a toda prova cuja produção seja factível.

### Síntese do devido processo legal CF, arts. 5º - LIV, LV, LVI, LX e 93 - IX



O direito de controlar (conferir, fiscalizar) a realização da prova, por fim, é conferida aos interessados para garantir a lisura dos procedimentos. Pretende-se, assim, evitar a realização de provas com preterição de formalidades legais essenciais ou por expediente fraudulento ou espúrio; presta-se ainda a orientar a articulação da contraprova.

Estes são os traços mais frisantes do devido processo legal. São um feixe de direitos, deveres e faculdades cuja operacionalidade atende a ditames lógicos e éticos, a exigências de oportunidade e utilidade, requisitos que se impõem enquanto “meios” e “recursos” inerentes ao contraditório e à ampla defesa.

### 3. Instrumentos de planificação jurídica

Parece estranho a idéia de planificar, ou dispor em planos, a ação jurídica do Estado. Essa ação jurídica envolve uma série de atribuições<sup>10</sup> que melhor seriam desempenhadas se submetidas a um sentido de planejamento, que é obrigatório para a administração pública. O plano é um conceito fundamental associado ao desenvolvimento racional das ações reguladoras do poder estatal. O sentido de planificação jurídica aqui empregado é de ordenação de objetivos e de estratégia para cumpri-los, de acordo com uma linha ótima escolhida, dos quais a administração de uma justiça administrativa não pode prescindir. Essa exigência de planejamento administrativo pode variar de acordo com a complexidade do papel ou mandato conferido à agência ou tribunal administrativo.

Assume-se que o regulamento (*Guidelines*), a prova científica e os princípios ou regras de bom aviso, que limitam o poder discricionário, fazem parte de um instrumental necessário à estruturação de uma política da concorrência eficiente. Sem esses instrumentos, o teste de desempenho dessa política estará prejudicado pela falta de critérios objetivos.

#### 3.1. Importância das *Guidelines*

De ordinário, guias (*Guidelines*) ou instruções não são vinculantes. No seu sentido amplo, elas podem abranger o regulamento ou regimento do órgão, de considerável valor para o desenvolvimento e aplicação transparente do direito. Como instrumentos de política legal,

<sup>10</sup> Confirmam-se, por exemplo, os artigos 7º a 9º da Lei nº 8.884/94.

as *Guidelines* estabelecem categorias e regras que orientam um padrão de teste legal, instruindo um público-alvo e oferecendo um modelo de interpretação que pode ser considerado ou aproveitado pelos juizes. As *Guidelines* são importantes, como elementos de planificação jurídica e de transparência, bem como pelo seu caráter instrutivo<sup>11</sup>.

O guia gera na autoridade uma atitude diante de situações jurídicas chaves. As tarefas desempenhadas no dia-a-dia são facilitadas, propiciando uma economia de meios (princípio dos meios eficientes). Isso permite que técnicos e pessoas que militam no foro administrativo possam prever como a autoridade agirá naquelas situações. Aplicando um meio eficiente e previsível, a autoridade se habilita a fazer um balanço de ganhos e perdas.

Há vários outros benefícios relacionados a programa de treinamento, montagem de orçamento e organização pelos técnicos da execução coordenada de atividades. O planejamento não é uma preocupação jurídica imediata. A abordagem do planejamento, todavia, coloca em foco a necessidade de se organizar as atividades de aplicação do direito ou execução das decisões como exigência de administração eficiente ou racionalização do desempenho da agência de concorrência. Ao estabelecer prioridades e alternativas, a autoridade organiza sua atuação e procura a solução mais eficiente de problemas, evitando esforços desnecessários ou contraproducentes.

A agência de concorrência desenvolve métodos de trabalho distintos daqueles normalmente aplicados pelos órgãos judiciais. Para desempenhar suas tarefas eficientemente, a autoridade antitruste, conservando sua independência, mantém conexões com outras agências governamentais, homens de negócios, associações de defesa da concorrência, órgãos internacionais e com a mídia visando informar ao público e difundir a cultura da concorrência. Essa interface exige respostas planejadas. A habilidade da agência para agir eficientemente deve refletir um papel avançado da burocracia estatal, em contraste com aquela visão que normalmente o público tem de uma máquina burocrática pesada e negligente.

Quanto ao aspecto da transparência, vale ressaltar que, sem guia ou regulamento, o órgão tende a atuar com base em padrões de com-

<sup>11</sup> Sobre o assunto, ver “Tese” do autor, capítulo 6, seção 6.3, tópico *the guideline approach*.

portamento hauridos de experiência não-escrita e conhecidos apenas por um reduzido número de funcionários. O aprendizado de situações passadas pode ser válido se ajudar a estabelecer paradigmas que sirvam de base para decisões futuras. Na ausência de guia não institucionalizado, critérios não-escritos são confinados ao conhecimento de poucos funcionários ou técnicos. Valiosas informações terminam não sendo compartilhadas com superiores. Essas informações podem ser importantes para a política ou estratégia do órgão. A falta de critérios na produção e gerência de dados relevantes impede o adequado tratamento e disseminação da informação. Corre-se o risco de se produzir decisões mal informadas.

O papel instrutivo do regulamento pode ser encarado do ponto de vista dos destinatários das regras da concorrência. A adequada orientação ajuda os homens de negócio e as associações de comércio a observarem o direito, ou pode encorajar os agentes a evitar atividades de risco, deter condutas aventureiras e ainda criar fortes expectativas de se estar trilhando rota legal. Evitam-se, assim, condenação em multas, dispendiosas disputas e o risco de se ter um ato ou contrato anulado.

Um guia interpretativo pode esclarecer pontos obscuros de dispositivos vagos, ou estabelecer condições para aplicações de conceitos ou regras rígidas, eliminando restrições impróprias e evitando discussões desnecessárias. Onde a lei permite mais de uma interpretação, o guia pode fazer uma escolha possível que pode ser observada pelo Judiciário. A esse respeito, o guia ou regulamento pode facilitar não somente o trabalho de consultoria privada, como também ser usado como canal de legítimos anseios de grupos.

O guia, enfim, pode ser alterado de tempo em tempo para operacionalizar uma nova política. Esse senso de flexibilidade é uma característica que muito se atende ao direito moderno da concorrência, comprometido com um processo competitivo dinâmico e baseado numa realidade econômica de difícil percepção.

### 3.2. Prova científica e percepção estatística

Em diversos campos do conhecimento, a experiência humana é expressa em dados dispostos estatisticamente. Elementos de estatísticas têm sido usados para descrição de uma realidade ou elaboração de inferências que, por vezes, influenciam a percepção dos juízes. A

freqüência do uso de estatísticas nos tribunais levou o juiz Holmes, da Suprema Corte americana, a afirmar que algum conhecimento de estatística não é um dever, é apenas uma necessidade<sup>12</sup>. Estatística é realmente importante? Do ponto de vista do processo administrativo ou judicial, uma questão geralmente suscitada é sobre a justa avaliação por juízes, advogados e técnicos dos modelos estatísticos, e se tais modelos asseguram o devido tratamento dos dados em questão.

O uso de estatística tem contribuído para o discurso racional envolvendo assuntos de interesse público. Esse uso tem sido feito por economistas, cientistas sociais, geneticistas, epidemiologistas, engenheiros, físicos, biólogos e outros profissionais, atuando como testemunhas ou técnicos dentro das respectivas especialidades. Os juízes nem sempre têm disposição e habilidade para apreciar números. Isso pode ser uma deficiência dos cursos jurídicos que ainda não descobriram os números como instrumentos de argumentação jurídica. Daí, muita estatística pode atrapalhar o tratamento da prova. Com a devida assistência, os tribunais administrativos e judiciais são capazes de avaliar bem a prova estatística. Mas a falta da assistência adequada pode fazer que bons modelos estatísticos sejam sumariamente rejeitados, ou que deficientes modelos sejam acolhidos sem a devida crítica. A reflexão a seguir tenta ressaltar as virtudes e vicissitudes de algumas técnicas estatísticas, capazes de impressionar e atribuir crédito a pressupostos jurídicos nem sempre adequadamente avaliados.

A prova científica caracteriza-se pela busca do conhecimento ou verdades gerais, mediante a descoberta ou revelação das leis fundamentais da natureza e do modo como elas operam e interrelacionam-se. Isso cria uma atitude que coloca um grupo de profissionais, tais como técnicos, advogados, membros do Ministério Público e juízes em contato com o mundo físico e seus fenômenos, gerando observações imparciais e experimentações sistemáticas. Guardadas as devidas precauções, isso é perfeitamente adequado à exigência de motivação das decisões, desde que sejam criados modelos de análises com a formulação adequada de hipóteses. No processo administrativo antitruste, o resultado de uma prática ou conduta é

<sup>12</sup> FINKELSTEIN, Michael O., LEVIN, Bruce. *Statistics for Lawyers*. Prefácio VIII e IX. Springer-Verlag, 1990.

particularmente crucial, independentemente da sua valoração subjetiva, sendo a prova técnica, neste setor da administração pública, de extrema necessidade<sup>13</sup>.

O tratamento científico da prova não garante necessariamente a solução ótima de um problema jurídico, mas pelo menos permite manejá-lo de forma racional, mediante o emprego de diversas técnicas envolvendo amostragem, combinação ou comparação, descrição, contagem ou computação, probabilidade, inferências e regressão. Como se disse, o instrumental estatístico ou matemático pode contribuir para o processo de investigação e convencimento, mas pode também ser usado inescrupulosamente para obscurecer ou reduzir o impacto de evidências ou fatos determinantes. Daí é preciso que todo modelo seja submetido a uma avaliação crítica, em que, por exemplo, permita-se testar uma dada hipótese contra uma outra alternativa, estabelecendo-se, ao final, a hipótese nula ou falsa.

A seguir, alguns exemplos de estudos estatísticos envolvendo questões legais:

- Um interessante experimento realizado no início da década de 60, em que foram usados métodos de estatística descritiva, procurou responder se uma pessoa, com evidentes laços com a comunidade local, uma vez presa e depois solta sem fiança, retornaria para responder à acusação. O resultado foi um sucesso surpreendente: apenas 1% (3/250) dos recomendados para livramento condicional naquela base não retornou. Esse resultado passou a ser observado pela Justiça dos Estados Unidos. Um significativo dado revelado pelo estudo foi que um número desproporcionalmente grande daqueles recomendados para livramento (60%) foram absolvidos. Um estudo estatístico de regressão múltipla sugeriu que, depois de considerados outros fatores, o fator prisão, antes do processo sozinho, aumentou a probabilidade de condenação. O sistema de fiança com base nesse estudo foi contestado, sem sucesso. A Corte de Apelação de New York estabeleceu: “Não é porque a fiança é exigida que o acusado afinal

<sup>13</sup> É cada vez mais verdadeira a assertiva de que é impossível se desenvolver uma política de concorrência consistente e eficiente sem um serviço de pesquisa sistemática. A falta desse serviço e da capacidade de avaliação crítica da prova emprestada enfraquecem as decisões da agência.

é condenado. É pela probabilidade de ele ser condenado que a fiança é exigida”<sup>14</sup>.

- Uma associação nacional de produtores de ovos encomendou uma propaganda afirmando que não havia evidência científica autorizada e segura de que o consumo de ovos, mesmo em quantidade discreta, aumentava o risco de ataque de coração. A FTC abriu um processo para retirar a propaganda sob o fundamento de que ela era falsa e enganosa. No processo, o pessoal da FTC introduziu dados preparados pela OMS relatando consumo de colesterol e taxas de doenças das coronárias em 40 países. Peritos que atuaram como testemunhas da FTC usaram método de descrição estatística.

- O Departamento Americano de Justiça adota o Herfindahl Índice para selecionar as concentrações a serem investigadas. O índice é calculado pelo somatório do quadrado das participações no mercado de cada firma. Varia de 0 a 10.000. O índice abaixo de 1.000 não oferece preocupação. Abaixo de 1.800 representa uma concentração moderada. Acima de 1.800 a concentração é alta, indicando um estado de alerta<sup>15</sup>.

- Probabilidade matemática tem sido discutida em comparações de cabelo humano. Fios de cabelo encontrados no local do crime ou na vítima são comparados com cabelos de pessoas suspeitas.

- Amostragem estatística é largamente usada por contabilistas em auditorias. Num determinado caso, um contabilista não conseguiu detectar nenhuma das 17 faturas fraudulentas num grupo de 100 faturas. Isso gerou um processo por negligência.

- Acusado de estupro, um homem de cor negra, em 1961, foi condenado à pena de morte, no Estado de Arkansas. A vítima era uma mulher de cor branca. Em *habeas corpus*, o

<sup>14</sup> FINKELSTEIN, LEVIN, op. cit., p. 8. Como este, os demais exemplos são da mesma obra.

<sup>15</sup> Na jurisdição americana, o HHI é um indicador útil do potencial de efeito competitivo da operação de concentração, sugerindo aprofundamento da análise ou não, conforme o índice seja superior ou inferior a 1800. Cf. Horizontal Merger Guidelines (1992) do Departamento de Justiça e da FTC americanos, item 1.5, em *ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments*, 3. ed. Apêndice F, vol. 2, 1992. O referido índice não tem função na prática de avaliação de concentração pelo CADE. A Lei nº 8.884/94 adota padrão próprio (artigos 20 § 3º e 54 § 3º).

condenado alegou que a pena foi aplicada de modo racialmente discriminatório. O argumento baseou-se num estudo de um sociólogo da Universidade de Pennsylvania. Segundo esse estudo, que examinou as sentenças de estupro numa amostra representativa de 19 condados daquele Estado, “as variáveis críticas na determinação da sentença de morte foram a raça do condenado e a raça da vítima”<sup>16</sup>.

- Inferência estatística para duas proporções tem sido usada para estudo dos efeitos do baixo nível de radiação de fornos de microondas. A questão é se os microondas causam câncer. Os estudos têm sido conduzidos em ratos.

- Pesquisa para medir confusão entre consumidores, nos casos de infringimento de marcas, tem suscitado problemas de amostragem. Uma empresa, titular da marca Dominó para identificar o produto açúcar, processou outra empresa (Domino’s Pizza Inc.) que usava a mesma palavra para identificar pizzas. Pesquisa realizada em dez cidades do leste dos Estados Unidos, em duas das quais o serviço de pizza Dominó era fornecido, entrevistou 525 pessoas, todas donas de casa envolvidas nos seus afazeres domésticos, responsáveis pelas compras de mercearia. Durante a entrevista, uma caixa de pizza Dominó era exibida. Parte das entrevistadas revelou acreditar que a empresa que produzia pizza produzia também outros produtos. Desse grupo, um percentual acreditava que a empresa de pizza também produzia açúcar. O padrão de amostragem foi submetido a críticas.

O uso da pesquisa científica contribui, portanto, para a aplicação racional do poder discricionário na formulação e operacionalização das políticas públicas.

### 3.3. Princípios de discricção administrativa

Os princípios que orientam o exercício da discricção administrativa encerram limitações de duas ordens: legal ou estatutária e judicial. Construídas pelo legislador ou pelos tribunais, essas limitações comunicam um dever de justificar as decisões, um senso de adequação de motivos e um dever/poder de atuar quando necessário. Os princípios que decorrem da estrutura reguladora guardam correlação entre si e podem ser assim estabelecidos<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Idem, p. 189.

<sup>17</sup> Os princípios discutidos decorrem da jurisprudência ou dos textos legais. Ver “tese” do autor, capítulo 7.4 (*principles of judicial discretion* : a summary).

Ao exercitar seu poder discricionário, a autoridade pode fazer tudo, não proibido por lei, para implementar um objetivo legal específico. Desse modo, a autoridade realiza dupla função, de guardiã da ordem econômica e de curador do direito individual à livre concorrência. A agência de concorrência se faz intérprete da política do legislador e a implementa em primeiro grau. A tarefa de completar o direito envolve opções. As escolhas que a autoridade faz não são propriamente suas, mas do legislador.

Um outro princípio é que a autoridade não pode impor restrições ou encargos inconsistentes com a política legal, nem sua discricção pode gerar desnecessário embaraço ou ônus sobre a propriedade privada. Outra limitação estabelece que a autoridade não deve fixar critérios ou políticas tão rígidas que inviabilizem o exercício da discricção no caso concreto. Isso reclama um sentido prático e de flexibilidade na formulação de instruções destinadas a regular as situações mais ou menos gerais.

O dever de considerar os objetivos legais é uma exigência de motivação das decisões. Mediante a declaração de razões, a autoridade pode demonstrar que uma abordagem racional foi procedida, numa decisão em concreto, contra uma atitude de capricho ou preconceito. A discricção do caso individual deve-se fundar na razão, resgatada da observação ou experiência, ou ainda de diretrizes técnicas.

Para exercitar discricção adequadamente, diz outro princípio, deve-se dispensar adequada consideração ao mérito e aos fatos do caso individual, isto é, exige-se tratar os pontos-chaves de maneira racional, desenvolvendo-se argumentos informados. Racionalmente razoáveis são aqueles argumentos conclusivos e determinativos de respostas coerentes.

O dever de atuar, enfim, para atender a uma necessidade, decorre da percepção de que a autoridade possui um poder-dever de dar as respostas corretas para acudir a um interesse legalmente protegido. Essa proteção é definida a partir da Constituição, consolidada nas leis e implementada pelo regulamento. Dar uma resposta adequada a um interesse juridicamente relevante passa por um processo de justificação legalmente permissível. Isso revela o caráter interativo ou complementar dos princípios que orientam o poder discricionário da autoridade.

A observação óbvia é que não existe um poder discricionário ilimitado. O grau de dis-



crição é função do enunciado das disposições legais. Uma vez revelada, a discricção poderá ser corrigida pela mesma autoridade ou por outra. Não se sabe ou não se pode afirmar, *a priori*, até onde uma discricção originária poderá ser alterada ou substituída por um poder discricionário superveniente ou posterior. O certo é que, ordinariamente, a discricção administrativa, de primeiro grau ou extrajudicial, não deve ser perturbada, a não ser para reparar erros *in decidendo* que fazem a decisão original inconsistente com as letras ou objetivos legais, ou ainda com os interesses individuais legalmente protegidos. Vale esclarecer, finalmente, que à autoridade judicial não cabe dizer como a autoridade administrativa deve exercer sua discricção. Em suma, a discricção administrativa não pode, em princípio, ser substituída pela discricção judicial, a menos que esta seja um imperativo à reparação de um direito individual ou coletivo judicialmente exigível<sup>18</sup>.

#### 4. Papel discricionário

Grande responsabilidade recai sobre as agências ou tribunais administrativos encarregados de decidir sobre assuntos que afetam a propriedade privada. A esses órgãos é conferido um poder discricionário que lhes permite se equipar. Tal poder é mais ou menos amplo, dependendo da complexidade do mandato, e deve ser usado tendo em vista a realidade mutante do mercado e as necessidades da sociedade consumidora. Nesse sentido a discricionariade é necessária, mas delicada pelo potencial de abuso que esse poder oferece.

O poder discricionário é aqui explorado sob quatro ângulos ou diferentes tipos de escolhas: seleção das situações de risco e seu tratamento; estruturação dos procedimentos de atuação; controle de qualidade dos serviços prestados pela agência (auto controle) e opções técnicas adotadas em cada caso.

---

<sup>18</sup>A propósito, vale conferir a doutrina do controle judicial na tradição do *common law*. Em seu manual, Wade & Bradley escrevem: "Judicial control cannot be a substitute for administrative or political control of the 'merits' or 'expediency' of official decisions. Nor are the judges responsible for the efficiency of the administration. But the courts ensure that decisions made on political or other grounds conform to the law and that certain basic standards of fair procedure are observed". p. 626.

#### 4.1. Função seletiva

Como foi dito, poder discricionário é o poder para fazer escolhas entre várias possibilidades de ação ou omissão. Particularmente no domínio da concorrência, é instrutivo dirigir a atenção do leitor sobre como a União Européia tem usado o poder de selecionar as situações sobre as quais o direito é aplicado<sup>19</sup>. Como se sabe, o direito da concorrência na União é materializado nos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma que descrevem com certa amplitude os acordos privados, práticas concertadas e abusos de posição dominante capazes de gerar efeitos adversos ao comércio no interior da União ou entre os Estados-membros. O amplo escopo dos dispositivos levaram a União a adotar uma política seletiva, estabelecendo situações que estariam cobertas e outras não alcançadas pelos artigos 85 e 86<sup>20</sup>. Isso somente foi possível depois de se adquirir suficiente experiência nos casos concretos, que atingiram um volume preocupante.

Por volta de 1963, algo em torno de 37.000 casos de conduta aguardavam julgamento. A primeira tarefa da Comissão foi agrupar os casos por categorias de práticas restritivas. A análise dessas práticas tornou possível a definição das condições objetivas de exclusão de certos acordos. Depois de decidir um certo número de casos dentro de cada categoria, a Comissão passou a regular bloco de isenções (*group exemptions*). A primeira categoria disciplinada foi a de certos acordos de exclusividade, em que se concentrava o maior número de processos.

Em 1967, a Comissão entendeu que havia adquirido bastante experiência no trato dos acordos de exclusividade e expediu o Regulamento 67/67-CEE. Com base nesse Regulamento, mais de 13.000 casos foram informalmente encerrados naquele ano. Em dezembro de 1972, os casos de conduta somavam apenas 2.873 processos. Hoje há regulamentos com disposições específicas sobre acordos de distribuição exclusiva ou compra exclusiva aplicáveis

---

<sup>19</sup>O resumo a seguir é baseado no relato de Karl Mathias Meessen, in Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice in Europe and America*. Universidade de Illinois, 1976.

<sup>20</sup>Posner apóia essa atividade seletiva sob o fundamento (*assumption*) de que "the agency acts as a rational maximizer, comparing the expected returns and expected costs of alternative uses of its resources". Op. cit., p. 602.

a fornecimento de cervejas, postos revendedores de combustíveis e veículos automotivos.

Outros regulamentos em vigor disciplinam acordos, tais como transferência de tecnologia e *know-how*, *joint-venture*, pesquisa e desenvolvimento, e franquia. De modo geral, esses regulamentos modelam uma estrutura de acordo não considerado danoso à concorrência, sendo desnecessária sua apresentação e exame. As empresas são livres para adotar a estrutura de acordo com o que mais atender às necessidades do seu negócio, ficando obrigadas, todavia, a submeter à apreciação qualquer contrato fora da modelagem preestabelecida.

Os critérios de seleção que a Comissão adotou na década de 60 incluíam denúncias sobre as quais havia representação formal ou que eram objeto de litígio nas cortes dos Estados-membros, casos não notificados, casos sobre o art. 86 e casos sobre práticas restritivas notificadas antes de o mesmo artigo entrar em vigor. Numa etapa posterior, os critérios foram estabelecidos de acordo com a natureza e importância das condutas ou seu impacto no mercado comum. A política então esboçada procurava contemplar todos os setores econômicos, considerando as situações como precedentes para interpretação dos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma<sup>21</sup>.

A estruturação ou construção do direito atendia a uma exigência de ordem pública. Ao perseguir tal intento, a política comunitária, de alguma forma, sacrificava interesses individuais. Com o objetivo de obter alguma isenção para os seus casos, as empresas apresentavam contratos para apreciação. A falta de apreciação dentro de um certo período de tempo provocava um dilema para as empresas. Esse prazo podia variar de três a quatro anos ou chegar a uma década. Se o contrato contendo cláusulas restritivas era afinal isentado (*exempted*) ou aprovado (*cleaned*), tudo bem. Uma decisão em sentido oposto era, todavia, um risco incômodo para a empresa que ousasse aplicar um contrato pendente de apreciação.

Os regulamentos de isenção terminam padronizando certos tipos de acordos e, ao mesmo tempo, produzem uma base legal que permite à Comissão tomar uma decisão individual e possibilitam às empresas prever as consequências da sua atuação.

## 4.2. Função estrutural

Além dos regulamentos que definem uma descrição seletiva, uma agência ou tribunal administrativo recorre a um conjunto de regras de procedimento que estruturam o poder discricionário. Os instrumentos que incorporam essas regras são vários, mais ou menos vinculativos, tais como regimentos, resoluções, portarias ou decisões individuais. Embora sem poder vinculativo, certas publicações, tais como boletins, cartilhas, relatórios administrativos, declarações oficiais ou artigos veiculados em publicações oficiais podem ter algum caráter informativo da linha de pensamento sobre como o órgão estrutura os seus procedimentos.

Sem a rigidez de um código de processo, os instrumentos procedimentais disciplinam a posição processual de pessoas, empresas e, menos freqüentemente, órgãos governamentais que de alguma forma se relacionam com o tribunal ou agência e estão sujeitos às suas decisões. A falta de normas procedimentais sobre a estruturação do poder discricionário pode gerar custos adicionais e uma insegurança para os agentes ou seus representantes. Isso pode ser constatado no cotidiano de uma agência. É comum os representantes dos agentes fazerem visitas a funcionários encarregados de determinados serviços, em busca de orientação da atuação do órgão. Essa informação é refletida na estratégia de apresentação de defesa ou esclarecimento de situações.

Estruturar o poder discricionário, em suma, representa limitar o exercício desse poder. A insegurança pela falta dessas normas decorre da possibilidade de tratamento diferenciado dispensado aos agentes, que ficam sujeitos a maior ou menor experiência da autoridade. Ademais, a falta de normas de procedimentos freqüentemente leva a atrasos na condução e decisão dos casos, provocados por longas discussões casuísticas. Em se tratando de colegiado, pode ocorrer que cada membro, com atribuições específicas, imprima sua velocidade e o rumo que entender adequados.

A estruturação do poder discricionário envolve a ordenação de atividades, tais como: investigação, realização de audiências, tomada de depoimentos orais, produção de documentos e ordem dos julgamentos. Uma regulamentação mínima desses itens, geralmente, é estabelecida em lei que, todavia, atribui aos tribunais administrativos o necessário poder para

<sup>21</sup> MEESSEN, op. cit., p. 92.

se organizarem e desenvolverem a regulamentação daquelas atividades.

### 4.3. Função controle

Todo órgão que reivindica uma porção de autonomia tem o dever de desenvolver um auto-controle, de modo a assegurar a qualidade do serviço oferecido à sociedade. Disso decorre um poder de revisão das próprias decisões e de tomar medidas reparadoras contra ações e omissões ilícitas de servidores pouco qualificados para as funções.

Pelo menos numa determinada fase inicial da experiência de uma agência, a aplicação e desenvolvimento do direito da concorrência submetem-se a um *blend* de erros e acertos. A reflexão sobre decisões passadas contribui para aperfeiçoamento de decisões futuras. A correção de imperfeições é, por vezes, resultado da mudança de linha de pensamento ou do modo como situações pouco conhecidas são tratadas. Uma decisão que reflita uma correção de rumo não afeta, necessariamente, decisões passadas. No entanto, sempre que se mostre útil pelos seus resultados práticos, uma decisão poderá ser revista.

A questão que se coloca no trato da revisão é a dos limites do poder revisional. Em princípio, a revisão pode ser de ofício ou a pedido. Aqui não se cuida de discorrer sobre a revisibilidade das decisões administrativas. Cumpre apenas observar que a consumação de uma situação de fato, com a consolidação de um direito individual, ordinariamente interdita a revisão de ofício. Exceção se dá quando o beneficiário da decisão original concorreu para o vício, motivo da revisão.

Uma falha grave na administração do serviço força a autoridade competente a investigar o assunto adequadamente e produzir uma resposta motivada. O estatuto dos servidores estabelece o procedimento e as penas adequadas que poderão ser adotadas no caso de uma falta disciplinar, que não exclui a aplicação de outras sanções administrativas e penais.

A função controle dos tribunais ou agências administrativas é particularmente importante e necessária em face do escopo do poder discricionário seletivo. Se o tribunal goza da faculdade de estabelecer o que pode ou deve investigar ou o que não deve, está-se diante de uma porta aberta para todo tipo de abuso, inclusive discriminações injustas e expedientes de captura ou corrupção. Isto é particularmente

sério quanto à justiça administrativa aplicada à política da concorrência. A esse respeito, as considerações a seguir se valem novamente das lições de Karl Matthias Meessen sobre os sistemas americano e europeu.

Referindo-se aos dois sistemas de adjudicações, Karl Meessen escreve:

“Discretion with respect to initiating an enforcement proceeding is much broader and much less controlled, both in Europe and in America. The great discretionary power in both instances is the power not to enforce, either in general, against class of parties, or against a particular party. And, of course, discretion not to enforce intrinsically involves discretion to discriminate – a power very dangerous to justice”<sup>22</sup>.

A possibilidade de escolha sobre o que investigar pode eventualmente traduzir na opção de condenar ou não condenar. Quando se trata de investigação e condenação, a cautela da agência é redobrada. Nisso reside um risco de negligência com um interesse público que é remetido a um contexto de barganha: os casos aparentemente sem importância, que se deixa de investigar ou são submetidos a uma investigação simples, são compensados com o tempo e os recursos poupados para profunda investigação dos casos importantes. Para que isso assegure uma maximização da eficiência na utilização dos meios disponíveis é necessário um controle severo dos resultados. Refletindo sobre a política seletiva e a utilização de recursos humanos na Europa, Karl Meessen aduz:

“The affirmative decision is reviewed by at least twenty officers with university degrees, but the negative decision rests mainly with the individual official and comes to the attention of only a small number of officials. Mr. Meessen explicitly says he was unable to determine whether the power to delay has ever been abused. The European system may thus provide less than adequate protection against possible abuse of the discretionary power not to enforce”<sup>23</sup>.

O potencial de abuso se agrava na proporção da deficiência de controle. A crítica que a esse respeito recai sobre o serviço da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça Americano é esta:

<sup>22</sup> Ibidem, p. 96-97.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 97.

“The discretionary power of nonenforcement is enormous and little protected. No one outside the Department of Justice supervises or reviews decisions not to investigate or decisions not to prosecute. Such negative decisions are secretly made. No systematic reporting of them to anyone is required. The officers who make the decisions may have private conferences with parties under investigation, and those parties do not always limit their presentations to facts and arguments; they may use influence of various kinds - influence that is typically known only to the officers with whom they are dealing. The potential for abuse is almost unlimited. If abuse occurs, the possibility of its detection or correction is slight, usually almost nonexistent”<sup>24</sup>.

À administração também cabe estabelecer mecanismos de avaliação dos resultados. Isso permite detectar falhas e gera oportunidade de reparação. Avaliar resultados revela um comprometimento com o controle de qualidade da justiça administrativa. Afora o auto controle ou controle interno, existe o controle externo, de ordinário realizado pelo poder judiciário e/ou pelo parlamento, este quando provido pelo quadro legal.

O controle judicial decorre da regra segundo a qual nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída do conhecimento do Poder Judicial, cuja função tem o escopo, essencialmente, de podar excessos da autoridade, proteger a concorrência e os direitos e garantias individuais enquanto categorias de bens jurídicos tutelados. Diz-se que os juízes enquanto órgãos judiciais estão formados na proteção de direitos, não na proteção do interesse geral que representa a concorrência. Isso leva à discussão sobre o preparo do Judiciário para decidir as questões sobre o assunto em apreço. Esta é uma preocupação desprezível que somente poderá se tornar num fato sério se o padrão das decisões da agência administrativa for um fiasco. Todo juiz poderá tornar-se um perito em matéria de concorrência, desde que ele tenha oportunidades para desenvolver sua capacidade de compreensão. A falta de perícia é preenchida por bons assistentes técnicos.

#### 4.4. Discrecionalidade técnica?

A técnica está cada vez mais presente na formulação das políticas públicas e na aplica-

<sup>24</sup> Ibidem, p. 98.

ção do direito administrativo<sup>25</sup>. Alguns exemplos incluem as políticas de meio ambiente, fiscal, financeira, indígena, defesa da concorrência, defesa do consumidor e de desapropriações para reforma agrária. O grau de precisão da técnica varia. A variação pode determinar sua rejeição como elemento de apoio ou tornar a sua revisão ou controle excessivamente oneroso. Enquanto sua contribuição é de indiscutível valia no domínio da aplicação do direito público, o uso da técnica é objeto de interminável controvérsia. Questiona-se a existência de discrecionalidade técnica a qualificar uma decisão administrativa e a possibilidade de revisão desta pelo Judiciário. O ponto que se deseja firmar é que não há propriamente uma discrecionalidade técnica a se confundir com uma decisão administrativa. Esta, em face de uma alegação de lesão de direito, é sempre passível de revisão pelo Judiciário.

O direito ou regulamento pode admitir alguma liberdade de escolha mais ou menos variável, mas tal exercício nunca toma caráter ilimitado. O exercício de funções administrativas normalmente envolve a escolha entre duas ou mais ações possíveis por parte da autoridade<sup>26</sup>. O legislador pode prever que a administração busque opções para realizar a função administrativa e vincular o administrador a uma ação específica ou deixá-lo livre para fazer a opção técnica que entender adequada.

A técnica não é uma figura autônoma, isto é, que vale por si. Ela pode indicar um comportamento da autoridade na busca do melhor resultado na aplicação do direito público. Daí Régis de Oliveira<sup>27</sup> afirma: a técnica pode ser um “antecedente ou pressuposto, fornecendo

<sup>25</sup> A prova do fato ou direito dependente de conhecimento técnico especializado deverá sempre ser realizada, assegurada a livre manifestação do ponto de vista do perito.

<sup>26</sup> Para Celso Antonio Bandeira de Mello, discrecionalidade “é a margem de liberdade que remenesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”. – *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. Malheiros, 1992. p. 48.

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. Revista dos Tribunais, 1992. p. 92-93.

elementos para o exercício do poder discricionário.” Ele acrescenta categoricamente:

“Não se pode falar em discricionari-  
idade técnica. Se algum ato necessita de  
regras técnicas para ser editado, são elas  
anteriores a sua emanção. (...) “Pode  
ocorrer que a própria lei determine a  
colheita de parecer técnico para a reali-  
zação de determinada atividade. Em tal  
hipótese, estar-se-á diante do ato vincu-  
lado”<sup>28</sup>.

O entendimento é confirmado por outros  
clássicos do Direito Administrativo.

Com arrimo em Ranalletti, Rafael Bielsa<sup>29</sup>  
escreve:

“En general, la actividad puramente  
técnica es considerada como actividad  
libre de la Administración. Y se com-  
prende que cuando tal actividad no se la  
refiere a derechos o a intereses legítimos  
de los administrados, no puede hablarse  
ni de actividad reglada ni de actividad  
discrecional. Sin embargo, adviértase  
que la calificación de una cuestión o de  
un problema de orden técnico supone  
necesariamente operaciones en las cua-  
les la consideración o la valoración del  
interés colectivo está subordinada a pre-  
ceptos o reglas de orden científico”.

Linaires<sup>30</sup> sugere que um ato fundado numa  
política técnico-científica que carece de objeti-  
vidade racional não é juridicamente razoável.  
Ele acrescenta:

“cuando se trata de normas generales  
dictadas en base a la técnica menos pre-  
cisa, como por ejemplo la técnica de las  
ciencias culturales, la determinación del  
error de la normación política genérica  
y, por ende, de la irrazonabilidad jurí-  
dica de la norma individual, es más difi-  
cil”.

Isso pode criar nos juízes uma resistência à  
anulação do ato. O autor se pergunta se o com-  
portamento da autoridade realizado mediante  
um ato fundado em razões técnicas é ou não  
discricionariade técnica e se esse poder é ou  
não controlável pelo Judiciário. Ele entende que  
esse comportamento encerra um “arbitrio polí-

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> *Derecho Administrativo*. 4. ed. Ateneo, 1947.  
v. 563.

<sup>30</sup> LINARES, Juan Francisco. *Poder discrecional  
administrativo*. Abeledo-Perrot, [s.d.].p. 275-  
277.

tico-administrativo, y luego de valoración ju-  
rídica”. A segunda indagação não é respondi-  
da, mas o autor sugere ainda que a valoração  
jurídica está condicionada por um “positivo  
sentido de justicia para el caso”.

Como se observa, a decisão administrativa  
que adota uma opção técnica é sempre resulta-  
do de uma valoração, do contrário deixaria de  
ser um julgamento. Esta conclusão em nada se  
altera pela imprecisão da técnica, que nem sem-  
pre revela a solução ideal. Segundo Bandeira  
de Mello<sup>31</sup>,

“a providência ideal em muitas situações  
é objetivamente incognoscível. Poder-se-  
á tão-somente saber que será uma que se  
contenha dentro de um número limitado  
de alternativas e que se apresente como  
razoável no caso concreto”.

A decisão vale por si, isto é, independen-  
tamente da técnica que ela embute. O seu con-  
teúdo valorativo, em tese, pode sempre ser re-  
visto. Assim, é equivocada a generalização se-  
gundo a qual as decisões de agências como o  
Cade somente se sujeitariam à revisão judicial  
nos seus aspectos formais. A agência tem o di-  
reito público de formular sua política, pauta-  
da por ingredientes técnicos e na busca de objeti-  
vos de eficiência e bem-estar. Os agentes eco-  
nômicos são sujeitos de direitos e obrigações  
na ordem concorrencial. Ademais, certas en-  
tidades estão legitimadas a zelar pelo direito da  
coletividade a uma concorrência sustentável.  
Onde esses direitos entram em conflito, o Ju-  
diciário tem o poder constitucional de apreciar  
e, em sendo identificada qualquer lesão, ado-  
tar a reparação adequada.

A revisibilidade pode ser abordada sob o  
prisma da natureza da justiça administrativa,  
se está empenhada na busca da verdade ou se  
suas decisões guardam algum caráter político.  
No primeiro caso, a revisão judicial poderá ser  
feita amplamente, de acordo com o entendi-  
mento do juiz. No segundo caso, a corte judi-  
cial estaria limitada no seu poder de revisão.  
Todavia, nunca se sabe precisamente se a deci-  
são administrativa baseou-se em motivos téc-  
nicos ou políticos<sup>32</sup>.

A experiência judicial revela que as cortes  
tendem a não alterar elemento da discricção  
administrativa quando ele não é capaz de afetar  
direitos legalmente exigíveis. Essa parece

<sup>31</sup> MELLO, op. cit., p. 43.

<sup>32</sup> POSNER, op. cit., p. 610.

ser uma posição acertada que respeita a autoridade da agência pela sua especialização. Isto não exclui o poder-dever do Judiciário de, escrutinando o mérito da discricionariedade administrativa, examinar eventual lesão de direito e, sendo o caso, repará-la.

O Judiciário não está preocupado com o mérito da política adotada pela autoridade, mas com a proteção dos direitos individuais<sup>33</sup>, nos termos das questões submetidas a exame. Comprometidos com esse *mínus*, os juízes reivindicam para si, sempre que podem, avaliar a adequação da técnica<sup>34</sup>. Aqui como alhures, eles acreditam que a sua valoração, quando possível, tem por fim “evitar que sob a aparência de técnica se disfarcem o exagerado arbítrio ou a injustiça notória<sup>35</sup>.” Por tudo isso, o presente estudo não considera a discricionariedade técnica como um papel dos tribunais administrativos.

## 5. Papel político: influências externas

As cortes, como as agências autônomas, não tomam parte em questões políticas porque desejam. O papel de árbitro ou juiz em sentido amplo, que elas eventualmente podem desempenhar no trato dessas mesmas questões, decorre das falhas do Parlamento e/ou do Executivo em responderem adequadamente às demandas políticas. Ao organizar, desenvolver ou aplicar sua política, a agência se depara com situações que a colocam em interface com outras fontes de poder, capaz de afetar as decisões. Aqui se procura explorar aspectos da relação institucional, estabelecer a natureza dessa relação e as lições de atuação adequada, sem

<sup>33</sup> A Agência também tem o dever de observar os direitos individuais. Mas esses direitos são frequentemente contrastados com a função da primeira, que realiza um desígnio estatal. Segue-se que, no exercício da sua potestade, a agência – enquanto estado administração fazendo justiça com as suas próprias mãos – está destituída da vocação de garantir os direitos individuais.

<sup>34</sup> Particularmente na década de 70, o então Tribunal Federal de Recursos enfrentou tormentosas questões a respeito de censura de peças de artes, obras literárias, filmes, notícias de jornais e músicas. Os motivos da interdição decretada pelo órgão técnico de censura eram pouco objetivos ou racionais. A Corte não chegou a criar uma política judicial própria, mas sempre apreciou o mérito da questão.

<sup>35</sup> AZEVEDO, apud LEAL, Vitor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Forense, 1960. p. 244.

o propósito de traçar um código de conduta, a qual, em última instância, determina um papel político.

Uma agência ordinariamente persegue uma política pública, mas o papel político por ela desempenhado que aqui se explora é aquele que decorre do seu relacionamento com outras fontes de poder. As suas decisões não são políticas, mas freqüentemente são contaminadas pelas influências externas<sup>36</sup>. As situações que se vêem a seguir revelam os traços desse papel.

### 5.1. Tarefas extramandato

Juízes administrativos são convidados, embora pouco freqüentemente, a tomar parte em comissões instituídas pelo governo do dia para investigar assuntos específicos, geralmente de interesse político, podendo sobre ele opinar. Dependendo da reputação da agência administrativa, a presença de seus membros nessas comissões pode agregar prestígio a elas. O efeito pode ser contrário: a indicação de algum membro poderá fortalecer a reputação da agência. O risco na realização dessa tarefa extramandato decorre do proveito político que dela o governo tira. O resultado desse benefício poderá minar a autonomia da agência.

Richard Posner sugere que uma agência administrativa é uma forma de judiciário “dependente”, estabelecido “to promote the interest group politics rather than allocative efficiency”<sup>37</sup>. Isto não é necessariamente uma verdade perseguida pela justiça administrativa, mas de algum modo ocorre ou pode ocorrer na prática. A possibilidade de a agência ou seus membros servirem a uma política de interesse de grupos torna-se mais factível na participação em comissões *ad hoc* cujos membros ordinariamente não gozam de autonomia política. A conclusão da comissão poderá representar simplesmente o pensamento do grupo político que sustenta o governo. Nessa hipótese, a participação da agência por meio dos seus membros, sobretudo sem especificação clara de papel, poderá representar um comprometimento político-partidário, capaz de falsear os objetivos da agência.

<sup>36</sup> A susceptibilidade da agência a influências políticas é um fato também ilustrado pelo rápido *turnover* dos seus membros conforme observado por POSNER, *op. cit.*, p. 605.

<sup>37</sup> *op. cit.*, p. 605.

## 5.2. Colaboração institucional

Fala-se em modernização do Estado para capacitá-lo a responder adequadamente às necessidades da sociedade e aos desafios de um mundo em mudança. Parece inserir-se nesse largo objetivo a articulação dos órgãos do estado. A colaboração entre eles deve estar acima de qualquer interesse político-partidário. O quadro constitucional encoraja essa colaboração, mas a força dos interesses individuais frequentemente conspira contra a sinergia que os órgãos são capazes de produzir.

A harmonia entre os poderes é um dos fundamentos da República. De fato, harmonia pode ser traduzida na oportunidade que os poderes têm de desenvolver uma articulada colaboração. Protocolos de cooperação são instrumentos de aplicação prática do comando da harmonia que, politicamente, acusa a ausência de poder absoluto na República: todos os órgãos, em menor ou maior grau, estão em relação de interdependência. Isso qualifica um comprometimento com a colaboração, como elemento de maximização da eficiência administrativa e promotor de um relacionamento político, capaz de resgatar a sintonia dos instrumentos de regulamentação.

## 5.3. Prestação de contas ao Executivo ou Legislativo

Em princípio, as agências de concorrência devem prestar contas ao Executivo ou ao Legislativo, de acordo com a experiência legal e institucional de cada jurisdição. No sistema parlamentar, a prestação de contas é em última instância feita ao Parlamento. No sistema presidencialista, a tendência é se fazer a prestação perante o Executivo, particularmente à unidade administrativa à qual a agência está vinculada. No primeiro sistema, não há observação relevante. No segundo sistema, um embaraço pode ser criado com insinuações de prestação de contas ao Legislativo fora da previsão legal. Um afago político da espécie pode não trazer conseqüências, mas nunca se sabe das intenções e dos possíveis efeitos que a atitude, em princípio inocente, pode gerar<sup>38</sup>. Há o risco de

<sup>38</sup> Vale aqui repetir a observação de Castañeda: "competition policy is only one component of general economic policy. It does not happen in a vacuum and it is essentially a high-risk activity that must be distanced from politics as much as possible". op. cit.

as influências políticas, presentes no Congresso, poderem ser transmitidas à agência<sup>39</sup>.

Particularmente no sistema presidencialista, Executivo e Congresso podem disputar o controle da agência, seja diretamente sobre os seus ou indiretamente sobre o *chairman*. Se esse controle sempre existirá, como um fato natural do sistema, cumpre regulamentá-lo adequadamente. Cumpre observar, contudo, que o controle político, sob o ponto de vista da teoria jurídica, deve "garantir que as operações constituam um instrumento que irá promover a consecução de objetivos definidos como pública"<sup>40</sup>.

## 5.4. Outras conexões institucionais

Acordos de cavalheiros anticoncorrenciais e a possibilidade de recurso impróprio se converteram em dois problemas cruciais que afetaram a defesa da concorrência brasileira na década de 90. Os primeiros diziam respeito a acertos de preços, ainda no tempo de inflação alta, que alguns órgãos do governo estabeleciam. Tais tratativas nitidamente contribuíam para formação de cartéis privados. Embora ilegal a conduta, a grande dificuldade da agência sempre foi penalizar as empresas privadas; sob a pressão das autoridades, a elas não restava alternativa senão seguir a orientação, ou porque não dizer, imposição oficial. Isso ocorreu particularmente nos setores de medicamentos e alimentos. Uma política institucional deve advogar a busca de aliados no governo<sup>41</sup>.

Situação peculiar se criou com um recurso administrativo contra a primeira decisão do Cade no caso Gerdau<sup>42</sup> para o titular da Pasta da Justiça. O argumento que ornava o recurso

<sup>39</sup> A especulação é recolhida da experiência de Posner que sugere serem os órgãos administrativos encarregados da aplicação do direito público parte de um processo político. op. cit., p. 602 e 605.

<sup>40</sup> Para uma reflexão teórica e crítica sobre o assunto, conferir "Dever de prestar contas e responsabilidade administrativa : concepções alternativas", por Daisy de Asper e Valdés. *R. Inf. Legisl.* v. 25, n. 99, p. 29 a 56.

<sup>41</sup> Cf. Catañeda que escreve: "Government day-to-day issues create many opportunities for anticompetitive action. Competition policy must be part of the basic creed of key government officials not only to undo entrenched anticompetitive arrangements already affecting social welfare, but also to stop new legislation/regulation/decisions that go against competition principles". op. cit.

<sup>42</sup> AC 16/94 - requerentes Grupo Gerdau, Korf GmbH

dizia com o devido processo legal. Conato a este, como acreditava o recorrente, a revisão da decisão no âmbito administrativo seria uma exigência constitucional. Minou-se a autonomia da agência e, mais do que isso, pôs-se em risco a sua existência institucional. O episódio, que mostrou a ousadia do *lobby* político, não foi totalmente exaurido, visto que o precedente pode encorajar semelhante ação no futuro. Como o recurso nunca foi julgado, a omissão da autoridade ministerial desautoriza o precedente, lembrando que a sua invocação em situação concreta poderá outra vez converter-se em fonte de crise política.

A assistência do governo quanto a acertos de preços não é um acontecimento impossível. O assunto continua com um viés político, no sistema brasileiro de defesa da concorrência. Com efeito, a instrução dos processos de condutas sobre o tema fica a cargo de órgãos que atuam sob a orientação de autoridades políticas<sup>43</sup>. A legislação atual deixa margem para conclusão de compromisso tomado pelo órgão que dirige a instrução visando à cessação de prática de aumentos excessivos ou injustificados de preços. A menos que medidas estruturais eficientes façam parte desses compromissos, o termo de cessação poderá ocasionalmente se converter em instrumento de controle de preço. A resistência eventualmente oferecida pelo Cade a um tal procedimento é sempre fonte de conflito. A eliminação deste é um desafio ao sistema.

<sup>43</sup> A instrução sob a orientação de autoridades políticas mais o fato de o presidente do Cade ser o canal político da agência caracterizam a natureza semipolítica da defesa da concorrência. Esta realidade torna inócua a distinção entre órgão de governo e órgão de estado algumas vezes bradada para atribuir ao Cade um *status* que, se verdadeiro, somente existe no plano formal. A defesa da concorrência ganha traços de política de Estado, enquanto objetivos básicos do consórcio estatal. Mas na medida em que os órgãos que implementam essa política se contaminam de interesses do governo do dia, a defesa da concorrência se identifica com o mesmo governo. Isto não é um exercício de interpretação, é um fato. O comando de uma política da concorrência partilhado com autoridades políticas é criticável pela dificuldade de se estabelecer uma estratégia comum de ação, consistente e duradoura, embora o modelo seja juridicamente acomodável. Esclareça-se que o fato de uma autoridade ser qualificada como canal político não é necessariamente um demérito; o mérito dela está na qualidade do seu trabalho que, em se tratando de julgamento, deve atender à exigência do devido processo legal.

## 5.5. Doutrina da *State Action*<sup>44</sup>

A política da concorrência freqüentemente gera atrito com outras políticas de governo, desafiando a legalidade e/ou conveniência da atuação de outras autoridades governamentais, notadamente em setores submetidos à regulamentação econômica. Isso exige uma delicada articulação e nem sempre a agência está preparada para fazer essa interface institucional.

Variando conforme a cultura legal de cada jurisdição, o poder da agência de constranger autoridades públicas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa pode ser reconhecido quando, num setor regulamentado, o regulamento é inadequado ou omisso, ou ainda a autoridade não exerce adequadamente a supervisão prevista em lei ou regulamento. Como resultado, o órgão governamental termina contribuindo para a adoção de conduta ofensiva à concorrência por parte dos agentes que desenvolvem certa atividade econômica regulamentada. A agência da concorrência, geralmente, enfrenta grandes dificuldades para adotar medidas corretivas da falha de mercado cujo cumprimento, não raramente, depende da boa-vontade da autoridade regulamentadora. A repercussão política decorrente de um atrito ou conflito administrativo recomenda um esforço discreto, senão diplomático, em busca de um resultado que minimize os custos, reservando os remédios judiciais para as situações extremas.

## 5.6. Aspecto da revisão judicial

A revisão judicial se realiza em resposta às questões trazidas ao exame da corte sem preocupação com os amplos objetivos de uma política previamente estabelecida. Os remédios buscados na revisão judicial visam corrigir ações ilegais, não prescrições para futura conduta da administração<sup>45</sup>.

A justiça administrativa tende a se orientar pelos princípios da economia (eficiência dos meios), velocidade nas decisões, capacidade de adaptação à variação de condições, flexibilidade nas técnicas formais, pouca aderência ou vinculação aos seus precedentes e formação eclética dos membros do colegiado. Ademais,

<sup>44</sup> Sobre o desenvolvimento dessa doutrina na jurisdição americana, ver *ABA Antitrust Section*, op. cit., v. 2, cap. 11.

<sup>45</sup> MCELLOWNEY, John. *Administrative justice*. In: BLACKBURN, Robert. *Rights of Citizenship*. Mansell, 1994. p. 159.



a justiça administrativa combina prática com teoria, busca uma abordagem multidisciplinar e se submete a uma revisão interna e externa. Há uma crença de que esse formato é mais adequado à defesa do interesse público do que a rigidez do sistema judicial.

A diversidade de estrutura da justiça administrativa e do sistema judicial nem sempre é compreendida. Pelo contrário, às vezes é motivo de críticas. É importante que a agência tome emprestado alguns predicados das cortes judiciais, mas não deve se judicializar. O Judiciário tem um papel indiscutível, mas se a agência se converte, em todos os sentidos, numa corte judicial ela perde a essência da advocacia da concorrência<sup>46</sup> e se submete a uma forma de controle muito particular. O fato destacável é que o controle judicial continua insubstituível pela capacidade de as cortes contribuírem para manutenção dos altos padrões de administração pública que a agência deve perseguir.

A conotação política que se desponha no relacionamento da agência com o Judiciário decorre da interação entre as instituições. O controle judicial abre a perspectiva de correção de uma política da concorrência, por exemplo, desenvolvida autonomamente mas contaminada com padrões de administração pública, que inclui a vocação natural para formular políticas e aplicá-las. Ao mesmo tempo o Judiciário, que é chamado a decidir um grande número de ações privadas sobre o mesmo assunto abordado pela agência, termina contaminado dos conceitos e praxes que a mesma agência desenvolve. Em suma, é inevitável que

---

<sup>46</sup> O sumário da Conferência sobre política da concorrência, realizada pelo Banco Mundial em 1996, conceitua advocacia da concorrência como “the ability of the competition office to provide advice, influence and participate in government economic policy formulation and decision-making, promoting more competitive industry structures and firm behaviours. It is a function that needs to be strengthened and formally embodied in a competition law. Competition offices should be able to ‘proactively’ foster competition by lowering barriers to entry, promoting deregulation and trade liberalisation. A competition advocacy function will also tend to foster greater accountability and transparency in government economic decision making and give rise to sound economic management and business principles in both the public and private sectors”. (*Competition policy in a global economy: a latin american perspective*. World Bank, OECD : Buenos Aires, 28-30 out. 1996. p. 45).

a influência da agência se projete na jurisprudência judicial ou na própria discricção judicial.

## 5.7. A agência e a mídia

A propaganda constitui a base financeira mais importante da imprensa. Isso pode gerar comprometimentos e afetar a precisão na apresentação das notícias e a responsabilidade do debate de um modo geral. Os grandes comissionadores da propaganda privada são os grupos de pressão que têm uma grande capacidade de influenciar as forças de mercado. Não é surpresa que eles usem a mídia, que depende deles, para canalizar os seus interesses. Essa realidade deturpa as reais funções política, social e cultural da imprensa<sup>47</sup>.

É certo que a dependência da mídia em relação aos grupos de pressão é de alguma forma mitigada pela regulamentação estatal e pelo compromisso formal, induzido pelo regulamento, de imparcialidade no tratamento justo e equilibrado da informação. A experiência, todavia, tem revelado que esses valores, em si vulneráveis, têm se submetido a uma permanente tensão entre as funções da imprensa, enquanto entidade, e os seus interesses comerciais. O resultado é uma manipulação da imagem, que poderá ganhar proporções gramáticas, episodicamente, e produzir um sentimento esquizofrênico de amor e ódio a refletir a relação da agência com a mídia. Tudo, porém, não está perdido.

A imprensa tem um lado positivo, que é a possibilidade de melhorar o desempenho da agência. A atuação desta é rotineiramente acompanhada por repórteres que oferecem o benefício do esclarecimento à sociedade sobre decisões que afetam a configuração de mercado. As notícias plantadas na imprensa, porém, nem sempre correspondem fielmente à política da agência. Essa assimetria pode ser resultado da falta de especialização dos repórteres ou é produto dos interesses, nem sempre revelados, que estão por trás do noticiário. Qualquer que seja o diagnóstico, a mensagem é de cautela da agência ao se envolver com a imprensa.

A cautela não deve ser lida como atitude hostil à mídia, que deve ser utilizada para passar a mensagem correta e, sempre que possível, responder aos anseios da sociedade como um todo. O risco ou custo desse relacionamento deve necessariamente ser avaliado regularmente, tendo em vista a política da agência e o

seu mandato legal. Acima de tudo, é extremamente odioso e contrário aos desígnios legais o uso da imprensa para satisfazer os desejos pessoais da autoridade que, em vaidosas manifestações de fins inconfessáveis, lança-se a uma política de *marketing* da instituição, que se confunde com a promoção da imagem pessoal<sup>48</sup>. Uma tal conduta, além de incompatível com os fins perseguidos pela agência, revela um despreparo da autoridade.

### 5.8. Aspecto da função promocional

Uma questão atual que tem suscitado comentários é saber se, na aplicação da política da concorrência, há espaço para um papel conciliatório da agência. Em caso positivo, indaga-se qual seriam os limites dessa função e os riscos dela decorrentes. Para responder positivamente à indagação, o texto emprega a expressão *função promocional*<sup>49</sup> como subtítulo para desviar os preconceitos em torno das palavras *conciliação*, *negociação*<sup>50</sup> ou *transação*.

A conciliação se desponta como um traço marcante do direito moderno<sup>51</sup>, sendo um instituto de larga aceitação no direito brasileiro<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> BLUMLER, Jay G. (ed.). *Television and the public interest: vulnerable values in West European Broadcasting*. Sage, 1992.

<sup>48</sup> Uma política da concorrência baseada em imagem (*marketing-based policy*) pode se converter em fraude à sociedade.

<sup>49</sup> A expressão foi inspirada no direito promocional de Norberto Bobio, *Dalla struttura alla funzione: studi del teoria del Diritto*. 1977.

<sup>50</sup> Sobre o processo de negociação ou *bargain* no controle das concentrações na União Européia, ver Damien Neven, Robin Nuttall e Paul Seabright. *Merger in Daylight*. CEPR, 1993. p. 78, 151/152, 154, 160, 204 e 225.

<sup>51</sup> No âmbito do direito internacional vale conferir os princípios de cooperação relativos à política antitruste. Um sumário desses princípios, destacando-se o *positive ou discretionary comity*, pode ser encontrado em *Limiting Intellectual Property, the Competition Interface*, tese do autor, seção 6.3.2. Ainda, James R. Atwood, 1991 Fordham Corporate Law Institute, capítulos 4 e 6 (ed. Hawk). Na Suíça, a Comissão de Cartéis tem um papel mediador em casos de pequena importância; ela adota uma política seletiva nas investigações relativamente aos processos de concentração. Cf. *Competition policy in OECD countries: 1989-1990*: OECD Report. 1992. p. 252-253.

<sup>52</sup> A base jurídica é formada a partir da Constituição Federal, que prevê para órgãos públicos atribuições conciliatórias ou de transação, nos termos

Embora restrita, a sua aplicação estende-se ao trato das relações de direitos indisponíveis. A transação, como elemento da conciliação, é plena nas relações de direitos disponíveis e parcial nas de direitos indisponíveis, naquilo que não contrariar a lei<sup>53</sup>.

Outras leis esparsas adotam a conciliação sob outros títulos jurídicos. O “compromisso de ajustamento de conduta” é previsto na Lei de Ação Civil Pública<sup>54</sup>, sendo largamente aplicado em matéria do consumidor<sup>55</sup>. O “compromisso de cessação de prática” e o “compromisso de desempenho” são instrumentos previstos na Lei de Concorrência<sup>56</sup>. Na área criminal, a transação penal é de alguma forma admitida nas penas alternativas, na extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo antes da denúncia por crimes fiscais<sup>57</sup>, bem assim no *sursis* processual a respeito de pequenas infrações penais<sup>58</sup>. Tudo isso representa formas modernas de composição no direito público.

O sentido de transação ou barganha admitida pela ordem jurídica acima desenhada põe a agência, em situações peculiares, na posição de sugerir condições que permitam a empresa ou empresas aproveitar a oportunidade para exercitar sua generosidade e abreviar a investigação. Esse envolvimento da agência é parte da advocacia da concorrência, mas não deve prejudicar o múnus a ela atribuído de proteger a concorrência ou o mercado<sup>59</sup>. Não se deve,

da lei (art. 98). O CPC é um instrumento legal ordinário que contempla o assunto com amplitude: artigos 121-IV, 277, 331, 447 parágrafo único, 448, 449, 585-II e 1122.

<sup>53</sup> Algumas leis especiais: Lei de Alimentos (artigos 6º, 9º e 11 parágrafo único), Lei de Divórcio (artigo 3º §§ 2º e 3º), Lei dos Juizados Especiais, artigos 2º, 8º § 2º, 22 e 24), Lei de Gerenciamento Costeiro (L. 7.661/88 - matéria de lesões ambientais, art. 7º).

<sup>54</sup> Lei 7.347/85, art. 5º § 6º acrescentado pelo art. 113 do CDC (*Código de Defesa do Consumidor*).

<sup>55</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. p. 240-248.

<sup>56</sup> Lei. 8.884/94, artigos 53 e 58.

<sup>57</sup> Lei 8.137/90, art. 14 hoje revigorado.

<sup>58</sup> Lei 9.099/95, artigos 89 e 90.

<sup>59</sup> A defesa do mercado não se confunde necessariamente com protecionismo. O conceito de mercado pode ser estabelecido como um feixe de relações jurídicas entre fornecedores e consumidores, bem como produtores ou distribuidores de bens e serviços entre si. Essas relações revelam, frequentemente, interesses conflitantes subordinados a leis

todavia, perder a consciência dos riscos inerentes à atividade conciliatória.

Certamente, o desempenho de uma função promocional como aqui definida expõe a agência às influências de grandes agentes, que podem usar a mídia como um veículo de pressão, prestígio e poder. Na prática, essa influência poderá ocorrer pelos destaques na imprensa e, dessa forma, canalizar forças políticas para reduzir o papel da agência ou neutralizar suas ações com base em critérios não-jurídicos, podendo ainda comissionar a cobertura da imprensa de modo a angariar a opinião pública. Tudo isso sugere que a agência deve adotar uma atuação discreta, mas não renunciar a sua vocação promocional, no sentido de envidar os melhores esforços para promover o direito. A agência deve, sim, mostrar-se refratária às pressões, já que não há como eliminá-las, e não se submeter aos seus encantos<sup>60</sup>. Daí a ação promocional é desenvolvida no contexto de uma relação jurídica de subordinação e não de co-ordenação.

A conciliação poderá, pois, ser admitida por liberalidade, não em todos os casos, mas naqueles em que a autoridade, no exercício da sua atividade de advocacia da concorrência, perceber que eventual efeito adverso é passível de reversão por mais de um meio sem acarretar ônus indevido a um ou mais agentes envolvidos. As condições impostas devem corresponder ao dano ou potencial de dano objetivamente identificado, guardando um senso de proporcionalidade. Das mesmas condições não devem resultar prejuízo para terceiros ou para coletividade, tampouco ofensa à concorrência. Respeitados tais requisitos, a conciliação tende a reduzir os custos do processo, abreviando soluções e oferecendo rápidas e transparentes

---

econômicas que fazem parte de um processo dinâmico. Esse processo pode ser incentivado, no sentido de que, observando-se regras éticas e de eficiência, se possa maximizar a satisfação dos agentes envolvidos nas suas posições ativas e passivas. Daí, proteger o mercado significa zelar pelos interesses dos agentes envolvidos e pela manutenção do equilíbrio desses interesses. Enquanto um bem jurídico em si, esse processo de troca e de produção de bens e serviços pode ser considerado parte integrante do patrimônio nacional. Em síntese, proteger o mercado significa assegurar respeito pelo consumidor e pugnar por uma concorrência livre e sustentável.

<sup>60</sup> O perfil dos membros da agência exige notável saber e reputação ilibada testados pelo Senado. Isso é adequado às adversidades da posição.

respostas<sup>61</sup> às falhas de mercado. A função promocional, que supera o sentido de conciliação, enseja, enfim, que as empresas explorem todas as possibilidades de realização do direito da concorrência. Esse exercício exploratório não dispensa a orientação da agência, sobretudo nas jurisdições em que a cultura da concorrência é bastante insipiente<sup>62</sup> e o serviço de defesa da concorrência padece de estrutura adequada. Mediante a função promocional, a agência assume um papel positivo na busca dos melhores resultados na aplicação do direito.

## 6. Justiça administrativa: à cata de um modelo

Ao cabo da exposição, percebe-se que uma agência da concorrência está envolvida em dois tipos de interesses: interesses externos e interesses internos. Para qualificar a realidade observada, esses dois conjuntos de interesses estão sob o controle de dois outros conjuntos de elementos. São eles as normas e as ações-reações.

Os interesses externos representam as expectativas criadas pelas forças do mercado, incluindo agentes, pessoal do governo, imprensa, políticos e todos os indivíduos que de uma forma ou de outra se relacionam com o serviço de defesa da concorrência. Os interesses internos estão representados pela atuação dos membros da agência e seu *staff* qualificado. Nem todos os interesses são legítimos. São ilegítimos aqueles interesses que estão fora de um padrão legal ou regulamentar preestabelecido. As ações expressam a atuação dessas mesmas pessoas no sentido de verem os seus interesses atendidos.

A partir desse quadro, alguns pressupostos podem ser estabelecidos:

- a multiplicidade de interesses determina

---

<sup>61</sup> Confirmam-se as *remarks* de Gabriel Castañeda, especificamente a do tipo *fix-it-first possibilities*, sob o título *Elements for competition Law Inforcement: Seminário sobre Política da Concorrência e Reformas Econômicas. OCDE, Banco Mundial, CADE e IBRAC, Rio de Janeiro, 10-13.7.97.*

<sup>62</sup> A experiência tem revelado que muitas firmas se envolvem em condutas ilegais não porque desejam, mas porque desconhecem o direito e princípios da concorrência. Diante dessa realidade, o órgão atua como um agente catalisador, capaz de encorajar atitudes proconcorrenciais (*competition compliance action*).

uma tendência a conflitos;

- os conflitos tomam a feição de disputas, nas quais vencem os mais fortes ou a maioria, dependendo dos instrumentos de ação utilizados;

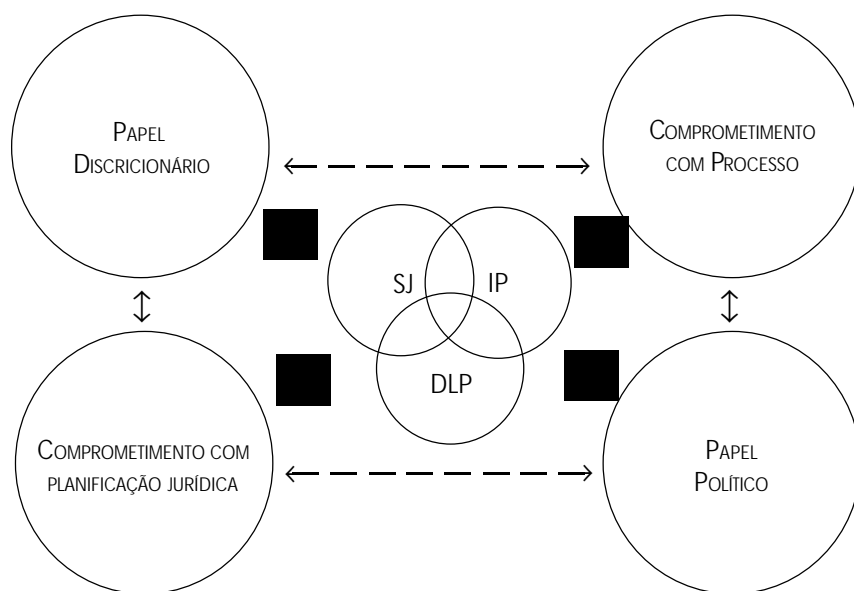
- os interesses legítimos devem ser respeitados;

- o respeito aos interesses depende de limites adequadamente definidos, fora dos quais nenhuma composição é possível;

- a justiça administrativa contém uma proposta de composição ou equilíbrio dos interesses qualificados, função que lhe exige o desempenho planejado de diferentes papéis.

A expectativa é que quanto mais claras ou previsíveis forem as regras do jogo, maior a probabilidade de a agência realizar os objetivos que perseguem. Isto é, uma suposição e uma defesa que permeia todo o texto. A regulamentação adequada das condições formais e a declaração de valores que ornaram essas condições formam a melhor resposta aos desafios da justiça administrativa. Essa estrutura analítica permite construir um modelo de justiça administrativa que incorpora um conjunto de princípios básicos, comprometimentos com processo e com a planificação jurídica, capazes de assegurar o desempenho eficiente de um duplo papel: discricionário e político.

### Modelo de justiça administrativa



Os princípios segurança jurídica, interesse público e devido processo legal formam a estrutura da justiça administrativa. Apesar de sua relativa objetividade, esses pilares são uma forma de tratamento racional e justo dos interesses básicos que movimentam o processo de decisão, no seu mais amplo sentido. Mais do que uma crença, isto está refletido na legislação e na prática ou experiência diária dos tribunais administrativos que, diferentemente das cortes judiciais, estão subordinados ao comando constitucional do planejamento obrigatório das ações jurídicas.

Os instrumentos de planificação jurídica representam um comprometimento da justiça administrativa com o planejamento. Esse comprometimento é guiado por dois princípios: vigilância (*surveillance*) e justificação. Nesse particular, cumpre destacar a opinião do autor alhures<sup>63</sup> defendida:

“Surveillance is necessary to the extent that it makes state action effective by capturing the best opportunity to act,

<sup>63</sup> Tese, final do capítulo 2, sob o destaque “Guidance to the state catalyst function”.

while of process of justification makes the implementation of the legal policy, in a particular situation, reasonably acceptable to the parties concerned”.

O planejamento acusa as falhas na organização da agência e busca estabelecer mecanismos de controle da qualidade do serviço ou dos resultados.

O resultado da planificação tende a refletir um ajustamento de interesses internos conflitantes, compostos pela maioria dos membros da agência<sup>64</sup>. A expectativa é que as preferências individuais não devem boicotar a resolução da maioria, mas é crucial identificar e registrar, por meio de instrumentos adequados, o produto da vontade dessa mesma maioria, do contrário perde-se o escopo dos compromettimentos da agência, inabilitando-a ao desempenho do seu papel discricionário e político.

Formular, desenvolver e aplicar uma política legal é sempre um convite a abusos, pela possibilidade de se varar os limites da ação administrativa, que deve se pautar pelo governo da lei. Isso é tanto mais verdadeiro na presença de uma advocacia arrojada<sup>65</sup> da concorrência, que representa um formidável poder nas mãos de altos oficiais a quem a lei confere autonomia e independência de ação. Daí o desempenho dos papéis centrais da agência dever ser orientado por rígidos freios intrínsecos mesmos à estrutura da justiça administrativa, como resultados de compromettimentos.

O papel discricionário representa um compromettimento com a qualidade da administração da justiça, ou seja, com a eficiência, organização e controle do serviço de aplicação do direito. Preocupar-se com a qualidade é buscar um modelo que seja capaz de combater injustiças<sup>66</sup>. Isso não estaria completo sem o devido tratamento ao papel político.

<sup>64</sup> Vale lembrar, como paralelo, a dinâmica interna da Suprema Corte americana envolvida nos conflitos dos seus membros sob a influência de lobistas e da imprensa, segundo o relato de Bob Woodward & Scott Armstrong, *Por Detrás da Suprema Corte*. Tradução Torriero Guimarães. 2. ed. Saraiya, 1985. p. 88-89, 102, 117, 222-239, 556-60. Tradução de: The brethren, inside the Supreme Court.

<sup>65</sup> Isto é, eficiente, incentivadora, rápida, simples e transparente.

<sup>66</sup> A preocupação com as injustiças cometidas pela justiça administrativa motivou os trabalhos de pesquisa em seis países organizado pelo professor norte-americano Kenneth Culps Davis. Para ele “the clusters of injustice in all six countries lie in the administrative application of governmental power

O elemento político se revela nas relações da agência com os outros setores do governo, o Parlamento e setores influentes da sociedade. O papel político nem sempre é ostensivamente assumido. Mas a consciência da sua existência e da sua delicada natureza permite a agência avaliar constantemente os seus riscos e benefícios<sup>67</sup>, bem assim se preparar para exercer o seu papel com personalidade e sem faltar com os seus compromettimentos institucionais.

Como todo o cidadão, os membros de uma agência gozam da livre manifestação do pensamento e de crença, inclusive a política. Em razão da profissão, os juizes administrativos, como os togados, devem se abster de revelar seus pendores políticos, mas isso não retira deles a capacidade natural de pensar, formar suas convicções políticas e agir ou fazer escolhas inspirados nelas. Esse fato da natureza humana é tão forte e inegável que determina a necessidade crucial de uma agência revelar sua linha de pensamento, indicando, de forma transparente, os princípios que orientam sua política, organização e atuação do órgão<sup>68</sup>.

## Bibliografia

- ANTITRUST Law Developments. 3. ed. *American Bar Association*, 1992. v. 2.
- BARAK, Aharon. *Judicial Discretion*. Yale University Press, 1989.
- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 4. ed. Buenos Aires : El Ateneo, 1947. v. 1.
- BLUMLER, Jay G.(Ed.). *Television and the public interest: vulnerable values in West European Broadcasting*. Sage, 1992.

in the absence of systematic fact-finding and beyond the reach of previously existing law that controls the result”. Ele acrescenta: “the strongest need and the greatest promise for improving the quality of justice to individual parties in the entire legal and governmental system are in the areas where decisions necessarily depend more upon discretion than upon rules and principles and where formal hearings and judicial review are mostly irrelevant”. op. cit., p. 1-3.

<sup>67</sup> De um modo geral, as autoridades da concorrência aceitam que é importante para a efetividade do seu trabalho que a agência mantenha uma interface política.

<sup>68</sup> Este é o *rationale* dos dispositivos que definem a competência do Plenário do Cade, sobretudo os incisos XIX, XX e XXI do art. 7º e art. 51 da Lei nº 8.884/94.

- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del Diritto*. Ed. di Comunità, 1977.
- CASTAÑEDA, Gabriel. *Elements for competition law enforcement: outline for remarks: palestra no Seminário sobre Concorrência e Reformas Econômicas*. Organização conjunta de OCDE, Banco Mundial, CADE e IBRAC, Rio de Janeiro, 10-13 Julho 1997.
- DIREITO da concorrência nas comunidades europeias : regras aplicáveis às empresas. 1994. v. 1A.
- DAVIS, Kenneth Culp (Ed.). *Discretionary justice in Europe and America*. University of Illinois, 1976.
- FINKELSTEIN, Michael O., LEVIN, Bruce. *Statistics for lawyers*. Springer-Verlag, 1990.
- SILVA, A. C. Fonseca da. Direito Tributário : atitude científica e pensamento jurídico equitativo. *R.T.J.E.* v. 1. 74, p. 9-28.
- . *Limiting intellectual property: the Competition Interface*. Universidade de Londres, 1996. Dissertação (Doutorado) – Universidade de Londres, 1996.
- . Liquidação extrajudicial: multicred, devido processo legal. *R.T.J.E.* v. 66, p. 61-80.
- . Técnica legislativa e função criadora da jurisprudência. *R.I.L.*, n. 75, p. 137-176, jul./set. 1982.
- JACKSON, B. S. Law, *fact and narrative coherence*. DC Publications, 1988.
- LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Forense, 1960.
- LINARES, Juan Francisco. *Poder discrecional administrativo*. Abeledo-Perrot, [s.d].
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos interesses difusos em juízo*. 6. ed. Revisa dos Tribunais, 1994.
- McELDOWNEY, John. Administrative justice. In: BRAKBURN, Robert. *Rights of citizenship*. Mansell, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. Malheiros, 1992
- NEVEN, Damien et al. *Merger in daylight*. CEPR, 1993.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 1992.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of Law*. 4. ed. Little Brown , 1992.
- WADE, E.C.S., BRADLEY, A. W. *Constitutional and Administrative Law*. 10. ed. Longman, 1988.
- WALTAMAN, Jerold L., HOLLAND, Kenneth H. (Ed.). *The political role of law courts in modern democracies*. St. Martin' Press, 1988.
- VALDÉS, Daisy de Asper. Dever de prestar contas e responsabilidade administrativa: concepções alternativas. *R.I.L.*, n. 99, p. 29-56, jul./set. 1988,
- WHITE, Robin. *Lawyers and the courts*. In *Rights of Citizenship*, BLACKBURN, Roberto. Mansell, 1994
- WOODWARD, Bob, ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. Tradução Torrieri Guimarães. 2. ed. Saraiva, 1985.
- COMPETITION policy in a global economy: a latin american perspective : interpretative summary of the conference, 28-30 de outubro de 1996, Buenos Aires.

# A Reforma do Poder Judiciário

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

“É claro que a justiça, sendo cega, não vê se é vista, e então não cora”.

MACHADO DE ASSIS

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. A Constituição-Cidadã talhada, retalhada e retaliada. 3. A Constituição e o Poder Judiciário. 4. O Poder Judiciário e a democracia. 5. O Poder Judiciário e a cidadania. 5.1. O acesso à justiça. 5.2. A eficiência da justiça ou a justiça que tarda, falha. 5.3. A eficácia da decisão jurisdicional. 5.4. Poder Judiciário e os Direitos Humanos. 6. Conclusão.*

## 1. Introdução

Questão alguma toca mais diretamente a vigência e a garantia da Constituição que aquela que concerne à jurisdição, no exercício da qual todos os direitos assegurados no sistema são postos a salvo ou restabelecidos em caso de ameaça ou lesão.

Os séculos XVIII e XIX foram do Poder Legislativo, enquanto no século XX predominou o Executivo. As condições históricas forjam suas próprias necessidades e as respostas necessárias a cada qual das situações que se oferecem ao resguardo das liberdades públicas. O século XX vê o seu final mostrar a face recatada e quase sempre silenciosa do Poder Judiciário como a garantia essencial dos direitos fundamentais. Todos os indicativos que se têm são de que sobrevém uma quadra na qual esse Poder terá um papel decisivo no modelo de Estado e de sociedade que predominará. Logo, o figurino jurídico a ser não apenas posto, mas sobretudo aplicado em cada sociedade, de-

pendará essencialmente do Poder Judiciário. Daí que o próprio paradigma a ser adotado para a reconstrução orgânica do Poder Judiciário e para a forma de se desempenharem as funções que lhe são entregues, e mesmo essas funções, são repensadas.

No turbilhão de idéias e experiências que se amalgamam neste final de década, final de século, final de milênio, que correspondem, paralelamente, ao início de outra década, de outro século e de outro milênio, logo, início de outra sociedade, o questionamento sobre as instituições, especialmente as estatais, tem um relevo incontestável.

Há que se realçar o que se viveu, sem medo de se experimentarem novas aventuras políticas. Contudo, este novo que surge antes que tenha desaparecido o antigo – se é que a experiência anterior pode ser assim considerada – estabelece um quadro de névoa e ilusão mesclado a laivos de certeza e definição. O homem vive o novo que vem chegando antes de deixar de viver o velho que ainda não partiu. No mesmo espaço de uma vida se tem a contradição de existências diversas se encontrando, se entrecruzando, não poucas vezes como conflitos, aparentes ou não.

Para o Judiciário, como para as demais manifestações políticas, quer-se o novo para o mesmo homem de sempre, busca-se uma idéia nova de justiça para a mesma dimensão humana livre e vocacionada à felicidade do ser – cada vez mais escondido no “ter” – de todos os momentos, guarda-se a mesma preocupação com o indivíduo numa sociedade dita “de massa”, na qual a proliferação de conflitos solúveis pelo toque único do juiz, cuja presença mesmo física se exige, traz bem à face de todos e de cada um a condição efervescente vivenciada pelo questionamento que se põe sobre o viver com os outros.

Não se pense, pois, que apenas o Brasil assiste a uma discussão sobre o Poder Judiciário, ou sobre o seu papel, ou sobre o papel do Direito, de qual Direito, para qual Estado.

Entretanto, nem por ser uma conjectura que se propõe em vários outros pontos do mundo se haverá de deixar de discutir o Poder Judiciário nacional, os problemas que são peculiares à contingência histórica que aqui se vive para os que aqui querem viver.

É na esteira do que se põe, do que se propõe, do que se expõe à discussão na chamada “reforma do Poder Judiciário”, e que se debate já no fórum parlamentar, que expresso algu-

mas idéias sobre o tema neste breve estudo.

De se realçar que nele se parte, antes de tudo, do entendimento de que *o momento não é apenas de uma reforma, mas de uma transformação do pensamento jurídico e dos modelos que lhe são inerentes*. A justiça que se quer como ideal não se afasta dos modelos pelos quais ela se dá a saber na sociedade.

## 2. A Constituição-Cidadã talhada, retalhada e retaliada

Não se há de debruçar sobre a questão da reforma do Poder Judiciário sem antes se dizer uma palavra sobre a Constituição, na qual ele se põe, desenha-se e segundo cujos termos ele se organiza.

Preambularmente, há de se afirmar que sem uma Constituição forte não há Poder Judiciário forte. Vale também o inverso. Sem um Poder Judiciário forte, não há Constituição forte.

O constitucionalismo brasileiro, pródigo em modelos normativos de boa qualidade e de bom nível material, alguns mesmo progressistas em relação aos demais textos vigentes em outros Estados, sempre teve uma prática pouco afeita ao quanto posto e disposto no Direito.

No Brasil, o Poder Público sempre foi muito pouco público e sempre quis ser muito Poder. Nesta condição, aquele que o exerce não o faz em nome do povo na verdade. Povo é apenas um apelido mal cunhado, que não traduz a essência do exercício do poder do Estado na história nacional. Triste história quanto a este tema...

O sentimento de Constituição, que se traduz na emoção e na confiança política do povo em relação aos fundamentos segundo os quais ele pretende viver para realizar os seus ideais de Justiça, revela-se no respeito às normas e na sua observância integral. Os efeitos produzidos pela ordem jurídica é que promovem as mudanças sociais que determinam a superação da barbárie e da falta de civilidade, que conduziriam ao extermínio do próprio homem. Sem esse sentimento de Justiça, que se expressa pela confiança do povo no Direito que se positiva, não se tem verdadeiramente a prevalência de uma condição civilizatória.

Daí a importância da fé de um povo no seu sistema de Direito, resumido pela confiança que ele deposita em sua Constituição, na qual se resume o seu ideal de vida política e o seu modelo de convivência no espaço público.



Numa história de pouca democracia e de muito autoritarismo a prática constitucional se faz sempre com dificuldades. Autoritarismo estranha limites; e essa é uma das funções da Constituição: traçar balizas além das quais não se pode aventurar aquele que exerce o poder. Conquanto a existência da Constituição seja imprescindível à experiência democrática, é certo que a sua mera formulação não se faz bastante. É necessário o texto, mas não o é menos o contexto constitucional, a dizer, a condição plena de sua aplicação e de produção de seus efeitos.

No Brasil, os eventuais detentores do poder preferem “escrever em papel em pauta”, na sempre lembrada fala de Vargas.

Não é estranhável, pois, que a Constituição da República de 1988, enfatizada em sua vocação democrática a realçar o cidadão brasileiro como centro da organização sócio-política, tenha despertado não apenas algumas reações contrárias à sua promulgação, como, o que é mais, um movimento que pretendeu vilipendia-la desde os primeiros momentos de vigência.

Com assertivas que vão desde críticas à sua forma até outras que se lhe estranham e combatem o conteúdo, a Constituição da República de 1988 não se fez promulgar sem que houvesse tenaz adversidade ao seu advento, pretensamente modificador do quadro de desigualdades jurídicas, políticas e econômicas que, historicamente, tem predominado no País.

Antes mesmo do final dos trabalhos constituintes 87/88, o texto que viria a se tornar a Constituição passou a ser objeto de continuadas críticas de alguns setores, especialmente aqueles que se sentiam de alguma forma atingidos em seus privilégios até então mantidos.

Daí não causar espécie que se tenha buscado alterar a Constituição para “ajeitá-la” aos contornos que a tornassem adequada aos paradigmas anteriormente adotados.

E teve início, então, o processo de revisionismo e de reformismo do sistema constitucional inaugurado em 1988.

Vivemos, hoje, com uma Constituição retalhada e retaliada.

Retalha-se a Constituição ao promover-se a sua reforma consecutiva, permanente, em doses que não são pequenas nem desimportantes.

Ao contrário. Mesmo considerando-se que há passagens que mereceriam aperfeiçoamento, é certo que o que se cobrou não foi o acabamento do processo de sistematização constitucional para que, numa experiência que não se

mostrasse a contento, se pudesse alterar o seu quadro normativo para uma melhor adaptação aos ideais e objetivos nacionais. O que se verificou desde as primeiras experiências reformadoras foi a tentativa ininterrupta de se tocar o coração do sistema, modificar-lhe a alma e fazer com que uma nova Constituição viesse a se encaixar no ordenamento jurídico.

Paralelo ao movimento nacional voltado à desconstitucionalização e mesmo à desjuridicização, próprios dos interesses de grupos empoleirados no poder há séculos, sobreveio a questão mais extensa, internacional, do neoliberalismo e da globalização econômica. Reproduzindo o mesmo modelo de colonialismo antes apresentado na história, o neoliberalismo tornou-se “moda” “politicamente correta”, embaraçando conquistas sociais, entravando propostas coerentes com as novas demandas políticas do povo, extinguindo direitos. Nada veio de novo, mas a mundialização do poder de quem detém a força econômica determina um figurino estatal que não vinha sendo construído ao longo da história deste século XX.

Os retalhos da Constituição vêm sendo lançados pelos nove anos que se vão desde a sua origem. A década da desjuridicização passa pela desconstitucionalização, que vê romper um cabedal de direitos fundamentais que se vinha alicerçando sob o signo de uma sociabilidade comprometida com o princípio da solidariedade juridicamente acalentada.

Agora se cogita que quanto menos regras ditas pelo Estado houver, tanto mais fácil a mercantilização tecnológica dominará sem peias o mercado. Mercado de homens, não apenas mercado de coisas.

Quanto menos direito significará, contudo, também menos justiça?

Qual o Direito e qual o Judiciário para um Estado contingenciado pelo neoliberalismo globalizante e globalizado? Quer-se um Judiciário? Será ele necessário?

A Constituição não sofreu apenas uma “retalhação”, mas principalmente uma “retaliação”. Tem hora e vez o desagravo dos grupos dominantes contra os cidadãos que se viram a braços com novos direitos quando promulgada a Constituição de 1988.

A colcha de retalhos, que chegou a ser lembrada na vigência da Carta de 1967, não tardou a envolver mais uma vez o direito constitucional positivo brasileiro.

A Constituição é um sistema harmonioso. A harmonia normativa perdida é um desarran-

jo jurídico a tornar vulnerável não apenas os direitos, mas os homens que os titularizam. O processo a que se assiste agora, de retalhamento e de retaliação constitucional, passa exatamente pelo esgarçamento do sistema político democrático protetor de direitos e garantidor da cidadania.

Se para que a Constituição seja garantida é necessário um Poder Judiciário forte em todos os Estados, naquele em que a democracia é um ideal (pouco mais que um sonho) buscado por uma minoria e a cidadania ainda engatinha em sua organização, ele se faz um dado imprescindível, não apenas para a sobrevivência dela, mas para a vivência política dos homens.

### 3. A Constituição e o Poder Judiciário

Conforme acima lembrado, há uma vinculação estreita, necessária e permanente entre a Constituição, sua função e sua eficácia, e o Poder Judiciário, sua função e sua independência em relação aos demais poderes.

A democracia constitucional depende da democracia judicial. A força da Constituição ata-se à eficiência do Poder Judiciário.

O Judiciário fez-se poder, ultrapassando, assim, a sua condição de mera autoridade, ou mesmo apenas um braço do Poder Executivo (ou mais propriamente do Rei em tempos antigos), pela Constituição moderna. A ela coube cunhar a nova estrutura do poder, na qual o princípio da separação de poderes passou a fundamentar o sistema. Do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 1789, veio a fórmula segundo a qual a adoção daquele princípio determinava a própria existência da Constituição. E o paradigma da “separação de poderes” afirmava-se na lição de Montesquieu, então aproveitada pelos autores do documento revolucionário dos oitocentos. Para o Barão francês

“la liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n’est pas toujours dans les États modérés; elle n’y est que lorsqu’on n’abuse pas du pouvoir; mais c’est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites... Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir... Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutri-

ce des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil... Toute la puissance y est une; et, quoiqu’il n’y ait point de pompe extérieure qui découvre un prince despotique, on le sent à chaque instant”<sup>1</sup>.

A imprescindibilidade de se entregar a função jurisdicional a um corpo de magistrados independente dos demais órgãos burocráticos estatais patenteia-se, no pensamento de Montesquieu, pela necessidade de deter o cidadão “esta tranqüilidade de espírito” que lhe é assegurada pela certeza de que a lei será o único limite que se lhe impõe e que dela derivam as diretrizes que balizam as condutas públicas e mesmo particulares.

A Constituição escrita e impressa – e, pois, democraticamente distribuída aos cidadãos que passam, então, a conhecer os seus direitos e a poder reivindicá-los a partir de tal ciência – erigiu a função jurisdicional a uma das mais importantes manifestações estatais e organizou a sua prestação por órgãos dotados da soberania própria do Poder do Estado e afirmados com a independência que os tornam desvinculados dos governantes de cada momento histórico.

Mas se a Constituição garante a condição de Poder do Judiciário, não é menos verdadeiro, nem menos importante, que é a existência deste Poder do Estado – separado e, especialmente, independente dos demais – que garante a existência e a eficácia da Constituição. Já na obra *O Federalista*, esclareciam os pais do sistema jurídico norte-americano que

“aceitando, então, que as cortes de justiça devem ser consideradas como baluartes de uma Constituição limitada, opondo-se às usurpações do Legislativo, disporemos de um forte argumento em fa-

<sup>1</sup> Para o pensador francês, importante seria que as três funções não permanecessem no mesmo órgão, nem fossem detidas pela mesma pessoa: “tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple exerçaient des trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers. Dans la plupart des royaumes de l’Europe, le gouvernement est modéré, parce que le prince, qui a les deux premiers pouvoirs, laisse à ses sujets l’exercice du troisième. Chez les Turcs, où ces trois pouvoirs sont réunis sur la tête du sultan, il règne un affreux despotisme”. (*De l’esprit des lois*. Paris: Aux Editions du Seuil, 1964. p. 587).

vor da estabilidade nos cargos judiciais, uma vez que nada contribuirá tanto para a sensação de independência dos juízes – fator essencial ao fiel desempenho de suas árduas funções. Esta independência dos juízes é igualmente necessária à defesa da Constituição e dos direitos individuais contra os efeitos daquelas perturbações que, por meio das intrigas dos astuciosos ou da influência de determinadas conjunturas, algumas vezes envenenam o povo e que – embora este rapidamente se recupere após ser bem informado e refletir melhor – tendem, entretanto, a provocar inovações perigosas no governo e graves opressões sobre a parcela minoritária da comunidade<sup>22</sup>.

Daí por que uma das normas de garantia da Constituição moderna é exatamente a que respeita o controle da constitucionalidade das normas infraconstitucionais entregue, frequentemente, no modelo jurídico ocidental, ao Poder Judiciário.

Daí, também, a criação da denominada “justiça constitucional”, pela qual as questões atinentes à própria existência e à eficácia da Lei Fundamental são entregues à competência de um órgão jurisdicional específico.

É que esta matéria condiciona a forma da prestação jurisdicional, vez que dela dependem todas as outras, que porventura possam ser trazidas à solução do Estado.

Ademais, a função jurisdicional tem natureza excelentemente fundamental. A sua prestação estatal realça a passagem da barbárie à civilização. Desta é exemplo definitivo a construção do Estado. É na adoção de uma idéia de justiça a condicionar o projeto político tornado o Direito fundante do Estado e na garantia de que o sistema no qual se estratifica tal idéia será rigorosamente observado que se põe a segurança jurídica do indivíduo. É desta segurança que nasce o acatamento do Direito pelo indivíduo e a sua incursão ao Estado (basicamente ao Poder Judiciário) ao invés de fazer justiça pelas próprias mãos. Da confiança, pois, de que a Constituição garante a jurisdição independente e eficiente e que o Poder Judiciário garante a Constituição suprema e eficaz deriva a civilização constitucional a dominar as instituições políticas e a impor os princípios democráticos que presidem as sociedades modernas.

<sup>22</sup> HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984. p. 579.

Resulta, pois, da crença no sistema constitucional a confiança no Poder Judiciário. E, paralelamente, da confiança na atuação deste Poder nasce a segurança depositada no sistema jurídico-constitucional.

O Estado constitucional é um Estado garantidor da jurisdição.

No Estado constitucional, a jurisdição é que dá segurança a todos os direitos, especialmente aqueles que são considerados fundamentais e que, portanto, se ameaçados ou lesados, dependem da atuação do Poder Judiciário para o seu pronto restabelecimento.

De que adiantaria o rol dos direitos declarados fundamentais pela Constituição e garantida a sua inviolabilidade no sistema se, violados, não fossem eles restabelecidos por um poder competente e independente? Quais os efeitos da dicção constitucional garantidora de direitos, se nasce da convivência sócio-política a possibilidade, sempre presente, de haver o seu desrespeito?

A idéia de justiça se oferece ao aperfeiçoamento concreto em casos postos à solução do Estado quando e onde haja um sistema jurídico e uma estrutura política institucionalizada segundo um modelo que assegure a plena eficácia dos seus ditames, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais reconhecidos.

A Constituição oferece ao homem segurança jurídico-institucional. O Poder Judiciário garante ao homem segurança concreta fruível no plano individual e daí passando ao plano social. A segurança individual e social está potencializada na palavra da Constituição e realizada na fala do Poder Judiciário, quando a força única da norma não se fizer bastante a refrear excessos transgressores de direitos.

A Constituição é necessária; é imprescindível em sua existência e em sua eficácia. Mas não é bastante a impedir a adoção de comportamentos que contrariam direitos. Tanto seria próprio de uma sociedade de anjos. Esse não é o Estado dos homens. Daí porque, necessária que seja, ela não é bastante em si para dispensar que os órgãos e poderes, por ela mesma constituídos e segundo ela institucionalizados, garantidores da jurisdição a desfazer conflitos havidos na sua vigência, façam-se atuantes e eficientes.

A convicção constitucional passa pela confiança do cidadão no Poder Judiciário. O sentimento constitucional tem moradia certa no coração da Justiça. A Constituição, a democracia e o Poder Judiciário guardam estrita vincula-

ção, umbilicalmente ligados como se acham para a segurança do homem no Direito sob o qual conduz a sua vida e exerce a sua liberdade.

Disso resulta que, entre os direitos fundamentais listados nas declarações ou no corpo das normas constitucionais que os contém, contempla-se expressamente o direito à jurisdição.

Assim, os arts. VIII e X da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ditada pela ONU em 1948, estabelecem que

“Toda pessoa tem direito a um recurso efetivo perante as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos pela Constituição e pela lei.

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja ouvida eqüitativamente e publicamente por um tribunal independente e imparcial, que decidirá seja de seus direitos e obrigações, seja da legitimidade de toda acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

No Brasil, a Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, inciso XXXV, que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito<sup>3</sup>.

#### 4. O Poder Judiciário e a democracia

Certo que a Constituição traça uma estrutura político-institucional que permita tornar-se efetivo o que nela se contém apenas em palavras – expressão da criação jurídica –, pare-

<sup>3</sup> Nessa norma repousa o direito-garantia fundamental à jurisdição. Diversamente de outros textos constitucionais vigentes, nos quais, como anotado acima, a expressão normativa é direta no sentido da existência do direito à jurisdição, na Constituição brasileira a norma encarece o limite de atuação negativa do legislador. É ele proibido de restringir o desempenho do Poder Judiciário ressaltando matérias ou situações configuradoras de lesão ou ameaça a direito de sua apreciação. Note-se que a Constituição afirma que o núcleo do desempenho jurisdicional está na “apreciação” do caso pelo Poder Judiciário. Quer dizer, ao legislador (ou ao constituinte reformador, por força do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, combinado com o art. 5º, inciso XXXV, ambos da Constituição) não é dado excluir de julgamento (pelo poder competente) lesão ou ameaça a direito. Não se pode cogitar, pois, de ser entregue ao Poder Judiciário apenas o conhecimento de um caso e a aplicação a ele de decisão prolatada em caso diverso, pois tanto corresponderia a que aquele caso não seria objeto de “apreciação” pelo Poder Judiciário, o que configura o núcleo do “tipo consti-

ce igual e paralelamente exato que é da coerência entre o quanto posto e disposto no sistema jurídico sobre a competência garantidora da inviolabilidade dos direitos fundamentais (ou restabeledora deles quando comprometidos se achem) e a possível demanda social resultante das práticas correntes no grupo cuidado que se tem a excelência do ordenamento jurídico fundamental.

E é da observância integral e dinâmica (atualizadora) do sistema constitucional que nasce a convivência democrática segundo o Direito. O Estado Democrático de Direito depende, então, da constitucionalização legítima do projeto político da sociedade configurada sob o modelo estatal; da atualização permanente do sistema constitucional pela jurisprudência criadora, recriadora e criativa do Direito que impeça o seu esclerosamento e a sua defasagem das necessidades sócio-políticas, ou seja, depende do Direito vivo e em permanente movimento para ter sintonia com a sociedade; com a eficiência do sistema jurídico aplicado para que a democracia não se transforme em anarquia, menos ainda em demagogia. Não se quer o Direito eficaz, mas carente de povo, dele afastado, pois tanto desaguaria em práticas políticas ilegítimas, conquanto legais; nem se aspira ao Estado sem Direito, pois a democracia não conduziria à segurança, em cuja crença se baseia o povo para renunciar ao exercício absoluto de suas liberdades.

Quer para a rigorosa aplicação do quanto

tucional”, ou seja, a própria norma contida no dispositivo.

A razão de se ter preferido essa fórmula, endereçada ao legislador, está na História brasileira experimentada na década de 30. No período da ditadura Vargas não poucas leis excluíam da apreciação do Poder Judiciário questões que seriam a ele encaminhadas para que direitos desrespeitados fossem restabelecidos ou ressarcidos. Daí a fórmula indireta adotada.

De outra parte, a Constituição de 1988 ampliou a configuração constitucional do direito-garantia à jurisdição. Nesta, diversamente do quanto se tinha anteriormente, não se realça a jurisdição como instrumento garantidor de direitos fundamentais, mas de qualquer direito.

Ademais, não apenas a lesão ao patrimônio jurídico de alguém, mas também a ameaça incita a jurisdição, faz nascer o direito a ela. Tanto significa dizer que a jurisdição preventiva – aquela que se põe antes do completamento do gravame – tornou-se direito constitucional fundamental no sistema brasileiro.

posto no texto jurídico vigente, quer para a aplicação objetiva e com rigor do quanto proposto no contexto jurídico e nele pescado pelo operário especializado e competente para a interpretação e para a aplicação do Direito democrático, o Poder Judiciário faz-se necessário. De verdade, *melhor seria afirmar, talvez, que o Direito não se põe, mas se compõe no curso da vigência de um sistema*. Neste final de século XX, a composição do direito faz-se pelo movimento da sociedade captado em suas idéias, quando de sua madureza, pelos órgãos estatais competentes e pelos organismos sociais ativamente participantes do processo de elaboração ou de reelaboração de idéias e ideologias. A própria doutrina articula-se, hoje, em escolas das quais brotam e frutificam idéias jurídicas que refluem para a sociedade e para os órgãos estatais especificamente envolvidos no processo de reprodução do Direito.

Direito produz-se na sociedade e formaliza-se no Estado; mas reproduz-se, democraticamente e engajadamente, num movimento que vai da sociedade ao Estado e de volta à sociedade.

A Constituição aberta promove a interpretação jurídica aberta, significando tanto a atuação permanente e direta dos cidadãos e de seus organismos sociais e políticos no sentido da criação e da recriação dos institutos jurídicos.

A democracia qualifica aquela dinâmica. Em efeito. Direito petrificado, parado, eternizado em um único entendimento é impróprio à qualidade democrática que a agitação social propicia. Democracia é movimento. A estática política é própria do regime antidemocrático.

Como a multiplicação frutificadora do Direito tem que se compor com a segurança jurídica, o Poder Judiciário passa a desempenhar um papel inédito na conformação histórica das instituições estatais. Ao lado da função tradicional de solução de conflitos particulares e dos litígios havidos entre cidadãos e entidades públicas (mas sempre unipessoais ou litisconsorciais), no desempenho da qual o juiz é “escravo da lei” e seu mero aplicador, vê-se impor, neste final de século, uma função jurisdicional voltada à prevenção de litígios, à solução de conflitos plurais e não mais meramente singulares e à aplicação do Direito recomposto e recriado, diuturnamente, numa gestação permanente da sociedade. A função social do juiz e os fins sociais do Direito libertam a lei de seu texto fincado no momento de sua feitura ou de sua promulgação. A democratização do Direi-

to passa pela efervescência judicial e pela ampliação funcional do Judiciário.

A jurisdição achega-se à natureza aberta da Constituição atualmente concebida em ambiência democrática.

A jurisdição constitucional, à sua vez, gesta-se permanentemente no movimento político da sociedade repensada e dinamizada num turbilhão que se multiplica na mesma proporção do número de jurisdicionados e de cidadãos constitucionalmente vinculados.

A sensibilidade política, feita chaga social num mundo de diferenças e de novas formas de escravidão, faz com que a libertação e a igualação política, além da jurídica, sejam objetivos dos indivíduos na universalidade dos homens conviventes.

A jurisdição passa a ser muito mais importante na vida de cada um e de todos em razão de sua condição única de baluarte no qual se podem sustentar as liberdades públicas. A Constituição, pilar sustentador destas mesmas liberdades, faz-se viva na jurisdição excelentemente prestada e universalmente assegurada. Porém, mais que uma Constituição-Cidadã, há que se obter um Judiciário do cidadão. Sem um não há outro.

## 5. O Poder Judiciário e a cidadania

O Poder Judiciário é sede da cidadania ativa. Não é apenas no voto em representante seu no Poder Executivo ou em membro do Poder Legislativo que a cidadania se completa. Este voto é uma manifestação temporalmente delimitada, legalmente definida e circunstancialmente objetivada para o exercício do que teria sobrado como poder do povo.

A jurisdição, diversamente, é uma via de agitação permanente da cidadania. É por ela que o Direito faz-se vivo e insuperável pela atuação de quantos pretendam transgredi-lo. É pela provocação da jurisdição que o cidadão faz com que o Direito seja universalmente acatado e igualmente imposto a todos. É pela jurisdição que direitos políticos – como aqueles que se referem ao governo honesto, às políticas públicas voltadas à concretização de princípios constitucionalmente definidos e objetivos juridicamente estabelecidos são honrados pelos que estejam no exercício de funções públicas – que se refreia o Poder Público nas estritas balizas do Direito.

Daí porque negar a jurisdição é renegar a Constituição; é negar, em verdade, o Direito

em sua função, em seu vigor e em seus fins. Não há democracia garantida sem jurisdição assegurada aos cidadãos. Não há Constituição eficaz sem Poder Judiciário eficiente, tal como acima advertia.

A jurisdição cumpre-se, democraticamente, pelo desempenho de três etapas de um percurso estatal que vai do acesso assegurado ao cidadão ao órgão judicial competente, passa pela eficiência da prestação e aperfeiçoa-se na eficácia da decisão proferida no caso apresentado.

### 5.1. O acesso à justiça

a) A jurisdição inicia a sua trajetória nos umbrais do prédio em que se encontram os órgãos judiciais competentes. Daí porque a dificuldade posta ao ingresso em juízo e à admissão nos locais onde esta esboça a sua ação configura constrição indevida ao direito à jurisdição.

Aquele que se autodenominou “sem terra” não pode se sentir à vontade em um “Palácio da Justiça”. Quem mal tem um chão a palmilhar sente-se constringido nos extensos corredores abarrotados de gravatas e engraxates a dominar os passos.

Mais que isso. Parece exato afirmar-se que a pleora de processos num mesmo espaço conduz, necessariamente, a uma burocratização morosa e frustrante de ações. Não há como uma serventia judicial cumprir a sua tarefa (de servir) com presteza com uma montanha de processos, em cujas pilhas se empoeira a sensibilidade do servidor deles encarregado. As coisas repetidas reiteram sentimentos e sensações, que se vão perdendo com a constância de sua visão. Multidões de partes que se ajuntam num mesmo balcão provoca a banalização de sua angústia pela decisão judicial pela qual cada um espera. A parte processual, encostada no balcão sensaborrento, faz-se anônima e desimportante, não interessa a ansiedade que lhe vinca a face: ela não tem mais face humana e, afinal, diz-se que a justiça é mesmo cega... O servidor, repetidor de gestos iguais e mecanizados, torna-se igualmente anônimo e desimportante. E a própria jurisdição faz-se, assim, anônima e... desimportante para o atingimento de seus fins precípuos.

Posto que as ações tendem a se multiplicar – pela jurisdicionalização de matérias antes não cuidadas, como, por exemplo, meio ambiente, consumidor etc., e pelo crescimento do número de cidadãos em todo o mundo – bem como

os direitos aviam-se para ser objetos de buscas mais assíduas, parece certo supor que o caminho mais factível para o encontro do cidadão com a jurisdição que lhe é assegurada constitucionalmente não é a reunião de julgadores e processos num mesmo espaço, mas a descentralização física, espacial dos órgãos competentes a prestá-la e a especialização dos mesmos segundo a matéria a ser por eles apreciada.

b) Além da acessibilidade física aos locais de atuação dos magistrados, é de se relevar a pertinência jurídica dos requisitos materiais impostos ao cidadão interessado no desempenho judicial. Cuida-se, então, de observar se o quanto se estabelece legalmente como condição prévia relativa a valores devidos para o ajuizamento de uma ação e, posteriormente, para o acionamento das instâncias recursais guarda coerência com o direito constitucional à jurisdição.

Enquanto os serviços públicos essenciais (como, por exemplo, a segurança pública e a educação fundamental, ou a saúde) são assegurados como direitos constitucionais fundamentais fruíveis gratuitamente, o serviço público judicial é o único – de igual natureza e de idêntica sede – a ser exercitável mediante pagamento de valores estabelecidos legalmente.

Nenhum outro direito constitucional, considerado fundamental e listado no art. 5º, da Constituição da República, sofre o mesmo tipo de limitação. Note-se que a jurisdição é uma manifestação da liberdade individual. Livre para entender e até mesmo para interpretar o direito e aplicá-lo segundo a inteligência que lhe empresta, o cidadão que duvide ou se inconforme com determinada situação, na qual se contenha o que lhe parece ameaça ou lesão a direito, pode buscar, no órgão judicial competente, o restabelecimento da sua segurança jurídica ou o ressarcimento pela sua ruptura. Mas impõe-se-lhe que pague por esse serviço estatal. Poder-se-á debater sobre a pertinência jurídica do pagamento exigido de custas judiciais até onde tal imposição não tolha o exercício do direito constitucional do cidadão ou não lhe onere em demasia. Todavia, quando se tem naquele ônus um embaraço ou um entrave ao exercício do direito, é de se ter como inconstitucional aquela cobrança. Custas judiciais não podem entrar o exercício de direito constitucional fundamental. O embaraço assim estabelecido por norma infraconstitucional infirma todo o sistema e rompe a segurança jurídica que o ordenamento pretende garantir.

Ademais, é de se salientar que as custas judiciais não se podem constituir fonte de recursos estatais para a satisfação de necessidades públicas, que teriam que ser atendidas pelo pagamento dos impostos. Esses têm de suprir as demandas essenciais, uma das quais é, exatamente, a prestação da jurisdição. Pelo que impor ao cidadão custas judiciais para o exercício do seu direito fundamental à jurisdição, mais ainda, para reverter o resultado deficitário de recursos financeiros obtidos com a execução de serviços públicos (ainda que paralelos ou de igual natureza aos judiciais) obrigatórios para o Estado, parece inteiramente contrário aos princípios e aos preceitos constitucionais.

c) O acesso à “justiça” passa, ainda, pela educação cívica de todas as pessoas. Considerando-se que somente pode aceder à reivindicação o direito conhecido e que se crê desrespeitado, é de se supor que o acesso à justiça está tolhido quando não se oferece ao cidadão o direito à informação mínima, porém correta, sobre os seus direitos. Quem não conhece direito não busca o seu cumprimento. Não se aferra a resguardar o seu direito aquele que dele não dá notícia.

Num Estado como o brasileiro, em que grande número de pessoas não sabe que tem direitos, que não conhece o Poder Judiciário nem sabe identificar os seus contornos, os seus modos, os seus agentes, que mal sabe ler e o Direito é escrito e, fosse pouco, hermético em sua apresentação lingüística, é de se supor que sem uma firme transformação desse quadro, qualquer “reforma do Judiciário” não transformará a jurisdição nem a colocará no plano desejado, qual seja, o do jurisdicionado, para o qual ela existe e para o qual se há de voltar.

No Brasil, vive-se o descompasso entre uma Constituição aberta e um Direito hermético, com um Poder Judiciário fechado até mesmo à inteligência da universalidade dos brasileiros. Essa inacessibilidade aqui referida já não é mais apenas aquela formal, mas material. Sem a educação cívica não se há de proceder à mudança essencial deste quadro e todas as reformas promovidas serão meramente formais e não estruturais.

A linguagem concebida como se erudita fosse (e que nem sempre o é) e que impede o ingresso do cidadão no mundo dos direitos (tornando-o, assim, estrangeiro em seu próprio mundo) há que ser refeita para que a voz da lei expresse a fala do cidadão e que o seu ouvido

se apronte, então, ao som do direito, no qual ele se veja refletido.

## 5.2. A eficiência da justiça ou a justiça que tarda, falha

Ao declarar como direito fundamental do cidadão a jurisdição, o Estado encarece não apenas que ele poderá ter acesso ao Poder Judiciário, mas, principalmente, que se terá uma resposta à demanda posta.

A renúncia à vingança e a fazer justiça pelas próprias mãos teve sempre o seu fundamento na crença do homem de que o Estado realizaria a justiça humana concreta despida da emoção que o caso concreto desperta para o interessado.

Ora, não se realiza tal crença apenas no acionamento do Estado. Antes, ela se revela concreta na resposta que a pessoa estatal oferece. Assim, além do acesso à justiça, há que se ter por certo que o direito à jurisdição compreende o direito a obter uma decisão judicial pronta, eficiente, a dizer, produzida tempestivamente, dotada da virtude de recompor a situação de segurança jurídica do interessado. Não há eficiência tardia. Não há justiça no atraso da prestação pleiteada. Vida não garantida é vida perdida, ao menos naquilo que a lesou. Liberdade ameaçada, lesada, amordaçada é pássaro ferido de morte. Há que se buscar, pois, a eficiência da prestação jurisdicional, a fim de que tenha assegurado o direito constitucionalmente estabelecido e havido como “inviolabilidade”.

Para tanto há que se repensar o sistema processual. Esse não pode ser considerado válido senão naquilo que importe em concretização dos princípios maiores do devido processo legal, de uma parte, e de uma jurisdição prestada de maneira independente, imparcial e tempestiva.

Significa dizer que não se pode cogitar de um sistema processual constitucionalmente aceitável e havido como válido quando ele provoca insegurança ao invés de produzir segurança para o jurisdicionado; quando ele impede o acabamento do processo ao invés de propiciar a emissão de decisão saneadora do conflito ou extintiva da dúvida posta; quando ele obstrui ao invés de promover o curso da ação; quando ele permite a procrastinação do pronunciamento final do Estado; quando ele propicia o tratamento desigual de partes ao invés de ser instrumento de igualação jurídica.

Em nome da revisibilidade das decisões judiciais – aceitável por conta da fragilidade

humana – não se pode ter como válida a eternização dos processos e a infundável sucessão de recursos que impedem, primeira, a emissão de decisão e, posteriormente, a sua execução em tempo devido.

Parece também certo supor que, exatamente por conta daquela multiplicação de temas jurisdicionados, de ações que na esteira do aumento do número de cidadãos e de titulares de direitos discutidos se produz, tudo isso conduzindo a um crescimento significativo da demanda social de atuação do Estado, haverá que se buscar a especialização dos órgãos e agentes judiciais. Não há eficiência judicial quando a multiplicidade de temas impede um conhecimento fácil das matérias sujeitas à decisão estatal. Quanto mais especializados – o que supõe conhecimento específico – forem os agentes e órgãos judiciais, mais facilmente se dará a apreciação dos casos pelo Poder Judiciário, ganhando a cidadania tanto na correção do julgamento quanto em relação à rapidez de sua prolação.

Direito não se inventa, menos ainda se improvvisa. Direito se aprende. E o aprendizado leva o tempo certo da maturação de todas as coisas dos homens e com os homens. Pelo que sendo a especialização de conhecimentos – em época de tantos saberes e tantos correres – uma constante para se lidar com questões jurídicas, parece ingênuo imaginar que o julgador pode (sozinho ou por meio de seus assessores) chegar à onisciência e, em seu fluxo, na onipotência olímpica e sobre-humana de pequenos deuses. Ademais, quanto mais especializado (sem perda da noção da árvore do Direito em sua integridade), mais profundo e atualizado será o conhecimento do magistrado. E quanto mais profunda e atualizada a sua ciência do Direito mais habilitado estará ele a responder prontamente ao quanto lhe seja questionado processualmente.

### 5.3. A eficácia da decisão jurisdicional

Não basta que sobrevenha uma decisão judicial eficientemente prestada para que se tenha por garantido o direito à jurisdição. Cuida que se tenha o seu cumprimento imediato. A impunibilidade, que empresta um autêntico sentimento de frustração ao cidadão, repousa em sede de decisão bolorenta, sem atendimento pronto e satisfatório. A não punição afasta-se do sentido leigo e simplista de negar-se a apenação. Mesmo onde a matéria não seja de imputação de pena, mas de cumprimento de

uma ordem judicial, tem-se o agravo ao sentimento humano de justiça pela existência de uma ação sem decisão tornada efetiva. Decisão judicial que não produz efeitos não promove a justiça humana buscada pelo cidadão. É palavra sem vida. E é a vida o que se quer, em última instância, garantir-se com a jurisdição constitucionalmente assegurada. Poder Judiciário não sugere, ordena. Se essa ordem vê-se às voltas com condutas incompatíveis com aquela qualidade coercitiva, é de se considerar que os seus efeitos são frouxos e desprovidos da característica que torna os atos do Estado impositivos e não meramente opinativos no que concerne à jurisdição.

Por isso, é de enorme importância que o cumprimento das decisões judiciais pela pessoa pública seja repensado no modelo brasileiro. A fórmula dos precatórios, pelo qual se dão a executar as decisões contrárias às pessoas estatais, esvaziou-se em seus fins. O precatório tornou-se um instrumento de frustração e não de realização da decisão judicial. A postergação do cumprimento do *decisum* lesa uma segunda vez o direito do cidadão diretamente interessado e da própria sociedade, que pretende vislumbrar o restabelecimento da normalidade jurídica, além de enfraquecer a sua confiança no sistema posto. Assim, quanto às decisões relativas à Fazenda Pública, é de se cogitar de novos mecanismos para que o seu atendimento seja tão célere que satisfaça o cidadão e tão segura que garanta a integridade e a dinâmica do patrimônio público responsável.

Quanto ao cumprimento das decisões judiciais, cuja execução fica a cargo de órgãos integrantes dos outros poderes do Estado (basicamente do Poder Executivo, nos termos do art. 144, parágrafo 1º, IV, e parágrafo 4º, da Constituição da República), é de se sublinhar que deverá haver uma permanente e sólida integração entre esses e os órgãos de decisão do Poder Judiciário. É que se não há a firme e imediata execução daquela decisão sobrevém a fragilização do Poder Público e a insegurança da sociedade no seu sistema de Direito. Não muito raramente a sociedade confunde membros do poder executivo (basicamente da polícia) com agentes do Poder Judiciário. A base de tal vinculação confusa está na estreita relação entre as funções exercidas preventiva ou repressivamente pelos órgãos da polícia judiciária e a eficácia da decisão judicial, que, em alguns casos, depende da atuação daqueles.



#### 5.4. O Poder Judiciário e os direitos humanos

Muito distante ainda tem estado a jurisdição nacional da questão fundamental, em todo o mundo no atual momento histórico, relativo aos direitos humanos. Poucas vezes o Poder Judiciário brasileiro tem posto como fundamento central de suas decisões os direitos fundamentais, arrolados no sistema constitucional de maneira extensa, clara e taxativa.

A eficácia das decisões judiciais passa também pela eficácia social e jurídica do Direito. E a efetividade do Direito depende também (conquanto não somente) da aplicação das normas pelos órgãos estatais competentes para tanto.

Sendo as normas constitucionais declaratórias dos direitos fundamentais e constitutivas das garantias correspectivas o núcleo central do sistema jurídico, é certo que, quando as decisões judiciais nelas se embasarem, terão vigor especial e incontestável. Por esta mesma razão as decisões dotam-se, nesse caso, de eficácia social e jurídica superior.

Assim, não se é de desconhecer que a invocação das normas constitucionais dos direitos fundamentais projetam sobre as decisões, que nelas se fulcrem, força nova e operante, pelo que se há de relevar, sempre, o fundamento havido naquela matéria.

### 6. Conclusão

Considerando que a transformação do Poder Judiciário demanda uma reflexão sobre alternativas para o quadro que ora se vislumbra, no qual se nota uma óbvia dificuldade de prestação eficiente e eficaz da prestação jurisdicional constitucionalmente garantida a todos os cidadãos, ofereço, à guisa de conclusão e apenas como pontos para debate alguns tópicos que me parecem estar a merecer um rebalçamento institucional e jurídico, a saber:

#### Descentralização judiciária

Experimenta-se, há algum tempo, a descentralização administrativa como modo de se desempenharem as funções executivas. Ciente de que o Poder Executivo não dispõe de onipresença para assumir todas as demandas sociais, as Constituições (tanto a Federal quanto algumas estaduais) cogitam da criação das regiões administrativas, a fim de que o poder se exerça mais perto e prontamente com os cidadãos.

Na mesma linha, *parece inexistir razão*

*para que se mantenha a centralização física do Poder Judiciário.*

Os grandes e únicos fóruns havidos nos Municípios – especialmente em Metrôpoles – tornam não apenas impraticável uma maior presença dos juizes na comunidade, um melhor acesso dos cidadãos ao Judiciário, como, ainda, burocratiza, concentra milhares de processos em secretarias absolutamente abarrotadas, de difícil trato e abordagem pelos interessados, emperrando, sem solução, o desenlace dos casos.

A descentralização judiciária tornaria, possivelmente, mais baratos os serviços e, com certeza, mais fácil o acesso aos cidadãos, pois o seu deslocamento até um fórum no centro de uma metrópole é difícil, caro, constringendo-os sempre.

A existência de fóruns nos bairros ou em regiões dos Municípios devidamente organizadas romperia esse quadro de absoluta concentração judiciária hoje existente. Como há delegacias nos bairros, além das delegacias especializadas espalhadas nos Municípios; como há clínicas de saúde públicas também situadas em várias áreas dos Municípios, para facilitar a chegada dos cidadãos até ela; como há escolas e delegacias educacionais em vários pontos dos Municípios, haverá de se pensar a possibilidade de haver fóruns espalhados em vários pontos e até mesmo alguns que concentrem as varas especializadas em determinadas matérias, como já existem as de família, de falência e concordata, da Fazenda Pública etc.

Tais fóruns deveriam ser estruturados com poucas varas, multiplicando, assim, o espaço popular de acesso do cidadão aos órgãos do Poder Judiciário, de tal maneira que a burocracia não emperre, às vezes, até mesmo materialmente, a leveza do gesto a produzir a jurisdição.

É certo que tal descentralização seria meramente organizacional, mas é idênticamente exato que a influência de tal medida no plano do desempenho material das atividades parece incontestável.

Em efeito. Quanto mais houver essa descentralização judiciária, mais o juiz estará aproximado do cidadão que o procura e mais próximo estará ele da situação cultural na qual se produz a situação sujeita a seu juízo.

Não se pretende mais crer num juiz neutro, pairando acima da sociedade na qual ele atua. Ao contrário, busca-se encontrar o “juízo do cidadão pelos seus iguais”. Significa di-

zer que quanto mais ambientado estiver ele na cultura na qual ocorre a situação posta ao seu exame, mais detém ele todos os elementos sociais havidos na base do caso trazido ao seu conhecimento e à sua decisão. Quer-se, é certo, um juiz imparcial, a dizer, aquele que não se comprometa nem se vincule a qualquer das partes, mas já não se acredita que a neutralidade ou a condição abúlica social e politicamente de um magistrado promova a melhor justiça.

O cumprimento do disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual o juiz deve atender os fins sociais a que se destina a lei, estará facilitado pela reorganização dos órgãos do Poder Judiciário, pois o conhecimento das condições sociais põe-se de maneira adequada ao quanto objetivado pelos interessados.

Dá por que, também por esse conhecimento mais completo, do contexto no qual se engajam as partes de um processo, a proximidade mesmo física pode conduzir a um melhor desempenho judicial.

Merece uma palavra, ainda, a *questão do horário de funcionamento dos serviços judiciais*.

Contrariamente a todos os outros serviços públicos, que cada vez mais estendem o seu período de atendimento ao cidadão, os órgãos do Poder Judiciário persistem na prática de disporem de não mais que um curto tempo (normalmente de 12:00 às 18:00h) para tal acesso do público.

Num mundo em que os bancos atendem 24 horas ao dia, em que o comércio abre durante quase 12 horas ao dia, em que os serviços essenciais atendem por períodos cada vez maiores, em que a locomoção física no espaço das cidades é cada vez mais demorado e penoso, é difícil imaginar as razões que determinam que um serviço público essencial, como o é o da jurisdição, mantenha-se nos estreitos limites de um horário apertado para o acesso ao público.

Força é, pois, cogitar-se de novas propostas de horários de atendimento ao público nos órgãos do Poder Judiciário, a fim de que se facilite o acesso físico aos mesmos pelos cidadãos e para que haja uma adaptação daquele Poder à sociedade, e não o contrário.

### Regionalização dos tribunais

Tanto quanto a descentralização dos servi-

ços forenses nos Municípios, cogita-se, ainda, de uma regionalização dos tribunais em Estados que tenham área mais extensa.

Os Tribunais de Justiça recebem número cada vez maior de processos, inclusive no plano recursal, que poderiam ser solucionados em instâncias regionais, mediante a criação de Tribunais Regionais de Direito, a congregar, em áreas nas quais se reunissem as competências recursais de diversas comarcas, os casos pendentes ali.

Os Tribunais de Justiça, que hoje tendem a um aumento do número de seus membros, não conseguem mais resolver as pendências, ainda que aquele aumento se faça em progressão geométrica.

Aliás, tal aumento impede que a política judiciária, relativa à uniformização da jurisprudência, à solução de causas de maior complexidade e que tangenciem interesses públicos maiores, possa ser exercida, pois tanto depende de um número menor de membros do órgão decisório.

De outra parte, a proliferação de tribunais de alçada nas capitais não soluciona a questão da distância e das dificuldades de deslocamento das partes e de seus advogados para acompanharem e atuarem nos processos de seu interesse, o que seria resolvido se houvesse, proximoamente à comarca de origem das ações, tribunais nos quais se resolvessem as causas.

Ademais, não se há de desconhecer que a reunião de processos em Tribunais de Justiça acaba gerando – tal como ocorre nos fóruns – um acúmulo indevido de processos num único local e sujeitos a decisões que se fazem oferecidas mais e mais morosamente.

Tal providência teria, ainda, o condão de fortalecer a Federação, pois a organização do Poder Judiciário ainda se distancia da autonomia federativa, mais bem acabada quanto aos demais poderes dos Estados-membros.

### Especialização dos órgãos judiciais

A especialização dos órgãos judiciais, a fim de que da especialização nasça uma facilidade e melhor atuação dos magistrados, parece impor-se no atual momento.

A complexidade e a diversificação das matérias tornadas objeto de tratamento pelo Direito deixa claro que não há mais como operar nesse ramo do conhecimento sem que haja uma preparação específica para cada tema.

Por outro lado, quanto mais conhecedor das matérias de sua competência for o magistrado, mais rapidamente estará ele habilitado a oferecer uma solução em cada caso concreto com que ele depare.

Assim, a especialização dos órgãos e respectivos agentes do Poder Judiciário contribuirá tanto para a celeridade da prestação jurisdicional pleiteada quanto para a justeza das decisões exaradas.

Cuida-se, aqui, de uma descentralização temática, a dizer, a divisão da competência material, ensejando que da especialização se promova uma nova organização judiciária.

Há que se cuidar para que a especialização não seja tão restritiva que imponha a perda da visão de conjunto do Direito, nem tão mesquinha, que impeça a garantia de um maior e melhor conhecimento utilizado para a decisão buscada.

### Coisa julgada administrativa

Contribui, grandemente, para a perda da respeitabilidade e confiabilidade da eficácia das decisões judiciais e para o equilíbrio da atuação judicial, o acúmulo de recursos, de caráter meramente procrastinatório, interpostos pelas entidades públicas. Useiras e vezeiras em postergar o cumprimento de decisões judiciais mediante o expediente, muitas vezes leviano, de interpor recursos que impeçam o seu trânsito em julgado, as entidades públicas são campeãs de descumprimento de sentenças e acórdãos proferidos contra os seus comportamentos.

Por esta conduta tanto o próprio Poder Judiciário queda sem força em sua respeitabilidade social (vez que a ele é que o leigo, imprópriamente, atribui a morosidade de se executarem decisões), quanto o próprio cidadão diretamente interessado e que se vê a braços com processos intermináveis, a perambularem durante décadas pelos corredores e secretarias de órgãos judiciais.

Urge, pois, que se supere tal comportamento, mediante a instituição constitucional da coisa julgada administrativa, pela qual não se tenha que ver o cidadão com as sucessivas investidas das entidades públicas em lhe negar direito que, materialmente, já foi reconhecido.

Tanto não demanda sequer modificação constitucional, pois bastaria uma mudança na legislação processual para que se obtenha tal efeito. Com isso se restabelece um ponto do Estado de direito que se nota, hoje, completa-

mente descumprido, descumprimento esse promovido pelo Estado. Afinal, como o cidadão é obrigado a acatar o quanto determinado pelo Poder Judiciário também o é a entidade pública que tenha a sua situação definida, processualmente, pelo julgador.

### Provimento obrigatório dos cargos de juízes

Na constatação da existência de quase quatro mil cargos de juízes vagos e enfatizando, ainda, que há um número de cargos de juízes, no país, muitas vezes inferior à demanda social (há um juiz para cada 26.000 brasileiros, enquanto, por exemplo, há um juiz para cada 3.000 alemães), é de questionar o que fazer para sanear esse quadro.

As alegações de que os cargos vagos de juízes não são providos por inexistência de concursados aprovados na forma exigida mais parece evidenciar a imperiosidade de se refletir sobre a forma de realização dos concursos públicos voltados ao provimento destes cargos. Imaginar-se inexistirem interessados suficientemente habilitados a acudir ao atendimento das funções inerentes àqueles cargos seria, no mínimo, ingênuo.

Em verdade, concurso público – como já afirmamos em outra ocasião – é para selecionar os melhores, não para eliminar os candidatos. Concursos públicos são realizados, nas carreiras jurídicas, com provas que não seriam, certamente, respondidas nem por magistrados experientes e de ótimo desempenho no cargo.

Provas são elaboradas por pessoas que, quanto conhecedores do Direito, não têm a menor idéia de técnica de elaboração de exames ou de como questionar e objetivar o que querem saber do candidato para a perfeita avaliação a ser feita.

Ademais, hoje, em geral, se realizam concursos públicos quando um número grande de cargos já se encontra vago. Mais acertado seria realizar-se o concurso para manter-se um *banco de candidatos concursados aprovados para o seu pronto aproveitamento quando se desse a vacância dos cargos de juiz*, de tal modo que não se mantivessem comarcas com cargos de juízes vagos a aguardar os demorados processos de realização dos respectivos processos seletivos.

Enfatize-se, ainda, que a criação de cargos necessários de juízes – para fazer face à

demanda onde existam jurisdicionados a demandar a prestação do serviço pelo Estado – não pode ser deixada ao sabor de conveniências de políticas de ocasião.

Assim, pela sua condição de serviço público necessário e sustentador do próprio Estado de direito, dever-se-ia pensar na adoção do modelo que hoje prepondera para o serviço de educação fundamental. Para este há o que se designa de *geração espontânea de vagas* (na verdade seria geração espontânea de *cargos*): onde houver uma criança em idade escolar, há o dever imediato de se garantir um professor. Ora, onde houver um jurisdicionado a demandar a apreciação de uma sua questão jurídica, há que haver um juiz a prestar tal serviço. Não cabe ao Estado determinar que, ausente juiz na localidade do cidadão, desloque-se o interessado até a comarca mais próxima para buscar o serviço. Parafraseando Milton Nascimento, poderia dizer que *a Justiça tem que ir até onde o povo está*. Compete ao Estado deslocar-se até o local em que se encontra o jurisdicionado. É ele, Estado, que deve presença permanente em todos os rincões do país. Portanto, teria que haver cargos de juiz para fazer face a todas as demandas sociais relativas a tal serviço. Se o número de demandas numa determinada localidade não fizesse jus à manutenção de um magistrado, em caráter permanente, ali, seria de se restabelecer a figura do juiz de fora. Esse se deslocaria para cobrir áreas nas quais se pudessem reunir os processos de interessados de várias localidades. O que se modificaria em relação ao quanto hoje se tem seria a caracterização do cargo *do juiz itinerante* e a frequência de sua presença nos diferentes locais reunidos sob a sua competência.

#### Preferencialidade de matérias para o julgamento

Para o aperfeiçoamento do Direito há que se relevar que a sua aplicação deve-se dar segundo os valores e os princípios tidos como próprios na sociedade e formalizados no sistema de normas adotado, o que impõe uma preferencialidade no desenvolvimento das competências jurisdicionais. Deveras, onde a liberdade ou a vida estiver em questão não se poderá ter como próprio e adequado o aguardo de pautas de julgamentos cada vez mais longas e mais complexas, causando lesões irreversíveis ao patrimônio jurídico do interessado.

Assim, haverá que se estabelecer uma preferencialidade como critério de julgamento para

as ações que respeitarem os direitos fundamentais em todas as instâncias, a fim de que o sistema jurídico tenha aplicação coerente à hierarquia dos valores sociais e políticos adotados.

#### Necessidade de um novo processo

Parece haver consenso, e não apenas na comunidade jurídica, sobre a necessidade de se reformular, inteiramente, o sistema processual. Remendos nesse tema não resolvem. Mostra-se preciso recriar-se o processo, em seus princípios e, na seqüência disso, de seus instrumentos. Concebido, modernamente, para oferecer segurança ao jurisdicionado, o processo converteu-se, na atualidade, num fator de embaraços e de instrumentalização de ineficácia do Direito.

O alongamento das fórmulas processualmente adotadas, a complexidade dos recursos que se acumulam, em repetições absolutamente inaceitáveis, a tornar inoperantes o que deve ser instrumento de eficiência da prestação, determina que se transformem os figurinos hoje adotados para se desbastarem os excessos que promovem a eternização dos processos e a frustração dos direitos.

Não se é de permitir, contudo, que em nome da celeridade, princípios como o do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como o da revisibilidade de decisões sejam extintos. O processo continua sendo devido. O que se há de repensar é “qual e como” o processo, para que seja ele o adequado e devido quanto aos fins realizadores do Direito e não como negadores do sistema jurídico. Principalmente, qual e como o processo haverá que ser pensado, considerando-se o momento histórico vivido pelo cidadão: um momento no qual o dia não se fecha com a chegada da noite, as fronteiras dos Estados não são mais que marcos territoriais postos para serem transpostos, os homens guerreiam em plena discussão sobre a solidariedade humana. O mundo ficou igual, pequeno e rápido para um homem desigual em sua igualdade, enorme em sua pequenez e tão lerdo em sua condição pessoal quanto célere em sua condição profissional.

Justiça constitucional: necessidade de uma corte constitucional

Há que se pôr à reflexão sobre a oportunidade de se instituir, no Brasil, uma justiça constitucional.

Sistemas existem – e desde os albos do século que ora se extingue – que concebem o aparato jurisdicional, especializando o cuidado da matéria constitucional, que é entregue a órgãos incumbidos, exclusivamente, deste tema.

Na seqüência da especialização acima mencionada, tem-se na especialização orgânica da competência para a apreciação de matéria constitucional um dos pontos mais delicados.

Em primeiro lugar, porque todos os juízes cuidam, ainda que indiretamente, de matéria constitucional, vez que, ao examinar uma pendência e buscar a sua solução no Direito, haverá o magistrado que atentar à hierarquia das normas a incidirem sobre o tema, o que converge, sempre, para a Constituição.

Ocorre que, quando o que prepondera ou quando a questão de que se cuida em determinada ação é exclusivamente constitucional, haverá que se cogitar da especialização dos órgãos encarregados de se debruçar sobre ela. É que Direito não se improvisa e o seu aprendizado especializado demanda conhecimento específico, como acima lembrado.

Em segundo lugar, porque as decisões sobre matéria constitucional acarretam, necessariamente, um desdobramento no plano infraconstitucional, pelo que a sua eficácia é diferente do quanto se põe em outras matérias.

Assim, especialmente no que concerne à jurisdição nacional, é de se cogitar da criação de um Tribunal Constitucional no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal, “a quem compete, precipuamente, a guarda da Constituição”, nos termos do art. 102 da Lei Fundamental da República, é órgão de cúpula da magistratura brasileira, além de ser o órgão máximo da jurisdição, inclusive comum, conquanto a seletividade de sua competência constitucional de alguma forma o afaste de questões comuns de menor repercussão social.

Contudo, não se confunde o Supremo Tribunal Federal com uma Corte Constitucional ou Tribunal Constitucional.

Preliminarmente divergem os dois órgãos pela forma de competência que se confere a cada qual. Nos sistemas nos quais se adota a Corte ou Tribunal Constitucional, toda a matéria constitucional – e exclusivamente esta – é entregue à decisão definitiva dele. Abre-se, então, a possibilidade de instituição de figuras desconhecidas nos sistemas influenciados pelo modelo norte-americano tais como a “ação popular constitucional”.

Como a Corte Constitucional não é órgão de cúpula do Poder Judiciário – como se dá com o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no modelo brasileiro –, sedia-se ele, constitucionalmente, fora dos três poderes, pois opera apenas como “guarda” da Lei Magna independente dos demais poderes. É ela órgão de garantia da Constituição e não dos poderes constitucionais do Estado.

Em outro ponto, a composição da Corte ou Tribunal Constitucional é bem diferente dos critérios adotados em órgão do Judiciário. A Corte ou Tribunal Constitucional é composta de magistrados constitucionais, eleitos para um mandato com prazo determinado (média de sete a doze anos), mediante indicação e nomeação que emanam de vários órgãos governamentais e não apenas de uma autoridade, como ocorre, por exemplo, no sistema brasileiro.

### Ouvidor-Geral do Judiciário

Na pluralidade de idéias e sugestões que se oferecem no tema do controle do Poder Judiciário, é de se deixar uma palavra a mais para se acrescentar, se for o caso, aos tantos e quantos outros figurinos já sugeridos.

O controle do Poder Público é característica da democracia. Não há Democracia onde o Poder não seja exercido com o controle do cidadão. Por isso, considerando-se fora de discussão e dúvida a condição de Poder do Judiciário, é de se ter por certo que ele haverá que adotar um instrumento mais eficaz de controle do seu desempenho, a fim de melhor adaptar-se à qualidade democrática do sistema adotado, juridicamente, no Brasil.

A sugestão ora oferecida da criação de uma Ouvidoria-Geral do Judiciário, órgão que seria unipessoal e com competências para ouvir as reclamações dos cidadãos relativamente à prestação jurisdicional, não tem como fito a instituição de uma modalidade de controle, mas, com certeza, o estabelecimento de um órgão de democratização da atividade jurisdicional.

O Ouvidor-Geral do Judiciário seria escolhido entre pessoas de notório saber jurídico, inteireza moral e probidade, reconhecido socialmente pela sua retidão e independência, com tempo mínimo de desempenho profissional em sua área de atuação, não tendo que ser ou ter sido magistrado. A sua competência, a ser definida por lei, teria que ter como núcleo a oitiva dos requerimentos e reclamações dos cidadãos relativas ao desempenho do Poder Judi-

ciário e o encaminhamento, para o devido esclarecimento e justificativa, da situação enfocada em cada caso.

A Ouvidoria-Geral do Judiciário poderia permitir a ruptura da dificuldade cultural, hoje obviamente existente, entre a sociedade (especialmente as pessoas mais pobres) e os órgãos judiciais.

Considerando-se a necessidade de se repensarem os modelos de órgãos judiciais utilizados para a prestação eficiente e eficaz da jurisdição, é de se realçar a atuação dos juizados especiais, exemplo de alternativas possíveis para a solução e a prevenção mesma de conflitos sociais conduzidos ao Estado para a sua resposta.

*Importante é, contudo, assinalar-se que qualquer figurino novo a ser estudado não pode passar pela privatização da justiça, pela dispensabilidade do Estado e do Poder Judiciário especialmente, porque tanto equivaleria não salvar o Judiciário pela sua transformação, mas fomentar a sua descartabilidade, voltando-se ao*

sistema feudal de justiças particulares, nos quais os poderosos, donos dos novos feudos, os feudos da era tecnológica dita globalizante e neoliberal, serão os novos senhores do barão e do cutelo, afastando-se a pessoa política da sociedade.

A leveza e celeridade justas da justiça do próximo milênio não passa pela não-justiça, nem se afasta da publicidade que a envolve, tanto pela sua natureza de ser devida pela entidade pública, como pela condição de ser voltada ao público (ao povo, considerado em sua totalidade), como, ainda, pela sua característica de ser dada ao conhecimento e atuação públicos.

Não se quer um Estado sem justiça. Quer-se uma justiça do Estado para o povo. Quer-se um Estado de justiça concreta para o povo, pensando na necessidade de cada cidadão e de toda a sociedade. É por ela que haverá de se fazer a luta de todos e de cada um. Somos todos partes do mesmo processo político-social. Somos todos solidários com aqueles que fazem parte de um processo judicial, litisconsortes cidadãos que somos na ação da democracia da justiça.

# A democracia e suas dificuldades contemporâneas

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

## SUMÁRIO

*1. Democracia formal e democracia substancial. 2. A crise dos instrumentos clássicos da democracia. 3. Tentativas de resposta à crise da democracia. 4. Insuficiência dos meios concebidos para salvaguarda dos ideais democráticos. 5. Possível agravamento da crise da democracia. 6. Globalização e neoliberalismo: novos obstáculos à democracia.*

### 1. Democracia formal e democracia substancial

Independentemente dos desacordos possíveis em torno do conceito de democracia, pode-se convir em que dita expressão reporta-se nuclearmente a um sistema político fundado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade de todos os homens e armado ao propósito de garantir que a condução da vida social se realize na conformidade de decisões afinadas com tais valores, tomadas pelo conjunto de seus membros, diretamente ou por meio de representantes seus livremente eleitos pelos cidadãos, os quais são havidos como os titulares da soberania. Donde resulta que *Estado democrático é aquele que se estrutura em instituições armadas de maneira a colimar tais resultados.*

Sem dúvida essa noção, tal como expendida, maneja também conceitos fluidos ou imprecisos (liberdade, igualdade, deliberações respeitadas destes valores, instituições armadas de maneira a concretizar determinados resultados). Sem embargo, é dela – ou de alguma outra que se ressinta de equivalentes problematizações – que se terá de partir para esboçar uma apresentação sumária de certas relações entre Estado e democracia, algumas das quais são visíveis e outras apenas se vão entremostrando a uma visão prospectiva.

Celso Antônio Bandeira de Mello é Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo.

Seja como for – e até mesmo em razão da sobredita fluidez dos conceitos implicados na noção de democracia – ,é conveniente distinguir entre Estados *formalmente* democráticos e Estados *substancialmente* democráticos, além de Estados *em transição para a democracia*, tendo-se presente, ainda assim, o caráter aproximativo destas categorizações.

Estados apenas *formalmente democráticos* são os que, inobstante acolham nominalmente em suas Constituições modelos institucionais – hauridos dos países política, econômica e socialmente mais evoluídos – teoricamente aptos a desembocarem em resultados consonantes com os valores democráticos, neles não aportam. Assim, conquanto seus governantes (a) sejam investidos em decorrência de eleições, mediante sufrágio universal, para mandatos temporários; (b) consagrem uma distinção, quando menos material, entre as funções legislativa, executiva e judicial; (c) acolham, em tese, os princípios da legalidade e da independência dos órgãos jurisdicionais, nem por isso, seu arcabouço institucional consegue ultrapassar o caráter de simples fachada, de painel aparatoso, muito distinto da realidade efetiva.

É que carecem das condições objetivas indispensáveis para que o instituído formalmente seja deveras levado ao plano concreto da realidade empírica e cumpra sua razão de existir. Biscaretti Di Ruffia, em frase singela, mas lapidar, anotou que “a democracia exige, para seu funcionamento, um *minimum* de cultura política”, que é precisamente o que falta nos países apenas formalmente democráticos. As instituições que proclamam adotar em suas Cartas Políticas não se viabilizam. Sucumbem ante a irresistível força de fatores interferentes que entorpecem sua presumida eficácia e lhes distorcem os resultados. Deveras, de um lado, os segmentos sociais dominantes, que as controlam, apenas buscam manipulá-las ao seu sabor, pois não valorizam as instituições democráticas em si mesmas, isto é, não lhes devotam real apreço. Assim, não tendo qualquer empenho em seu funcionamento regular, procuram, em função das próprias conveniências, obstá-lo, ora por vias tortuosas, ora abertamente quando necessário, seja por iniciativa direta, seja apoiando ou endossando quaisquer desvirtuamentos promovidos pelos governantes, simples prepostos, meros gestores dos interesses das camadas economicamente mais bem situadas. De outro lado, como o restante do corpo social carece de qualquer consciência de

cidadania<sup>1</sup> e correspondentes direitos, não oferece resistência espontânea a essas manobras. Ademais, é presa fácil das articulações, mobilizações e aliciamento da opinião pública, quando necessária sua adesão ou pronunciamento, graças ao controle que os segmentos dominantes detêm sobre a “mídia”<sup>2</sup>, que não é senão um de seus braços.

É que – como de outra feita o dissemos – as instituições políticas destes países

“não resultaram de uma maturação histórica; não são o fruto de conquistas políticas forjadas sob o acicate de reivindicações em que o corpo social (ou os estratos a que mais aproveitariam) nelas estivesse consistentemente engajado; não são, em suma, o resultado de aspirações que hajam genuinamente germinado, crescido e tempestivamente desabrochado no seio da sociedade”.

Pelo contrário, suas instituições jurídico-políticas, de regra,

“foram simplesmente adquiridas por importação, tal como se importa uma mercadoria pronta e acabada, supostamente disponível para proveitoso consumo imediato. Nestes Estados recepcionou-se um produto cultural, ou seja, o fruto de um processo evolutivo marcado por uma identidade própria, transplantando-o para um meio completamente distinto e caracterizado por outras circunstâncias e vicissitudes históricas. É dizer: instituições refletoras de uma dada realidade vieram a ser implantadas de baixo para cima, como se fossem irrelevantes as diversidades de solo e de enraizamento”<sup>3</sup>.

Em suma: esses padrões de organização política não se impuseram à conta de autêntica resposta a conflitos ou pressões sociais que os tivessem inapelavelmente engendrado; antes, foram assumidos porque a elite dirigente de sociedades menos evoluídas, de olhos postos nas mais evoluídas, entendeu que se constituíam em um modelo natural a ser incorporado como expressão de um desejável estágio civili-

<sup>1</sup> O fenômeno não é restrito às camadas sociais mais desfavorecidas, mas alcança também a chamada classe média.

<sup>2</sup> O Brasil é um perfeito exemplo da situação descrita.

<sup>3</sup> Representatividade e democracia. In: DIREITO Eleitoral. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. P.45.



zatório. Então, não lhes atribuem outra importância senão figurativa. Daí que, não estando cerceadas por uma consciência social democrática e correlata pressão, ou mesmo pelos eventuais entusiasmos de uma “opinião pública”, já que as modelam a seu talante, aceitam as instituições democráticas

“apenas enquanto não interferentes com os amplos privilégios que conservam ou com a vigorosa dominação política que podem exercer nos bastidores, por detrás de uma máscara democrática, graças, justamente, ao precário estágio de desenvolvimento econômico, político e social de suas respectivas sociedades”<sup>4</sup>.

De outra parte, esta situação inferior em que vivem os Estados apenas formalmente democráticos lhes confere, em todos os planos, um caráter de natural subalternidade em face dos países cênicos, os quais, compreensivelmente, são os produtores de idéias, de “teorias” políticas ou econômicas, concebidas na conformidade dos respectivos interesses e que se impõem aos subdesenvolvidos, não apenas pelo prestígio da origem, mas também por toda a espécie de pressões. Sendo conveniente aos países desenvolvidos a persistência desta mesma situação, que lhes propicia, em estreita aliança com os segmentos dominantes de tais sociedades, manejar muito mais comodamente os governos dos países “pseudodemocráticos” em prol de suas conveniências econômicas e políticas<sup>5</sup>, é natural que existam entraves suplemen-

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>5</sup> Ainda aqui, o Brasil vale como exemplo. Após uma formidável campanha desencadeada pela “mídia” em prol de reformas constitucionais, com destaque para as reformas fiscal e administrativa (sem o que, dizia-se, o País seria “ingovernável”), o Presidente Fernando Henrique Cardoso, em seu primeiro ano de Governo, animado por esta onda reformista, fez aprovar quatro emendas constitucionais. Curiosamente, entretanto, essas quatro emendas, ao invés de se reportarem a problemas internos foram todas – registre-se e sublinhe-se – *sintonizadas com aspirações externas ou de agrado internacional*. Devem ter sido consideradas as verdadeiramente urgentes e importantes. São as seguintes: (a) Emenda Constitucional nº 6, de 15.8.95, por força da qual, de um lado, foram eliminados o conceito de empresa brasileira de capital nacional e a preferência que o Poder Público lhe deveria dar quando pretendesse adquirir bens e serviços e, de outro, permitiu-se, assim, que a exploração mineral do subsolo brasileiro pudesse ser feita por empresas controladas e dirigidas por pessoas não residentes no País, o que dantes era vedado. (b) A Emenda Constitucio-

tares para superação deste estágio primário de evolução.

Resulta deste quadro que as sociedades de incipiente cultura política para poderem vir a se configurar como Estados democráticos, demandariam mais do que apenas reproduzir em suas Constituições os traços especificadores de tal sistema de governo. Com efeito, de um lado, teriam que ajustar suas instituições básicas de maneira a prevenir ou dificultar os mecanismos correntes de seu desnaturamento<sup>6</sup> e, de outro – o que ainda seria mais importante –, empenhar-se na transformação da realidade social buscando concorrer ativamente para produzir aquele mínimo de cultura política indispensável à prática efetiva da democracia, única forma de superar os entraves viscerais ao seu normal funcionamento.

Uma vez que a democracia se assenta na proclamação e reconhecimento da soberania popular, é indispensável

“que os cidadãos tenham não só uma consciência clara, interiorizada e reivindicativa deste título jurídico político que se lhes afirma constitucionalmente reconhecido como direito inalienável, mas

nal nº 7, também de 15 de agosto do mesmo ano, veio extinguir a garantia de que a navegação de cabotagem e interior no Brasil fosse, salvo caso de necessidade pública, privativa de embarcações nacionais, pelo que *não há mais óbice constitucional a que seja feita por embarcações estrangeiras*; além disto, suprimiu a exigência de que os armadores, os proprietários, o comandante e pelo menos dois terços dos tripulantes *de nossas próprias embarcações* fossem brasileiros (espantosa a minúcia dos interesses alienígenas em excluir até mesmo a cláusula que estabelecia deveriam ser brasileiros dois terços dos tripulantes de nossas próprias embarcações). (c) A de nº 8, da mesma data das anteriores, veio para eliminar a previsão de que a exploração de serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações fossem explorados diretamente pela União ou por concessão a pessoa sob controle acionário estatal. (d) A de nº 9, também da mesma data, para flexibilizar as disposições relativas ao monopólio estatal do petróleo.

<sup>6</sup> Sem embargo, os que acedem ao Poder, esmeram-se na tendência inversa. Valendo-se de meios próprios e impróprios, que outrora combatia, após ingentes esforços junto ao Legislativo, o Presidente Fernando Henrique Cardoso conseguiu fazer passar emenda constitucional em proveito próprio: a da reelegibilidade para os atuais ocupantes da Chefia do Executivo. Completará, assim, neste particular,

que disponham das condições indispensáveis para poderem fazê-lo valer de fato. Entre estas condições estão, não apenas (a) *as de desfrutar de um padrão econômico-social acima da mera subsistência (sem o que seria vã qualquer expectativa de que suas preocupações transcendam as da mera rotina da sobrevivência imediata)*, mas também, as de efetivo acesso (b) à educação e cultura (*para alcançarem ao menos o nível de discernimento político traduzido em consciência real de cidadania*) e (c) à *informação, mediante o pluralismo de fontes diversificadas (para não serem facilmente manipuláveis pelos detentores dos veículos de comunicação de massa)*<sup>7</sup>.

Uma vez reconhecido que nos Estados apenas formalmente democráticos o jogo espontâneo das forças sociais e econômicas não produziu, nem produz por si mesmo – ou ao menos não o faz em prazo aceitável – as transformações indispensáveis a uma real vivência democrática, resulta claro que, para eles, os ventos neoliberais, soprados de países cujos estádios de desenvolvimento são muito superiores, não oferecem as soluções acaso prestantes nestes úl-

tra paridade com dois outros seus confrades sul-americanos que também fizeram aprovar emendas da mesma natureza: os srs. Fujimori (Peru) e Menem (Argentina), os quais, tal como ele, desenvolvem políticas ao gosto dos organismos internacionais controlados pelos países cêntricos, sendo-lhes conveniente que permaneçam no poder o máximo de tempo possível. Note-se que, desde a primeira Constituição Republicana, todas, com exceção da Carta da Ditadura de 1937, proibiam a reeleição do Presidente, perfeitamente cômicas do risco dos Chefes de Executivo usarem seus formidáveis poderes para assegurar-se a continuidade no mandato sucessivo. Foi o que bem anotou Geraldo Ataliba: “Aliada, portanto, à temporariedade dos mandatos executivos encontra-se, no Brasil, a consagração tradicional do princípio da não reeleição dos seus exercentes. Querem, destarte, as instituições assegurar que a formidável soma de poderes que a república presidencialista põe nas mãos do Chefe do Executivo seja toda ela empregada no benefício da função e jamais em benefício próprio. Não é por outra razão que tal função designa-se no discurso político, por magistratura, dada a impessoalidade e imparcialidade que hão de caracterizar o comportamento do seu titular.” (*República e Constituição*. Revista dos Tribunais, 1985. – grifo do autor).

<sup>7</sup> *Representatividade e democracia*. P. 46. Observe-se que, entre nós, os veículos de comunicação a que a esmagadora maioria da população verdadeiramente acede são o rádio e a televisão. Daí que a

timos. Valem, certamente, como advertência contra excessos de intervencionismo estatal ou contra a tentativa infrutífera de fazer do Estado um eficiente protagonista estelar do universo econômico. Sem embargo, nos países que ainda não alcançaram o estágio político cultural requerido para uma prática real da democracia, o Estado tem de ser muito mais que um árbitro de conflitos de interesses individuais.

Cumprir ter presente que acentuadas disparidades econômicas entre as camadas sociais, que já foram superadas em outros países, *inclusive mediante ação diligente do Estado*, persistem em todos aqueles de insatisfatória realização democrática. Nestes, a péssima qualidade de vida de vastos segmentos da sociedade, bloqueia-lhes o acesso àquele “mínimo de cultura política” a que se reportava Biscaretti Di Ruffia. Assim, seria descabido imaginar que o papel do Estado pode ser o mesmo em quaisquer deles.

De fato, para engendrar os requisitos condicionais ao funcionamento normal da democracia ou promover-lhes a expansão, o Estado não tem alternativa senão a de se constituir em um decidido agente transformador, o que supõe, diversamente do que hoje pode ocorrer nos países que já ultrapassaram esta fase, um desempenho muito mais participante, notadamente no suprimento dos recursos sociais básicos e no desenvolvimento de uma política promotora das camadas mais desfavorecidas.

Na medida em que suas instituições e prática estejam voltadas a este efeito transformador, caberia qualificá-las como Estados *em transição para a democracia*. Entretanto, se, em despeito do formal obséquio que lhe prestem através das correspondentes instituições clássicas, deixarem de consagrar-se à instauração das condições propiciatórias de uma real vivência e consciência de cidadania, não se lhes poderá reconhecer sequer este caráter.

Ademais, contrariamente ao que pode suceder, e vem sucedendo nos Estados substanci-

força, não apenas informativa, mas também aliciadora ou persuasiva, que possuem é incontrastável. Assim, não por acaso, em contradita frontal às Constituições e às leis, concessões de rádio e televisão são outorgadas sem um procedimento licitatório prévio; distribuídas como favor. Acresça-se que uma única emissora de televisão detém índices de audiência esmagadores, o que lhe proporciona, com uma tecnologia de Primeiro Mundo sobre cabeças do Terceiro Mundo, modelar, a seu talento, a opinião e o pensamento do cidadão comum.

almente democráticos, naqueles outros que ainda estão em caminho de sê-lo, quaisquer transigências com a rigidez do princípio da legalidade, quaisquer flexibilizações do monopólio legislativo parlamentar, seriam comprometedoras deste rumo.

É que toda concentração de poder no Executivo, assim como qualquer indulgência em relação a suas pretensões normativas, constituem-se em substancial reforço ao autoritarismo tradicional, solidificam uma concepção paternalista do Estado – identificado com a pessoa de um “Chefe” – e alimentam a tendência popular de receber com naturalidade e esperançoso entusiasmo soluções caudilhescas ou messiânicas.

Em uma palavra: atribuir ao Executivo – órgão estruturado em torno de uma chefia unipessoal – poderes para disciplinar relações entre administração e administrados é, nos países de democracia ainda imatura, comportamento que em nada concorreria para a formação de uma consciência valorizadora da responsabilidade social de cada qual (que é a própria exaltação da cidadania) ou para encarecer a importância básica de instituições impessoalizadas como instrumento de progresso e bem-estar de todos. Contrariamente, serviria apenas para reconfirmar a anacrônica relação soberano-súdito<sup>8</sup>.

Assim, em despeito da generalizada tendência mundial de transferir ao Executivo poderes substancialmente legislativos, ora de maneira explícita e sem reбуços, como se fez na França (e logo acomodada pelos teóricos em uma eufêmica reconstrução do princípio da legalidade), ora mediante os mais variados expedientes ou através de acrobáticas interpretações dos textos constitucionais, nos Estados que ainda carecem de uma experiência democrática sólida, a acolhida destas práticas não é compatível com a democracia, ainda que tal fenômeno haja

---

<sup>8</sup> Assim, *exempli gratia*, o atual Chefe do Poder Executivo brasileiro – no passado, havido como um “intelectual progressista” e hoje associado politicamente com expoentes da ditadura que dantes combatia – não se constrangeu em expedir uma “medida provisória” à cada 19 horas, conforme registro feito há alguns meses pela Revista *Veja*. Nisto contribuiu eficazmente para a crescente desmoralização das instituições democráticas entre nós, tanto mais porque ditas medidas têm sido visivelmente inconstitucionais, por ausentes os pressupostos de sua válida produção.

sido suscitado – reconheça-se – por razões objetivas poderosas, tanto que se impuseram generalizadamente.

## 2. A crise dos instrumentos clássicos da democracia

O tópico do fortalecimento do Poder Executivo, e correlato declínio do Legislativo, suscita reflexões que concernem *genericamente* ao tema das relações entre Estado e democracia, extravasando em muito o âmbito das considerações feitas quanto à especificidade de suas repercussões imediatas nos países onde ainda é débil o enraizamento social da democracia.

É sabido que, em despeito da importância atribuível ao Parlamento na história da democracia, importância esta correlata ao declínio do poder monárquico, o Executivo, sucessor do rei, cedo começou a recuperar, em detrimento óbvio das Casas Legislativas e, pois, de um dos pilares da democracia clássica, os poderes normativos que lhe haviam sido retirados<sup>9</sup>. É certo, sem dúvida, que, na presente quadra histórica, poderosas e objetivas razões vêm concorrendo crescentemente para isto.

Desde que o Estado, por força da mudança de concepções políticas, deixou de encarar a realidade social e econômica como um dado, para considerá-la como um objeto de transformação, sua ação intervencionista operada por via da Administração e traduzida não só em aprofundamento, mas sobretudo em alargamento de suas missões tradicionais, provocaria, como tão bem observou Ernst Forsthoff, uma insuficiência das técnicas de proteção das liberdades e de controle jurídico, as quais haviam sido desenvolvidas sob o signo do Estado liberal<sup>10</sup>.

Acresce que, inobstante ameacem vingar e prevalecer concepções neo-liberais, nem por isto reduzir-se-á a intensificação de um controle do Estado sobre a atividade individual. É que o progressivo cerceamento da liberdade dos indivíduos, tanto como o fortalecimento do Poder Executivo, arrimam-se também em razões independentes das concepções ideológi-

---

<sup>9</sup> Notável a este respeito é o estudo desenvolvido por Santa Maria Pastor, em seu *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid : Editorial Centro de Estudio Ramon Areces. 1998. v.1, p 690-714.

<sup>10</sup> *Traité de Droit Administratif Allemand*. Tradução da 9. Ed. alemã por Michel Fromont. Bruxelles : Établissements Émile Bruyant, p.126-127 e133.

cas sobre as missões reputadas pertinentes ao Estado. Um outro fator de extrema relevância – o progresso tecnológico – igualmente concorreu e concorre de modo inexorável para estes mesmos efeitos.

Deveras, o extraordinário avanço tecnológico ocorrido neste século, a conseqüente complexidade da civilização por ele engendrada e, correlatamente, o caráter cada vez mais técnico das decisões governamentais, aliados à tendência recente da formação de grandes blocos político-econômicos formalizados, quais mega-Estados, conspiram simultaneamente contra o monopólio legislativo parlamentar e, possivelmente, a médio prazo, até mesmo contra as liberdades individuais. Senão, vejamos.

Sabidamente, como resultado da evolução tecnológica, as limitadas energias individuais se expandiram enormemente, com o que ampliou-se a repercussão coletiva da ação de cada qual, dantes modesta e ao depois potencialmente desastrosa (pelo simples fato de exponenciar-se). Em face disto, emergiu como imperativo inafastável uma ação reguladora e fiscalizadora do Estado muito mais extensa e intensa do que no passado. Notoriamente, o “braço tecnológico” propiciou gerar, em escala macroscópica, contaminação do ar, da água, poluição sobre todas as formas, inclusive sonora e visual, devastação do meio ambiente, além de ensejar saturação dos espaços, provocada por um adensamento populacional nos grandes conglomerados urbanos, evento, a um só tempo, impulsionado e tornado exequível pelos recursos conferidos pelo avanço tecnológico. Tornou-se, pois, inelutável condicionar e conter a atuação das pessoas físicas e jurídicas dentro de pautas definidas e organizadas, seja para que não se fizessem socialmente predatórias, seja para acomodá-las a termos compatíveis com um convívio humano harmônico e produtivo.

Em suma: como decorrência do progresso tecnológico engendrou-se um novo mundo, um novo sistema de vida e de organização social, consentâneos com esta realidade superveniente. Daí que o Estado, em conseqüência disto, teve que disciplinar os comportamentos individuais e sociais muito mais minuciosa e extensamente do que jamais o fizera, passando a imiscuir-se nos mais variados aspectos da vida individual e social.

Este agigantamento estatal manifestou-se sobretudo como um agigantamento da administração, tornada onipresente e beneficiária de

uma concentração de poder decisório que desbalanceou, em seu proveito, os termos do anterior relacionamento entre Legislativo e Executivo. Com efeito, este último, por força de sua estrutura monolítica (chefia unipessoal e organização hierarquizada), é muito mais adaptado para responder com presteza às necessidades diurnas de governo de uma sociedade que vive em ritmo veloz e cuja eficiência máxima depende disto. Ademais, instrumentado por uma legião de técnicos, dispõe dos meios hábeis para enfrentar questões complexas cada vez mais vinculadas a análises desta natureza e que, além disto, precisam ser formuladas com atenção a aspectos particularizados ante a diversidade dos problemas concretos ou de suas implicações polifacéticas, cujas soluções *dependem de análises técnicas* – e não apenas políticas.

### 3. Tentativas de resposta à crise da democracia

Estes fatores convulsionantes do quadro clássico da democracia (e não apenas da democracia liberal) *suscitaram respostas tendentes a neutralizar, ao menos parcialmente*, os riscos oriundos da transferência de poderes do Legislativo para o Executivo e da maior exposição, individual ou coletiva dos cidadãos, a um progressivo cerceamento das liberdades.

A disseminação do parlamentarismo terá sido, possivelmente, o meio de que as sociedades mais evoluídas lançaram mão, *na esfera política*, para minimizar as conseqüências do fortalecimento do Executivo. Os Estados Unidos da América do Norte constituem-se em exceção confirmadora da regra. Com efeito, ainda dentro dos quadros tradicionais de organização política, não havendo irrompido outras fórmulas de estruturação democrática do Poder e ante a presumida impossibilidade de deter utilmente a aludida transferência de atribuições do Legislativo para o Executivo, a solução terá sido transformar este último em delegado daquele. Ou seja: se o Executivo, armado agora de formidáveis poderes, atuar descomedidamente, em descompasso com o sentimento geral da coletividade, é simplesmente derrubado. Ou seja: converte-se o Parlamento, acima de tudo, em um organismo dotado do mais formidável poder de veto: o veto geral; portanto, uma inversão radical, do modesto e provisório poder de veto típico do Executivo.

*Na esfera administrativa*, ganha relevo crescente o procedimento administrativo, obrigan-

do-se a administração a formalizar cuidadosamente todo o itinerário que conduz ao processo decisório. Passou-se a falar na “jurisdicionalização” do procedimento administrativo (ou processo, como mais adequadamente o denominam outros), com a ampliação crescente da participação do administrado no *iter* preparatório das decisões que possam afetá-lo. Em suma: a contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do “modus procedendi” da Administração.

Outrossim, no âmbito processual, mas com as mesmas preocupações substanciais de defesa dos membros da sociedade contra o poder do Estado, surge o reconhecimento e proteção dos chamados “interesses difusos” ou “direitos difusos”, os quais, em última instância, ao nosso ver, não passam, quando menos em grande número de casos, de uma dimensão óbvia dos simples direitos subjetivos. De fato, não há sentido algum em conceber estes últimos com visão acanhada, presa a relações muito típicas do direito privado, inobstante categorizado como noção pertinente à teoria geral do direito.

#### 4. Insuficiência dos meios concebidos para salvaguarda dos ideais democráticos

Os valiosos expedientes a que se vem aludir minimizaram, mas não elidiram, a debilitação dos indivíduos perante o Estado, assim como o enfraquecimento da interação entre os cidadãos e o Poder Público.

O certo é que entre a lei e os regulamentos do Executivo, hoje avassaladoramente invasivos de todos os campos (nada importando quanto a isto que hajam sido autorizados expressamente ou resultem da generalidade das expressões legais que os ensejam), há diferenças extremamente significativas que, no caso dos regulamentos, repercutem desfavoravelmente tanto no controle do poder estatal quanto na suposta representatividade do pensamento das diversas facções sociais. Estas diferenças, a seguir referidas, ensejam que as leis ofereçam aos administrados garantias muitas vezes superiores às que poderiam derivar unicamente das características de abstração e generalidade também encontradas nos regulamentos.

Deveras, as leis provêm de um órgão colegial – o Parlamento – no qual se congregam várias tendências ideológicas, múltiplas facções políticas, diversos segmentos representativos do espectro de interesses que concorrem na vida

social, de tal sorte que este órgão do Poder se constitui em verdadeiro cadinho onde se mesclam distintas correntes. Daí que o resultado de sua produção jurídica termina por ser, quando menos em larga medida, fruto de algum contemperamento entre as variadas tendências. Até para a articulação da maioria requerida para a aprovação de uma lei, são necessárias transigências e composições, de modo que a matéria legislada resulta como o produto de uma interação, ao invés da mera imposição rígida das conveniências de uma única linha de pensamento.

Com isto, as leis ganham, ainda que em medidas variáveis, um grau de proximidade em relação à média do pensamento social predominante muito maior do que ocorre quando as normas produzidas correspondem à simples expressão unitária da vontade comandante do Executivo, ainda que este também seja representativo de uma das facções sociais, a majoritária. É que, afinal, como bem observou Kelsen, o Legislativo, formado segundo o critério de eleições proporcionais, ensejadoras justamente da representação de uma pluralidade de grupos, inclusive de minorias, é mais democrático que o Executivo, ao qual se acede por eleição majoritária ou, no caso do Parlamentarismo, como fruto da vitória eleitoral de um partido. Daí que os regulamentos traduzem uma perspectiva unitária, monolítica, da corrente ou das coalizões partidárias prevalentes.

Além disso, o próprio processo de elaboração das leis, em contraste com o dos regulamentos, confere às primeiras um grau de controlabilidade, confiabilidade e imparcialidade muitas vezes superior ao dos segundos, ensejando, pois, aos administrados um teor de garantia e proteção incomparavelmente maiores.

É que as leis se submetem a um trâmite graças ao qual é possível o *conhecimento público* das disposições que estejam a caminho de serem implantadas. Com isto, evidentemente, há uma fiscalização social, seja por meio da imprensa, de órgãos de classe, ou de quaisquer setores interessados, o que, sem dúvida, dificulta ou embarga eventuais direcionamentos incompatíveis com o interesse público em geral, ensejando a irrupção de tempestivas alterações e emendas para obstar, corrigir ou minimizar tanto decisões precipitadas quanto propósitos de favorecimento ou, reversamente, tratamento discriminatório, gravoso ou apenas desatento ao justo interesse de grupos ou segmentos sociais, econômicos ou políticos. Ade-

mais, proporciona, ante o necessário trâmite pelas Comissões e o reexame pela Casa Legislativa revisora, aperfeiçoar tecnicamente a normatização projetada, embargando, em grau maior, a possibilidade de erros ou inconveniências provindos de açodamento. Finalmente, propicia um quadro normativo mais estável, a bem da segurança e certeza jurídicas, benéfico ao planejamento razoável da atividade econômica das pessoas e empresas e até dos projetos individuais de cada qual.

Já os regulamentos carecem de todos estes atributos e, pelo contrário, ensancham as mazelas que resultariam da falta deles. Opostamente às leis, os regulamentos são elaborados em círculo restrito, fechado, desobrigados de qualquer publicidade, libertos, então, de qualquer fiscalização ou controle da sociedade ou mesmo dos segmentos sociais interessados na matéria. Sua produção se faz em função da diretriz estabelecida pelo Chefe do Governo ou de um grupo restrito, composto por seus membros. Não necessita passar, portanto, pelo embate de tendências políticas e ideológicas diferentes. Sobre mais, irrompe da noite para o dia e assim também pode ser alterado ou suprimido.

*Tudo quanto se disse dos regulamentos em confronto com as leis, deve-se dizer – e com muito maior razão – das medidas provisórias, sobretudo tal como utilizadas no Brasil, isto é, descompasso flagrante com seus pressupostos constitucionais e com a teratológica reiteração delas.*

## 5. Possível agravamento da crise da democracia

Ao que foi dito cumpre acrescentar – e é este possivelmente o aspecto mais importante – que, na atualidade, está ocorrendo um *distanciamento cada vez maior entre os cidadãos e as instâncias decisórias que lhes afetam diretamente a vida*. A claríssima tendência à formação de blocos de Estados, de que a Europa é a mais evidente demonstração, por exibir um estágio qualitativamente distinto das ainda prodrômicas manifestações, mal iniciadas em outras partes, revela o surgimento de fórmulas políticas organizatórias muito distintas das que vigoraram no período imediatamente anterior e, como dito, um distanciamento quase que inevitável entre o cidadão e o Poder. Com efeito, as decisões tomadas pelos Conselhos de Ministros Europeus (os quais não são investidos

por eleições para este fim específico) possivelmente afetam de maneira mais profunda a vida de cada europeu do que as tomadas pelos respectivos Parlamentos nacionais, isto é, pelos que receberam mandato expresso para lhes regerem os comportamentos (O chamado “Parlamento Europeu”, distintamente do que o nome sugere *não é* um órgão legislativo).

Procederia concluir que um número cada vez menor de pessoas decide sobre a vida de um número cada vez maior delas e que os modelos tradicionais, sobre os quais se assentou e se procurou assegurar a democracia, estão se esgarçando. Os valores liberdade, igualdade, assim como a realidade da soberania popular (que se pretendeu traduzir nas formas institucionais da democracia representativa), encontram-se, hoje, provavelmente, muito mais resguardados enquanto *valores incorporados à cultura política do ocidente desenvolvido* do que propriamente pela eficiência dos vínculos formais das instituições jurídico-políticas. Dito de outro modo: a convicção generalizada de que liberdade e igualdade são bens inestimáveis atua como um freio natural sobre os governantes e permite que a positividade concreta de tais valores se mantenha ainda incólume, conquanto as instituições concebidas para assegurá-los já não possuam mais as mesmas condições de eficácia instrumental que possuíram.

Para usar uma imagem exacerbada, é como se já houvesse se iniciado uma caminhada em direção a um “despotismo esclarecido”.

Poder-se-ia entender que os valores próprios da democracia encontram-se tão profundamente enraizados na consciência coletiva de *sociedades politicamente mais evoluídas* que se constituiriam em estágio já *definitivamente incorporado*, tornando insensível a possibilidade de qualquer retrocesso, independentemente da intrínseca eficiência das instituições concebidas para lhes oferecer o máximo de respaldo.

Nada garante, entretanto, o otimismo desta suposição. Ainda permanece verdadeira a clássica asserção de Montesquieu: “todo aquele que tem poder tende a abusar dele; o poder vai até onde encontra limites”<sup>11</sup>. A História da humanidade, inobstante a progressiva evolução em todos os campos, confirma, tanto quanto fatos e episódios ainda muito recentes, que a prevalência de idéias generosas ou o sepultamento de discriminações odiosas e preconceitos de toda ordem mantém correlação íntima com as

<sup>11</sup> De l' esprit des lois. Paris :Garnier 1869. P.142.

situações coletivas de bem-estar e segurança. E duram tanto quanto duram estas.

No patamar do humano existem algumas constantes de comportamento social comuns à generalidade da esfera animal. Tal como os irracionais, que, uma vez saciados, convivem bem com as demais espécies e, inversamente, agriem quando tangidos pela fome ou acicatados pelo temor, também as coletividades humanas, quando ameaçadas pela presumida insegurança ou pelo risco ao seu bem-estar, substituem suas convicções e ideais mais elevados pelas pragmáticas (e já agora especificamente humanas) racionalizações e atacam com zoológica violência. Surtos de racismo, de rechaço ao estrangeiro, de nacionalismo exacerbado, de inconformismo com as levas migratórias advindas de um refluxo do colonialismo ou simplesmente da descomposição política, econômica ou social de outras sociedades – quaisquer deles já prenunciados nas tendências de grupos políticos ou sociais em algumas sociedades européias – tanto como o recente e devastador consórcio bélico dos principais Estados desenvolvidos contra um país árabe, o Iraque (cujo ditador, quanto a isto, em nada é diferente dos demais, distinguindo-se deles apenas em que se revela mais resistente aos interesses das grandes potências e mais preocupado na defesa dos pertinentes ao próprio País), demonstram exemplarmente a precariedade das idéias que não se encontrem alicerçadas, simultaneamente, em interesses e em instituições formais hábeis para mantê-las consolidadas.

À vista deste panorama, ainda incipiente, mas desde logo preocupante, é difícil prever, nestes umbrais do próximo milênio, o que seus albores reservam para a sobrevivência da democracia e,  *muito mais, portanto, para as possibilidades dos países subdesenvolvidos acederem às condições propiciatórias de uma democracia substancial*. É que os subdesenvolvidos têm sido e são, naturalmente, meros peões no tabuleiro de xadrez da economia e, pois, da política internacional; logo, por definição, sacrificáveis para o cumprimento dos objetivos maiores dos que movem as peças.

## 6. Globalização e neoliberalismo: novos obstáculos à democracia

Talvez se possa concluir, apenas, que as condições evolutivas para aceder aos valores substancialmente democráticos, como igualdade real e não apenas formal, segurança social,

respeito à dignidade humana, valorização do trabalho, justiça social (todos consagrados na bem concebida e mal-tratada Constituição Brasileira de 1988), ficarão cada vez mais distantes à medida que os governos dos países subdesenvolvidos e dos eufemicamente denominados em vias de desenvolvimento – em troca do prato de lentilhas constituído pelos aplausos dos países cêntricos – entreguem-se incondicionalmente à sedução do canto de sereia proclamador das excelências de um desenfreado neoliberalismo e de pretensas imposições de uma idolatrada economia global. Embevecidos narcisisticamente com a própria “modernidade”, surdos ao clamor de uma população de miseráveis e desempregados, caso do Brasil de hoje, não têm ouvidos senão para este cântico monócórdio, monolítica e incontrastavelmente entoado pelos interessados.

Diga-se de passagem que é incorreta a suposição de que tanto a chamada “globalização da economia” (com as feições que, indevidamente, se lhe quer atribuir como inerências), quanto o “neoliberalismo”, constituam-se simplesmente em um estágio evolutivo determinado tão só por transformações econômicas *inevitáveis* e, conseqüentemente, que encampá-las nada mais significa senão adotar uma atitude racional de atualização do pensamento para mantê-lo conformado ao que há de incoercível no desenvolvimento histórico. Esta forma de “interpretar” o fenômeno presente é – como freqüentemente ocorre – apenas uma forma astuciosa de valorizar o próprio ideário e de desacreditar, por antecipação, as contestações que se lhes possam fazer. É que traz consigo, implícita, ou mesmo explicitamente, a prévia qualificação dos que se lhe oponham, como ultrapassados (“dinossauros”).

Em rigor, elas nada mais são que “teorizações” pobres, racionalizações, elaboradas para justificar interesses meramente políticos – e destarte *contendíveis* – dos países cêntricos e das camadas economicamente privilegiadas, em cujo bojo e proveito foram gestadas. Com efeito, o modesto acervo de idéias atualmente difundidas “sub color” de verdade científica universal nada mais é que o *uso de nomenclaturas novas encobridoras de experiências velhas, destinadas a consagrar um simples movimento* de retorno, *quando menos parcial, ao século passado, ao statu quo precedente à emergência do chamado Estado Social de Direito ou Estado Providência*.

Relembremos que a partir de meados do século XIX e sobretudo no início do atual irrompeu e expandiu-se um movimento de inconformismo das camadas sociais mais desfavorecidas cujas condições de vida, como é notório, eram extremamente difíceis. Fazendo eco a tais eventos, eclodiram, no campo das idéias e sucessivamente das realizações políticas, manifestações, de maior ou menor radicalismo, ponto de origem de duas diversas vertentes – comunismo e social democracia – insurgentes ambas contra o quadro político social da época.

O Manifesto Comunista (1848) e assim também ulteriormente Encíclicas papais (“Rerum Novarum”, 1891, “Quadragesimo Anno”, 1931) são expressivas de uma visão então crítica e renovadora. Os resultados concretos deste panorama de insurgência, em suas duas vertentes, foram, respectivamente, de um lado, a Revolução Comunista de 1917 e implantação de tal regime na Rússia e, de outro a expansão da social democracia. Em sintonia com esta segunda vertente, consagraram-se, pois, pela primeira vez, em Texto Constitucional, os “Direitos Sociais”, na Constituição mexicana, também de 1917 e ao depois na Constituição alemã de Weimar em 1919, disseminando-se pelo mundo a acolhida de tais direitos, de tal sorte que a preocupação em fazer do Estado um agente de melhoria das condições das camadas sociais mais desprotegidas expande-se ao longo de todo o século presente, explicando porque passou a ser referido como Estado Social de Direito ou Estado Providência. De outra parte, o regime comunista, ano a ano se alastrava, implantando-se em novos países. Paralelamente, o colonialismo e seu sucessor, o imperialismo das grandes potências do Ocidente, inicia um processo de agonia, lenta, mas contínua, afligido também por censuras crescentes ao excessivo desequilíbrio entre as nações (Encíclicas “Mater et Magistra”, 1961, “Pacem in Terris”, 1963 e “Populorum Progressio”, 1967).

Foi, desde o início, o temor de que se expandisse a concepção comunista – radicalmente antitética à sobrevivência do capitalismo – com sua capacidade de atrair as massas insatisfeitas, ou quando menos de alimentar os ativistas que as mobilizavam, o que forneceu o necessário combustível para a implantação e disseminação do Estado Social de Direito. Com efeito, a História não registra gestos coletivos de ge-

nerosidade das elites para com as camadas mais carentes (ainda que seja pródiga em exemplos dela no plano individual). Ora bem, assim como o receio do comunismo propiciou a irrupção do Estado Providência, sua falência na União Soviética e no Leste Europeu – e sinais precursores de seu declínio no Extremo Oriente – está a lhe determinar o fim.

A simples cronologia dos eventos e das correlatas idéias o demonstram de modo incontendível. O Estado Social de Direito emerge, encerrando o ciclo do liberalismo, quando emerge o comunismo. Tão logo fracassa o comunismo, renascem, *de imediato*, com vigor máximo as idéias liberais, agora “recauchutadas” com o rótulo de “neo”, propondo liminarmente a eliminação ou sangramento das conquistas trabalhistas e direitos sociais, do mesmo passo em que revive o imperialismo pleno e incontestado sob a designação aparentemente técnica de “globalização”. *Não há nisto, como é óbvio, coincidência alguma.* O que há é disseminação de *idéias políticas*, de interesse dos países dominantes e das camadas sociais mais favorecidas. Livres, uns e outros, dos temores e percalços que lhes impuseram as concessões feitas no curso do século presente, empenham-se, agora, ao final dele, em retomar as posições anteriores. Trata-se, como se vê, de um retorno ao mesmo esquema de poder, nos planos interno e internacional, vigente no final do século passado e início deste, sob aplausos praticamente unânimes em ambas as frentes.

No momento, parece que não há mais núcleo algum capaz de contender esta rebarbativa unanimidade que se autolisonjeia com o qualificativo de moderna, categorizando como ultrapassados quaisquer que ainda não hajam renunciado ao trabalho de pensar criticamente. A bipolaridade mundial, dantes existente (mas finda com a implosão da União Soviética), com o confronto de idéias providas dos dois centros produtores de ideologias antagônicas, ensejava, além da área de fricção, de per si desgastadora de seus extremismos, um natural convite à crítica de ambas, na trilha da síntese resultante de tal dialética. A momentânea ausência das condições objetivas para um debate consistente possivelmente é, para os países subdesenvolvidos, um dos piores dramas deste final de milênio e um dos maiores obstáculos a que venham, finalmente, a abicar em regimes efetivamente democráticos.



# A Lei de Diretrizes Orçamentárias e a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento

JAMES GIACOMONI

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. A natureza da Lei de Diretrizes Orçamentárias. 3. As ações de fomento a cargo do Governo Federal. 3.1. Antecedentes históricos. 3.2. As instituições financeiras federais (IFFs). 4. Precisando-se os termos. 4.1. Política de aplicação. 4.2. Agências financeiras oficiais de fomento. 5. Os recursos orçamentários voltados ao fomento. 6. O tratamento dado ao tema nas LDOs. 6.1. Políticas e prioridades. 6.2. Regras. 7. Conclusão.*

## 1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 enriqueceu o direito orçamentário brasileiro com várias inovações importantes, sendo que a exata compreensão de algumas delas vem representando um permanente desafio. A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) é certamente uma dessas novidades. No âmbito da União, desde 1988, foram elaboradas nove LDOs, uma para cada exercício, existindo, ainda, muitas dúvidas sobre a melhor forma de tratar vários de seus conteúdos. Um dos temas, ainda carente de melhor abordagem na LDO, é o da *política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento*. O presente estudo trata o assunto de forma exploratória, tendo como objetivo contribuir para o aperfeiçoamento legislativo deste tema, assim como enriquecer o debate mais amplo que se desenvolve sobre a LDO.

Como preliminar ao estudo específico do tema, faz-se uma ligeira digressão sobre a natureza da LDO, ponto certamente importante para a compreensão da referida norma e de sua eficácia legal. Na seqüência, o trabalho contextualiza a questão das ações de fomento, apresentando breve nota histórica sobre a experiência federal e situando, resumidamente, a atu-

James Giacomoni é Consultor de Orçamentos do Senado Federal e Professor Adjunto do Departamento de Ciências Contábeis e Atuariais da Universidade de Brasília (UnB).

ação das instituições financeiras federais (IFFs). Na seção seguinte, busca-se precisar o entendimento sobre as expressões empregadas na Constituição – *política de aplicação e agências financeiras oficiais de fomento* – condição julgada indispensável para o correto cumprimento da norma. A seguir, descreve-se como o tema em estudo foi tratado em cada uma das LDOs aprovadas. Na conclusão, são apresentadas algumas sugestões com o objetivo de contribuir para os debates sobre o tema, assim como para o próprio processo de aperfeiçoamento das futuras LDOs.

## 2. A natureza da Lei de Diretrizes Orçamentárias

A doutrina orçamentária é palco de uma longuíssima controvérsia sobre a natureza da lei orçamentária. Pode-se reunir as várias posturas teóricas frente a esse debate em três linhas básicas. A primeira, originária da competente doutrina alemã da segunda metade do século passado, defende a existência de valor apenas *formal* na lei orçamentária. A cobrança das rendas públicas e a execução das despesas a cargo do Estado não derivam da lei orçamentária, mas de leis ordinárias – *materiais* –, onde estão verdadeiramente estabelecidos os direitos subjetivos. Por se limitar a prever a arrecadação de tributos criados por leis tributárias e a autorizar a realização de despesas, cuja efetiva execução depende, igualmente, de legislação ordinária, o orçamento não passaria de um “ato administrativo” com a *forma* de lei.

Outra linha doutrinária considera que, ao funcionar como “ato-condição” para a arrecadação de receitas e para a realização das despesas, ou seja, por condicionar o cumprimento das leis ordinárias que tratam de receita e despesa pública, a lei orçamentária tem clara e evidente natureza *material*. Da terceira corrente, fazem parte as teorias que consideram o orçamento como uma lei *sui generis*, com características formais e materiais, ou ainda, como uma “lei de organização”.

Apesar do interesse que tal debate ainda suscita, “deve-se ter presente que o problema da natureza da lei orçamentária é sobretudo de direito positivo” (Buscema e Buscema, 1994, p. 60).

No âmbito do direito orçamentário brasileiro, a opção pela teoria da natureza formal do orçamento vem, pelo menos, desde 1926, com a adoção do chamado “princípio da ex-

clusividade” por meio de emenda à Constituição de 1891. Ao determinar, no § 1º do art. 34, que “As leis de orçamento não podem conter disposições estranhas à previsão da receita e à despesa fixada para os serviços anteriormente criados”, a Constituição acabou por estabelecer claramente o caráter limitado da lei orçamentária no disciplinamento de questões substantivas das finanças públicas.

A nova regra incorporou-se às Constituições outorgadas posteriormente, produzindo, pelo menos, duas conseqüências importantes: a primeira, positiva, significou a eliminação da praga das “caudas orçamentárias” e a segunda, negativa, tem impedido que a lei orçamentária anual discipline questões de interesse para a gestão dos recursos públicos.

A introdução da LDO no âmbito do direito orçamentário brasileiro, a par dos inúmeros outros aspectos objetivos que estão implícitos nesse novo instrumento, induz a que se avalie a natureza da nova lei, de molde a melhor aproveitar suas potencialidades disciplinadoras, com vistas a tornar mais efetiva a própria lei orçamentária anual.

Para efeito desta análise, a LDO apresenta duas características básicas: (i) tem seu conteúdo explicitado na Constituição; e (ii) é uma lei anual, como a própria lei orçamentária. Entre as questões cruciais aqui, estão as seguintes: qual o espaço disciplinador que efetivamente tem a LDO, tendo em vista a legislação ordinária? e como conciliar o tratamento aos conteúdos em face do caráter periódico da lei?

Os outros conteúdos da LDO poderiam ser invocados visando subsidiar esta discussão. Os temas relativos às alterações na legislação tributária e às medidas no âmbito da gestão de pessoal são exemplos ilustrativos do significativo papel que cabe à LDO, além de trazerem reais interrogações sobre o caráter meramente formal da nova norma. A criação da LDO pelo constituinte de 1988 parece suprir a incapacidade normativa da Lei Orçamentária Anual, determinada pelo princípio da exclusividade. Nesse particular, a LDO cumpriria, em parte, papel similar ao desenvolvido no sistema orçamentário italiano pela *lei financeira*<sup>1</sup>, norma aprovada anualmente em paralelo à lei orçamentária.

No que tange ao objeto deste estudo, isto é,

<sup>1</sup> A *legge finanziaria* não está prevista na Constituição Italiana; foi criada pela Lei nº 468, de 1978, e teve ampliado seu conteúdo por meio da Lei nº 362, de 1988.

à política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento, o eficaz tratamento desse tema na LDO depende da compreensão, a mais precisa possível, sobre a margem de ação que esse normativo pode ter no disciplinamento de temática coberta por legislação ordinária e por inúmeros regulamentos técnico-operacionais. Sendo vedado à LDO alterar a legislação substantiva, assim como violar a lógica que preside as políticas operacionais das agências de fomento, cabe utilizar o instrumento como demonstração transparente da ação pública nessa área e como base para seu efetivo controle.

### 3. As ações de fomento a cargo do Governo Federal

#### 3.1. Antecedentes históricos

No Brasil, as ações de fomento às atividades econômicas por parte de instituições do Estado remontam ao início do período imperial com a constituição, em 1808, do Banco do Brasil. Ao longo do século XIX, esta tradicional instituição contou com diferentes graus de participação governamental, funcionando, algumas vezes, como banco de emissão, paralelamente à sua missão comercial. Em 1861, com a finalidade de incentivar a poupança popular, foi criada a Caixa Econômica Federal, cuja expansão pelas antigas províncias começou a se dar ainda durante o Império.

A partir da Proclamação da República, a descentralização político-administrativa levou os Estados a assumirem papel mais ativo no apoio às atividades econômicas, ainda marcadamente vinculadas ao setor primário. Na primeira década do século XX, exemplo importante dessas iniciativas foi o Convênio de Taubaté, firmado em 1906 entre os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, com vistas a organizar, em bases modernas, a produção e a comercialização de café. Já na década de 20, os governos estaduais passam a fomentar as atividades agrícolas por meio da constituição de bancos comerciais. Surgiram, nesse período, o Banco do Estado de São Paulo (1927) e os Bancos dos Estados do Rio Grande do Sul e do Paraná (1928).

Durante a Primeira República, o Governo Federal manteve as mesmas características não-intervencionistas do período imperial, “concedendo ocasionalmente favores especiais aos novos setores por meio de tarifas alfandegárias ou empréstimos” (Baer, Kerstenetzky & Villela, 1973, p. 887).

Foi a partir da década de 30 que se desen-

volveu de forma acelerada a vocação do Estado brasileiro para o fomento às ações econômicas privadas. Datam dos anos 30 iniciativas como a criação de autarquias econômicas com a finalidade de proteção a setores importantes da economia nacional, como café, açúcar, mate, sal e pesca. Em 1937, foi criada a carteira de Crédito Agrícola e Industrial (Creai), do Banco do Brasil, introdutora do financiamento às indústrias nacionais e responsável pelo modelo de financiamento agrícola praticado nas décadas seguintes.

No plano internacional, a busca de mecanismos que evitassem as depressões econômicas e que possibilitassem a recuperação da economia mundial no pós-Segunda Guerra trouxe, como um dos resultados da reunião realizada em 1944 em Bretton Woods, a criação do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (Bird) ou Banco Mundial, instituição que se responsabilizou, ao longo do tempo, por fluxos significativos de recursos voltados a projetos de desenvolvimento no Brasil.

Após a Segunda Guerra Mundial, o País iniciou o processo de industrialização marcado por grande dinamismo. Constituído em 1952, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) teve papel destacado nesse esforço, responsabilizando-se pela mobilização de recursos e, inicialmente, pelo financiamento aos setores públicos encarregados da infra-estrutura. Caracterizada a carência de recursos para investimentos no âmbito empresarial, o BNDE passou, nas décadas seguintes, a ser o principal financiador de projetos industriais no País, viabilizando linhas de crédito de longo prazo e de baixo custo.

Como instrumento da política de desenvolvimento das regiões mais atrasadas, o Governo federal, ainda na década de 50, introduziu o mecanismo dos incentivos fiscais, adotando, como braços financeiros nessas regiões, o Banco do Nordeste do Brasil (BNB), constituído em 1952, e o Banco de Crédito da Amazônia (BCA), sucessor em 1950 do Banco do Crédito da Borracha (BCB). Em 1966, o BCA é transformado no Banco da Amazônia S.A. (Basa).

A partir dos anos 60, o modelo de desenvolvimento econômico baseado na ação indutora e financiadora do Estado se consolidou e se fortaleceu amparado pelo sistema autoritário de governo que assumiu em 1964. A criação do Banco Central (Bacen), em 1965, e do Banco Nacional da Habitação (BNH), em 1964, de fundos de financiamento como o Finame (1964) e o FGTS (1966) e a unificação das 22 Caixas Econômicas Estaduais (1969) exem-

plificam bem as preocupações oficiais com a organização do sistema financeiro e com a criação de mecanismos mobilizadores de poupança para o financiamento de projetos nas áreas econômica e social.

Seguindo esse mesmo figurino, os Estados brasileiros passaram a constituir suas próprias instituições financeiras de fomento, na forma de bancos de desenvolvimento. A instituição pioneira foi o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE), autarquia interestadual criada, em 1961, pelos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Esses três Estados, assim como, praticamente, todos os demais, no decorrer das duas décadas seguintes, criaram seus próprios bancos estaduais de desenvolvimento, com a finalidade principal de repassarem as linhas de financiamento dos bancos federais, em especial, do BNDES.

A crise do modelo de financiamento do Estado brasileiro, bem evidente já no início da década de 80, afetou as instituições financeiras federais de forma intensa e variada. Em primeiro lugar, o esgotamento da capacidade do orçamento federal em gerar poupança, retirou das instituições oficiais de crédito a principal fonte de financiamento dos programas de fomento. Em segundo lugar, as taxas elevadas de inflação e os descompassos entre a correção monetária das fontes de recursos do Sistema Financeiro da Habitação – caderneta de poupança e Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) – e dos saldos devedores das aplicações tornaram inviável o Banco Nacional da Habitação (BNH), que acabou por ser absorvido pela Caixa Econômica Federal, em 1986. Em terceiro lugar, o encerramento, pelo Governo Federal, das operações da “conta-movimento”, por meio da qual eram canalizados importantes subsídios à agricultura, passou a representar, permanentemente, o sacrifício da

rentabilidade do Banco do Brasil.

Apesar dessas limitações, as instituições financeiras federais, como de resto também os bancos privados, no decorrer da década de 80, beneficiaram-se da figura do “imposto inflacionário” como mecanismo garantidor de altas taxas de rentabilidade durante os longos períodos de inflação elevada, que se alternavam com as rápidas fases de estabilização, proporcionados pelos planos econômicos. O resultado das distorções foi o superdimensionamento do sistema financeiro, cuja crescente participação no PIB chegou a alcançar 24,1% em 1989 (Tápias, 1994, p. 105).

Na primeira metade da década de 90, o sistema financeiro desenvolveu grande esforço de ajuste, preparando-se para a estabilidade econômica. A participação do sistema no PIB caiu, em 1993, para 9,3%, o que é uma boa medida do ajuste realizado (Tápias, 1994, p. 105). Sujeito a limitações político-institucionais, o sistema financeiro oficial vem ajustando-se à nova realidade com lentidão e grandes dificuldades. Tome-se como exemplo, a crise do Banco do Brasil e dos bancos estaduais.

### 3.2. As instituições financeiras federais

O segmento das instituições financeiras Federais é constituído pelas seguintes entidades: Banco do Brasil S/A, Caixa Econômica Federal (CEF), Banco de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Banco do Nordeste do Brasil S/A (BNB), Banco da Amazônia S/A (Basa) e Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP)<sup>2</sup>.

Na forma de um rápido perfil das instituições financeiras federais, apresenta-se, na tabela abaixo, alguns dos principais números extraídos do balanço patrimonial e, na seqüência, uma descrição sucinta dos programas de cada instituição, com destaque para as atividades voltadas ao fomento<sup>3</sup>.

INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS FEDERAIS  
(saldos em 31.12.96 das principais contas do balanço patrimonial)

Em R\$ 1.000,00

Instituição Financeira Federal	Operações de Crédito	Ativo Total	Pass. Circ. e Exig. L. P.	Patrimônio Líquido
BNDES/ <sup>a</sup>	32.028.051	46.488.659	36.453.739	10.034.920
Caixa Econômica Federal	46.085.578	94.370.675	90.198.314	4.171.886
Banco do Brasil S.A./ <sup>b</sup>	23.520.458	81.526.747	75.919.253	5.592.213
Banco do Nordeste do Brasil S.A.	2.643.285	4.380.380	3.917.790	434.547
Banco da Amazônia S.A.	196.977	1.032.370	901.435	102.535
Financiadora de Estudos e Projetos	766.995	829.245	478.045	351.200

FONTE: Balanço patrimonial de 31.12.1996.

Notas: <sup>a</sup> Inclui Finame e Bndespar; <sup>b</sup> BB, agências no país e exterior (legislação societária).

<sup>2</sup> No período 1985 a 1997, o Governo Federal controlou o Banco Meridional, instituição sucessora

de tradicionais casas bancárias sediadas no Rio Grande do Sul, estatizado em 1985 com o objetivo de evitar a

## Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)

O BNDES, empresa pública vinculada ao Ministério do Planejamento e Orçamento, é um dos maiores bancos de desenvolvimento do mundo. Possui ativos totais e patrimônio líquido correspondentes, respectivamente, a 8% e 16% do Sistema Financeiro Nacional. Conta com duas subsidiárias: (i) a Finame, destinada a apoiar, com recursos de longo prazo, os projetos de expansão, reequipamento e modernização do parque fabril brasileiro, assim como a financiar a comercialização, no Brasil e no exterior, de máquinas e equipamentos fabricados no País; e (ii) a Bndespar que opera sob a forma de participação societária transitória minoritária junto a empresas que executam projetos considerados prioritários. O valor contábil da carteira de ativos da Bndespar alcança US\$ 10 bilhões.

O banco é o agente executor do Programa Nacional de Privatização desde a criação do PND, em 1990. Nesse período, foram privatizadas 48 empresas e participações acionárias estatais federais, além de seis trechos da Rede Ferroviária Federal S.A., repassados à iniciativa privada por concessão. O total das vendas das empresas estatais alcança US\$ 17,3 bilhões que, somados a US\$ 8,9 bilhões correspondentes às dívidas transferidas para as empresas privadas, elevam o resultado consolidado do processo de privatização até agora a US\$ 26,2 bilhões.

A atuação do BNDES deve ocupar lugar central nos esforços de formulação, na LDO, da política de aplicação das agências oficiais de fomento. Conforme os dados do balanço de 31.12.96 da instituição, dos R\$ 46,4 bilhões que constituem o passivo total, setenta por cento – R\$ 31,1 bilhões – são recursos do PIS-Pasep e do FAT. Além disso, o banco administra três fundos públicos – Fundo de Participação Social, Fundo de Marinha Mercante e Fundo Nacional de Desenvolvimento – cujos ativos totais somam R\$ 5,9 bilhões. No exercício de 1996, o BNDES realizou cerca de 30 mil operações – de forma direta ou por meio da rede de insti-

talência do Banco Sul-Brasileiro. Contando, em 30.4.97, com um patrimônio líquido de R\$ 337,2 milhões e um circulante e exigível de longo prazo de R\$ 2.311,9 milhões, o Banco Meridional foi privatizado através de leilão realizado em 4.12.97.

<sup>3</sup> Os dados e informações foram obtidos junto aos endereços mantidos pelas entidades na Internet.

tuições repassadoras –, desembolsando R\$ 9,7 bilhões.

As modalidades principais de atuação do banco e de suas subsidiárias compreendem: (i) financiamento a investimentos, aquisição e *leasing* de máquinas e equipamentos; (ii) financiamento à exportação de bens e serviços; (iii) operações de capitalização de empresas; (iv) operações de prestação de garantias financeiras, e (v) programas de financiamento setoriais, regionais e sociais. Vale a pena citar alguns dos projetos de infra-estrutura aprovados em 1996 e que se encontram em execução: Gasoduto Brasil–Bolívia, Hidrovia do Rio Madeira, Porto de Sepetiba, Metropolitanos de São Paulo e do Rio de Janeiro e Hidrovia Araguaia–Tocantins. A carteira do Proemprego chegou a contratar, em 1996, financiamentos no valor de R\$ 2 bilhões para projetos em cinco subprogramas: Transporte Coletivo de Massa, Infra-Estrutura para Melhoria da Competitividade, Saneamento Ambiental, Infra-Estrutura para Turismo e Revitalização de Setores Industriais.

## Caixa Econômica Federal

A Caixa Econômica Federal, empresa pública vinculada ao Ministério da Fazenda, é o maior banco do País em ativos (R\$ 90,6 bilhões), empréstimos (R\$ 46,1 bilhões) e depósitos (R\$ 53,2 bilhões), se considerados os dados de 1996. Possui 2.011 pontos de vendas, onde oferece as várias modalidades de serviços típicos de banco comercial. Administra importantes programas oficiais, entre eles, o Programa de Integração Social (PIS), o Salário-Desemprego, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS), o crédito educativo, além de possuir o monopólio das loterias federais.

A instituição possui importante papel no setor do financiamento habitacional (50% das operações de financiamento), no saneamento básico (70% das obras) e na infra-estrutura urbana. No âmbito da habitação popular, a CEF é responsável por 95% dos financiamentos em vigor, responsabilizando-se pela administração do Fundo de Desenvolvimento Social e pelo Fundo de Custeio de Programas de Habitação Popular. Em 1996, após cinco anos de carência na oferta de financiamentos habitacionais, as operações contratadas somaram R\$ 1,5 bilhão, havendo demanda efetiva de contratação de operações no montante de R\$ 4 bilhões ao ano nos próximos dois exercícios. Ainda em

1996, a CEF realizou 997 mil inscrições para as novas linhas de crédito no segmento habitacional e emitiu 242 mil cartas de crédito.

Como agente financeiro do Tesouro Federal, a CEF vem atuando na implementação do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados, compreendendo os seguintes tipos de operações: (i) aquisição de créditos detidos pelo sistema bancário junto aos Estados, (ii) refinanciamento da dívida mobiliária e outras de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal, (iii) financiamento dos programas de desligamento voluntário dos Estados e (iv) apoio à administração fiscal dos Estados. Em 1996, as operações neste segmento alcançaram R\$ 2,4 bilhões.

Com recursos do Orçamento da União, a CEF, por meio dos Programa Pró-Moradia, Habitar Brasil, Programa Ação Social em Saneamento (PASS) e o Programa de Infra-Estrutura (Pró-Infra), financia projetos dos Estados, Distrito Federal e Municípios destinados à melhoria da qualidade de vida da população de baixa renda. Em 1996, no âmbito desses programas foram firmados cerca de 2.350 contratos, no valor total de R\$ 798 milhões. Responsável pela implementação da Política Nacional de Saneamento e Infra-Estrutura Urbana, a Caixa, de 1970 a 1994, liberou recursos da ordem de R\$ 15 bilhões para projetos de abastecimento de água, esgotamento sanitário e drenagem urbana. Em 1996, por meio do Programa Pró-Saneamento, foram realizadas 368 operações com recursos do FGTS, no valor de R\$ 731,2 milhões, beneficiando 1,8 milhões de pessoas.

#### Banco do Brasil S.A.

O Banco do Brasil S.A. é a maior instituição financeira do País e da América Latina. Desenvolvendo estrutura de conglomerado financeiro, o banco possui várias subsidiárias integrais, nas áreas de cartões, corretora, distribuidora de títulos e valores mobiliários, financeira, investimentos e *leasing*. Controla a BBTur e possui participação acionária em cerca de cem empresas nacionais. Conta com cerca de 4.500 pontos de atendimento no país e no exterior, entre agências e postos, onde trabalham 80 mil funcionários.

Como as demais instituições financeiras, o BB vem executando mudanças estruturais nos procedimentos operacionais internos visando adaptar-se à estabilidade econômica. Além do desaparecimento dos ganhos derivados da inflação, o banco tem sofrido com elevadas taxas

de inadimplência, conseqüência das novas regras do crédito sem subsídio. O reconhecimento de significativo volume de créditos em liquidação levou a instituição a encerrar os últimos exercícios com grandes prejuízos: em 1995, o resultado líquido negativo alcançou R\$ 4,2 bilhões e, em 1996, R\$ 7,5 bilhões. O esforço de saneamento da instituição acabou exigindo aporte substancial de recursos do acionista majoritário – União – que, em 1996, subscreveu aumento de capital da ordem de R\$ 6,4 bilhões. Os resultados líquidos positivos dos dois últimos semestres – R\$ 255 milhões no 2º semestre de 1996 e R\$ 287 milhões no 1º semestre de 1997 – parecem sinalizar o início da recuperação do banco.

Afora seu importante papel de mobilizador de recursos destinados ao capital de giro para as atividades econômicas urbanas, o BB se notabilizou como o grande responsável pelo financiamento do setor primário, em particular da agricultura. Na parte relativa ao custeio agrícola, o banco, historicamente, responsabilizava-se por dois terços dos empréstimos; nos últimos exercícios, essa participação vem alcançando 80%.

A partir de 1991, com a nova realidade orçamentária do setor público, os repasses do Tesouro e dos demais fundos das entidades governamentais destinados ao setor passaram a representar menos de 10% dos recursos, sendo que 90% dos empréstimos agrícolas concedidos pelo banco têm por base recursos próprios ou captados no mercado, em particular pela Caderneta de Poupança. Ao lado da implementação de planos de regularização de dívidas, com a reincorporação de produtores ao crédito rural, o BB tem buscado novas fontes de recursos destinados a empréstimos, criado modalidades inovadoras de atuação, como o Programa de Garantia da Atividade Agropecuária (Proagro), a Cédula de Produto Rural (CPR), a Central de Leilão Eletrônico em Bolsas de Mercadorias e os Convênios de Integração Rural (Convir).

O BB responsabiliza-se pela aplicação dos recursos do Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste (FCO), criado em 1989, com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento da região Centro-Oeste, mediante o financiamento a projetos dos setores agropecuário – inclusive reforma agrária –, agro-industrial, industrial e de turismo. Prioritariamente, o fundo busca apoiar empreendimentos realizados por micro e pequenas em-

presas e produtores rurais de pequeno porte. Para o exercício de 1997, o Orçamento da União contempla o FCO com dotação de R\$ 314,6 milhões; no projeto de lei orçamentária para 1998, esses recursos estão estimados em R\$ 289,4 milhões.

### Banco do Nordeste do Brasil

O Banco do Nordeste do Brasil, sociedade de economia mista vinculada ao Ministério da Fazenda, desempenha funções de banco comercial e de desenvolvimento, responsabilizando-se pela execução dos principais programas de financiamento do desenvolvimento da região Nordeste do País. Administra o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste (FNE) e operacionaliza o Fundo de Investimentos do Nordeste (Finor). O banco é agente repassador de recursos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), da Caixa Econômica Federal, da Financiadora de Estudos e Projetos (Finep), do Banco Central, da Empresa Brasileira de Turismo (Embratur) e do Tesouro Nacional. Com base em recursos próprios, o BNB financia projetos na área da pesquisa por meio do Fundo de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, do Fundo de Apoio às Atividades Sócio-Econômicas do Nordeste e do Fundo de Desenvolvimento Regional.

As aplicações totais em 1996 somaram R\$ 2,5 bilhões, oriundos do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste (R\$ 776 milhões), do Fundo de Amparo ao Trabalhador (R\$ 266 milhões), de repasses do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (R\$ 134 milhões), de captações externas regulamentadas pelas Resoluções 63 e 2.148 do Banco Central do Brasil (R\$ 150 milhões) e de captações junto ao mercado. No final de 1996, o saldo das aplicações atingiu R\$ 6,5 bilhões, com crescimento de 34% em relação a 1995.

Além da administração do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste (saldo de operações de R\$ 3,2 bilhões em 31.12.1996) e da operacionalização da carteira de ações e de debêntures do Fundo de Investimento do Nordeste (carteira no valor de R\$ 2,7 bilhões), o BNB programa investir cerca de US\$ 800 milhões, dos quais US\$ 400 milhões oriundos do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), em projetos enquadrados no Programa de Desenvolvimento do Turismo no Nordeste (Prodetur).

### Banco da Amazônia S.A.

O Banco da Amazônia S.A., sociedade de economia mista vinculada ao Ministério da Fazenda, além das operações próprias de banco comercial, opera como banco de desenvolvimento e agente financeiro do Governo Federal na região da Amazônia Legal. É responsável pela operacionalização de dois importantes mecanismos de apoio financeiro ao desenvolvimento regional: o Fundo de Investimento da Amazônia (Finam) e o Fundo para o Desenvolvimento da Região Norte (FNO), em articulação com a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (Sudam). O Basa atua, igualmente, como repassador de recursos de bancos e instituições de fomento do governo federal, especialmente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), da Caixa Econômica Federal, da Financiadora de Estudos e Projetos (Finep), da Empresa Brasileira de Turismo (Embratur) e do Tesouro Nacional.

### Financiadora de Estudos e Projetos

A Financiadora de Estudos e Projetos (Finep), empresa pública vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, completou, em 1997, trinta anos de atuação nas áreas de fomento ao desenvolvimento científico e tecnológico. Nesse período, por meio de recursos reembolsáveis e a fundo perdido, a instituição apoiou a execução de 1.200 projetos e a criação de 1.500 cursos de pós-graduação.

Entre os principais programas da instituição estão os seguintes: (i) Desenvolvimento Tecnológico (ADTEN), dirigido ao financiamento de projetos de empresas relativos ao desenvolvimento, aperfeiçoamento ou absorção de tecnologias de produto, processos e serviços; (ii) Pré-Investimento (AUSC), voltado ao financiamento de estudos, projetos, planos e programas de interesse econômico e social, pela contratação de serviços de empresas de consultoria; (iii) Apoio Tecnológico às Micro e Pequenas Empresas (PATME), voltado ao apoio financeiro às micro e pequenas empresas visando a incorporação de novas tecnologias e o aumento da produtividade e competitividade; (iv) Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (ADCT/FNDCT), voltado à aplicação de recursos do Fundo Nacional do Desenvolvimento Científico e Tecnológico na infra-estrutura de pesquisa no País, desenvolvida por universidades, centros e institutos de

pesquisa e pós-graduação; e (v) Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (ADCT/PADCT), destinado à mobilização de recursos, inclusive externos, destinados a universidades, centros de pesquisas e empresas, visando a ampliação, melhoria e consolidação da competência técnico-científica nacional, em áreas específicas.

As principais fontes de recursos da Finep, com vistas ao atendimento das linhas acima relacionadas, são as seguintes: aportes de capital do Tesouro, dotações orçamentárias do PADCT constantes do orçamento do Ministério de Ciência e Tecnologia, dotações orçamentárias do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), empréstimos internos junto ao Fundo Nacional de Desenvolvimento e ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), empréstimos externos junto ao Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e recursos derivados do retorno de financiamentos. Em 1996, a instituição liberou um total de R\$ 322,5 milhões, dos quais R\$ 227,3 milhões na forma de operações com retorno – R\$ 205,4 milhões de financiamentos e R\$ 21,9 milhões como participação nos resultados – e R\$ 95,2 milhões em operações sem retorno – R\$ 66,8 milhões com recursos do FNDCT e R\$ 28,4 milhões do PADCT<sup>4</sup>.

#### 4. Precisando-se os termos

A Constituição Federal, no art. 165, § 2º, estabelece que a lei de diretrizes orçamentárias, entre outros conteúdos, “*estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento*”. Há, nesta frase, duas expressões cuja correta interpretação é necessária para que se possa observar corretamente a regra constitucional: *política de aplicação de agências financeiras oficiais de fomento*.

##### 4.1. Política de aplicação

Na bibliografia especializada, nos documentos oficiais e, até mesmo, nas normas legais, emprega-se o termo *política* com tantas e variadas conotações, que a interpretação desse dispositivo constitucional é plena de interrogações. Simplificados para o caso em tela, os vários sentidos podem ser sintetizados em dois: *po-*

<sup>4</sup> Dados obtidos em BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Relatório de Atividades MCT, 1986*. Brasília : Ministério da Ciência e Tecnologia, 1997. p. 256.

*lítica* como o conjunto (i) de *regras* que norteiam a ação do Estado e (ii) de *objetivos* pretendidos com a execução dos programas de ação do Estado<sup>5</sup>.

Conforme o exposto inicialmente, não cabe à LDO estabelecer regras instrumentais para as aplicações das IFFs, posto que tal compete à lei ordinária e, dentro desse marco, aos normativos internos de cada instituição. Assim sendo, *política de aplicação* das agências financeiras oficiais de fomento diz respeito, especialmente, aos objetivos concretos que o governo espera alcançar com a aplicação das linhas de fomento. É oportuno ressaltar que tais definições, na LDO, estarão sempre condicionadas pelas disposições da legislação ordinária porventura relacionadas com a matéria.

##### 4.2. Agências financeiras oficiais de fomento

Assim expresso, o dispositivo permite supor que, entre as agências financeiras da União, algumas são de fomento, outras não. Até que ponto é correta essa interpretação? No presente contexto, o verbo *fomentar* tem, segundo o Dicionário Aurélio Eletrônico (V. 2.0), o sentido de “promover o desenvolvimento, o progresso de; estimular; facilitar”etc. Dito assim, não haveria exagero em considerar-se todas as IFFs como agências de *fomento*, pois conveniona-se ser missão do sistema financeiro oficial o apoio às ações e aos projetos ligados ao desenvolvimento econômico e social. Se correta essa interpretação, todas as IFFs estariam enquadradas na regra constitucional em análise.

Não é razoável, entretanto, restringir-se a esse entendimento – por demais extensivo – dado ao conceito de *fomento*. Olhando pelo lado da oferta de recursos, as IFFs operam com variada gama de linhas de financiamento e programas de crédito, envolvendo especialmente: a expansão e modernização de empreendimentos dos setores primário, secundário e terciário, o apoio a projetos de capacitação tecnológica, de infra-estrutura, meio ambiente, saneamento, turismo, habitação, capital de giro, custeio agropecuário, comercialização de produtos, além de crédito à pessoa física. Deve-se

<sup>5</sup> O dicionário eletrônico Aurélio (V.2.0) define assim essas duas conotações para a expressão *política*: “2. Sistema de regras respeitantes à direção dos negócios públicos. 4. Conjunto de objetivos que enformam determinado programa de ação governamental e condicionam a sua execução”.



reconhecer que algumas das operações citadas não são, estrito senso, de *fomento*, enquanto, em outros casos, essa caracterização é mais difícil e problemática.

Como exercício de identificação, poder-se-ia partir de três categorias visando classificar as áreas de atuação das IFFs: fomento, não-fomento e fronteira entre estas duas categorias.

Entre os programas e linhas de crédito de *fomento* estariam enquadrados os que viabilizam os investimentos públicos e privados nas várias áreas e setores da economia. Esses financiamentos, em geral de médio e longo prazos, têm as características de *fomento* por estarem a serviço do esforço de Formação Bruta de Capital Fixo (FBCF). Entre as modalidades de intermediação financeira não voltadas ao fomento classificar-se-iam, pelos menos, as destinadas ao crédito pessoal e ao fornecimento de capital de giro às empresas. Já na fronteira entre essas duas categorias, estariam os programas de financiamento de custeio de atividades e de comercialização agropecuárias e de financiamento às exportações.

Ao aceitar-se, ainda que preliminarmente, esta classificação, percebe-se que as IFFs executam operações nas três categorias citadas. Com o objetivo de eliminar-se as atuais indefinições, a regulação da disposição constitucional sobre as *agências financeiras oficiais de fomento* seria realizada, na lei complementar de que trata o art. 165, § 9º, por meio da definição do que seja operação financeira de fomento.

## 5. Os recursos orçamentários voltados ao fomento

As dúvidas porventura derivadas da imprecisão dos termos e da ausência de definições conceituais não são de molde, entretanto, a atingir todas as modalidades de aplicações a cargo das agências financeiras de fomento. Os recursos constantes de leis orçamentárias e repassados às IFFs para aplicação são, sem nenhuma dúvida, recursos de fomento, merecendo, por isso, disciplinamento na LDO segundo as disposições da Constituição.

Esse ponto é ilustrado com os dados do Anexo I, onde aparecem as dotações constantes do orçamento federal destinadas a financiar atividades e projetos por intermédio das IFFs. O referido levantamento cobre o fomento às atividades econômicas e, mesmo assim, de forma não exaustiva, estando excluídos os recur-

sos oficiais destinados ao financiamento de programas sociais, onde se destacam os repassados pela Caixa Econômica Federal. A identificação e levantamento completo dessas aplicações e linhas fogem do escopo deste trabalho, o que não significa desconsiderá-las, de pronto, como aplicações de fomento.

Os elementos do Anexo I possibilitam considerações úteis para a presente análise. Em primeiro lugar, está a questão do montante de recursos orçamentários, a cada ano destinados ao fomento de atividades econômicas. Mesmo que se considere que, no passado, a poupança pública destinada a apoiar projetos privados alcançava valores bem superiores aos atuais, os recursos destinados, hoje, às ações de fomento econômico não deixam de ser significativos, especialmente se comparados ao montante total dos investimentos diretos realizados no âmbito dos orçamentos fiscal e da seguridade. No projeto de lei orçamentária para 1998, por exemplo, as diversas ações de fomento a cargo das IFFs contam com recursos da ordem de R\$ 7,7 bilhões, enquanto o total alocado no Grupo de Despesa e Investimentos soma valor bastante próximo: R\$ 8,3 bilhões. Nos dois últimos exercícios encerrados – 1995 e 1996 – o montante de recursos aplicados pelas IFFs chegaram a superar as aplicações em investimentos diretos. No caso do exercício de 1996, os recursos orçamentários transferidos para as IFFs mais que dobraram em relação aos investimentos diretos, como consequência da aplicação de R\$ 6,4 bilhões no aumento de capital do Banco do Brasil S/A.

Em segundo lugar, cabe ressaltar a ausência praticamente total de monitoramento ou controle parlamentar sobre o destino desses recursos após sua entrega às IFFs. Apenas as aplicações rotuladas como Operações Oficiais de Crédito reaparecem anualmente na receita, sujeitando-se ao processo orçamentário comum. As demais transferências, na modalidade de inversões financeiras – empréstimos (FAT e Fundos Constitucionais) e aumento de capital (Finep, BNB e BB) –, após o único tratamento orçamentário que sofrem, passam a constituir passivos das IFFs, sobre os quais inexistem, de acordo com o interesse parlamentar, mecanismos institucionalizados de avaliação e controle dos resultados alcançados.

Exceção feita aos recursos das Operações Oficiais de Crédito, cuja reprogramação anual tem na própria lei orçamentária um importante instrumento de acompanhamento e aferição,

as demais aplicações orçamentárias destinadas às IFFs, normalmente caracterizadas pela ausência de transparência quanto aos objetivos pretendidos, estão na dependência de melhor disciplinamento, que deve se dar no âmbito do capítulo da LDO sobre a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

## 6. O tratamento dado ao tema nas LDOs

### 6.1. Políticas e prioridades

Veja-se, agora, como as nove LDOs aprovadas, no nível federal, desde a outorga da Constituição de 1988, tratam o tema da política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. Os dados constantes dos Anexos II e III, apresentados no final deste estudo, estão organizados de forma a possibilitar uma visão de conjunto das questões abordadas, destacando, ao mesmo tempo, os elementos tratados em cada LDO.

No Anexo II, estão listadas as 26 políticas ou prioridades que foram especificamente identificadas nas várias edições da LDO. A questão abordada anteriormente, sobre as dificuldades de compreensão dos termos, está bem exemplificada nas LDOs, em que, quase sempre, os termos *política* e *prioridade* são empregados como sinônimos. As três primeiras LDOs – exercícios de 1990, 1991 e 1992 – demonstram claramente as principais limitações dessa abordagem, que podem ser assim sintetizadas: (i) fixação de grande número de áreas e setores a serem atendidos pelas agências de fomento (por exemplo: 16 em 1991 e 1992); (ii) estabelecimento de políticas e prioridades excessivamente genéricas (por exemplo: “redução das desigualdades intra e inter-regionais” e “proteção ao desenvolvimento de atividades estratégicas para a defesa nacional”); e (iii) ausência total de quantificação e de medidas para os objetivos, com a conseqüente inexistência de amarração entre a disposição legal e o seu cumprimento.

As LDOs relativas aos exercícios de 1993, 1994 e 1995 não apontaram políticas e prioridades específicas, optando por determinar, às agências de fomento, a observância das prioridades constantes do Plano Plurianual (PPA). Foi uma solução de duvidosa eficácia, por duas ordens de razões: em primeiro lugar, são suficientemente conhecidas as limitações do PPA como instrumento de programação e de definição de prioridades e, em segundo lugar, o PPA

é um plano destinado a estabelecer “as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal” (art. 165, § 1º da CF), enquanto que a definição da política de aplicação das agências oficiais de fomento deve considerar as necessidades do desenvolvimento regional e nacional, onde as iniciativas, em boa medida, cabem ao setor privado.

As LDOs para os exercícios de 1996, 1997 e 1998 representaram um avanço em relação às anteriores: cada política/prioridade está associada à uma IFFs específica: Banco do Brasil, BNDES, Caixa Econômica Federal, Banco do Nordeste etc. Esse aperfeiçoamento é, de qualquer forma, insuficiente, pois os objetivos continuaram sendo tratados de forma excessivamente genérica, sem quantificação e sem qualquer base para aferição.

### 6.2. Regras

As várias LDOs, ao lado do estabelecimento de políticas/prioridades, têm fixado algumas regras a serem observadas pelas IFFs. No Anexo III, aparecem relacionadas as sete regras básicas constantes das várias LDOs, duas das quais aprovadas pelo Congresso Nacional e vetadas pelo Poder Executivo. Das sete regras citadas, três sofreram complementação em LDO posterior.

Uma das regras tem estado presente, com variações, em todas as LDOs. Trata-se da exigência de que os “critérios de remuneração dos empréstimos, pelo menos, preservem o valor dos recursos”, ou seja, os encargos de financiamento “não poderão ser inferiores aos custos de captação e de administração, salvo os casos previstos em lei”.

Duas outras regras constaram, cada uma, em seis LDOs. A primeira, com várias complementações, fez parte das LDOs do período 1990 a 1995. Determinava que a mensagem que acompanha o projeto de lei orçamentária anual traria a política de aplicação de cada agência de fomento. Em três dessas LDOs, ficava “vedado ao Tesouro Nacional repassar recursos à agência cuja política não constasse da mensagem”, sendo que na LDO para 1992 esse dispositivo acabou vetado. Igualmente vetada nessa LDO foi a disposição prevendo que a mensagem do Ploa traria a política de aplicação de cada agência detalhada “por região, Estado e Município”. No período 1993 a 1995, as LDOs alteraram em parte o sentido da regra, estabelecendo que a “mensagem que acompanha o Ploa deverá demonstrar a proporção

de recursos destinados às prioridades”.

As LDOs dos últimos seis exercícios vêm estabelecendo que “a concessão de empréstimos a Estado, Distrito Federal e Município, inclusive suas entidades da administração indireta, fica condicionada a que elas não estejam inadimplentes com a União e seus órgãos da administração indireta”. Nas últimas cinco LDOs, a exigência de adimplência foi estendida, também, com relação ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

O processo de elaboração da LDO para o exercício de 1998, há pouco finalizado, manteve as regras tradicionais relativas (i) à preservação do valor dos recursos captados pelas agências de fomento e (ii) à necessidade de adimplência por parte das unidades da Federação candidatas aos financiamentos, e buscou inovar por meio da proposição de três novas regras, duas delas vetadas pelo Presidente da República. As disposições vetadas estabelecem (i) que “os bancos de desenvolvimento federais e seus agentes financeiros adotarão políticas de fomento destinadas a privilegiar os segmentos das micro, pequenas e médias empresas, de forma que, no mínimo, sessenta e cinco por cento do total de seus recursos sejam a eles concedidos, desde que haja demanda habilitada” e (ii) a vedação da “utilização de recursos das agências financeiras oficiais de fomento para concessão de empréstimos ou financiamentos a empresas com a finalidade de integrar o processo de privatização”.

A terceira regra estabelece que “a programação orçamentária dos recursos destinados às agências oficiais de fomento será detalhada de forma a possibilitar a verificação do cumprimento do disposto nesta Lei”. Apesar de atingir apenas os recursos de fomento consignados no orçamento anual e não esclarecer como deve-se dar o detalhamento da programação orçamentária, este dispositivo representa uma sinalização positiva em busca do aperfeiçoamento da LDO.

## 7. Conclusão

A experiência obtida, no âmbito federal, com as nove LDOs elaboradas desde 1988 não possibilitou ainda avanços significativos no tratamento do tema da *política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento*. O Poder Executivo, na postura cômoda propiciada pela garantia do direito de iniciativa dessa matéria, vem demonstrando falta de interesse

em compartilhar o disciplinamento do tema e tem proposto de forma burocrática e anódina, a cada ano, o capítulo respectivo da LDO. O Poder Legislativo, por seu turno, pretende contribuir na condução do assunto, mas sofre de limitações importantes, conseqüência da especialização que caracteriza o tema, da falta sistemática de informações e dados e, também, do desconhecimento sobre os próprios fundamentos da atividade financiadora por parte do Estado<sup>6</sup>.

O exercício da função do Poder Legislativo de apreciar e aperfeiçoar o capítulo em questão da LDO ficará facilitado com a aprovação de normas que regulem esse tópico constitucional, superando as indefinições conceituais e estabelecendo como o tema deve ser tratado, seja na fase de projeto de lei, como da própria lei. A oportunidade para produzir tal normatização é a lei complementar exigida pelo art. 165, § 9º, da CF, que tem como incumbência dispor, entre outros assuntos, sobre a elaboração e a organização da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

A futura lei complementar precisará enfrentar várias das indefinições que cercam, na LDO, a elaboração do capítulo sobre a atuação das agências financeiras oficiais de fomento. Exemplificadamente, espera-se que a referida norma esclareça a amplitude do conceito de *fomento* tendo em vista suas modalidades (fomento econômico ou social), especificidades (com retorno ou sem retorno) e classes de tomadores (setor privado lucrativo ou não-lucrativo ou, ainda, setor estatal). Não menos necessário, é tratar essa mesma questão quanto à origem dos recursos envolvidos nos programas de fomento: orçamentários, da própria instituição, empréstimos internos e externos, retorno de financiamentos etc. Indispensável, igualmente, é definir, de forma operacional, a expressão *política de aplicação* para o caso em tela, assim como fixar os critérios de identificação das *agências financeiras oficiais de fomento* no

<sup>6</sup> Parte das limitações que caracterizam a ação legislativa nesse campo decorre da própria teia de proteção que, ao longo do tempo, se teceu em torno do sistema financeiro estatal, sob a pretensa justificativa de protegê-lo das influências políticas. Se no plano político-institucional, essa “proteção” acabou por funcionar, com prejuízo do importante papel fiscalizador que cabe ao Poder Legislativo, o mesmo não ocorreu no nível das relações comerciais entre instituições financeiras estatais e agentes políticos, em significativa medida marcadas pelo clientelismo.

conjunto das IFFs.

Na falta da lei complementar<sup>7</sup>, cabe ao Congresso Nacional, por meio de emendas, aperfeiçoar os dispositivos que integram o capítulo da LDO sobre a política de aplicação das agências oficiais de fomento. Nesse sentido, poderiam ser consideradas as sugestões apresentadas a seguir.

a) No caso dos recursos de fomento que integram os orçamentos fiscal e da seguridade social, a LDO estabelecerá que os créditos e dotações correspondentes nos projetos de lei orçamentária anual seriam acompanhados por demonstrativos explicitando, para os principais programas e linhas de cada instituição repassadora, (i) a legislação e normas principais pertinentes, (ii) as políticas e prioridades, (iii) a programação de operações a serem realizadas, (iv) as metas e resultados esperados e (v) os valores a serem aplicados. Os referidos demonstrativos ganhariam substância adicional se trouxessem, também, os números e os resultados obtidos nos dois últimos exercícios encerrados e os previstos para o exercício em que a proposta orçamentária está sendo elaborada.

b) A LDO deveria passar a definir as expressões *política de aplicação e agências financeiras oficiais de fomento*, de forma a cobrir as aplicações realizadas com os recursos

próprios das IFFs e de outras fontes que não os orçamentos fiscal e da seguridade social. Como aqui não é o caso de se utilizar da lei orçamentária como instrumento demonstrativo dessas ações, a LDO poderia estabelecer exigências no sentido de que cada IFF publique, previamente ao início de cada exercício, a programação de suas aplicações de fomento, assim como relatório anual, de maneira a comprovar a observância dos dispositivos da própria LDO e das demais normas legais que regulam os vários programas e linhas de financiamento. Caberia, igualmente, determinar a publicação com as posições ativas e passivas de cada um dos fundos oficiais administrados pelas IFFs.

### Bibliografia

- BAER, Werner, KERSTENETZKY, Isaac, VILLELA, Annibal V. As modificações no papel do Estado na economia brasileira. *Pesquisa e Planejamento Econômico*. Rio de Janeiro, v. 3, n.4, p. 883-912, dez. 1973.
- BUSCEMA, Salvatore, BUSCEMA, Angelo. *Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*. 2. ed. Milano : Guiffre, 1994.
- TÁPIAS, Alcides L. *Os bancos em cenário de estabilidade econômica*. São Paulo : Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, 1994: A visão dos bancos.

---

<sup>7</sup> Desde a promulgação da Constituição Federal, o tema da lei complementar – que atualizará a legislação sobre os orçamentos e sobre a gestão financeira e patrimonial estatal – tem mobilizado os interessados, assim como proporcionado a elaboração de estudos e anteprojetos e a apresentação de projetos de lei junto ao Congresso Nacional. O projeto de lei de tramitação mais adiantada é o PL nº 135, de 1996, proposto pela Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. Aprova-

---

do na Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados, o projeto encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados. Considerando a complexidade dos conteúdos envolvidos e as distintas maneiras de valorizar tais conteúdos pelas Unidades da Federação, assim como pelos Poderes Executivo e Legislativo, é de se esperar que a matéria tenha tramitação demorada.

**ANEXO I**  
**ORÇAMENTOS FISCAL E DA SEGURIDADE SOCIAL**  
**Recursos aplicados pelas IFFS, Receitas de OOC e Aplicações no GND Investimentos**

Em R\$ 1.000,00

Especificação	Liquidado 1995	Liquidado 1996	LOA 1997	PLOA 1998
<i>Fundos Constitucionais de financiamento do</i>				
• Norte (FNO)		304.745	314.648	289.435
• Centro-Oeste (FCO)		304.745	314.648	289.435
• Nordeste (FNE)		914.234	943.945	868.306
Subtotal		1.523.724	1.573.241	1.447.176
<i>Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT)</i>				
• Repasse ao BNDES	1.750.075	2.168.183	2.872.000	2.463.648
Subtotal	1.750.075	2.168.183	2.872.000	2.463.648
<i>Operações Oficiais de Crédito</i>				
• Financiamento Programas Investimento Agroindustrial	29.789	0	0	0
• Programa de Financiamento às Exportações (Proex)	167.052	185.534	1.005.558	1.450.458
• Empréstimos do Governo Federal (EGF)	1.209.670	691.929	515.700	303.209
• Aquisições do Governo Federal (AGF)	1.369.605	810.801	1.227.903	1.446.035
• Garantia e Sustent. Preços Comerc. Prod. Agropecuários	0	0	0	164.030
• Progr.Nac. Fortalec. Agricultura Familiar (Pronaf)	0	4.812	64.630	90.380
• Financiamento Programas Investimento Agropecuário	124.871	56.345	47.800	22.740
• Financiamento de Custeio Agropecuário	1.160.744	309.827	241.803	91.197
Subtotal	4.061.731	2.059.248	3.103.394	3.568.049
<i>Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND)</i>				
• Financiamento a Pequenas e Médias Empresas	7.973	315.000	34.564	77.183
• Capitalização do Banco do Nordeste do Brasil (BNB)	0	100.000	85.000	95.000
• Financiamento à Finep	36.000	75.000	50.000	70.000
Subtotal	43.973	490.000	169.564	242.183
<i>Ministério da Ciência e Tecnologia</i>				
• Aumento de Capital da Finep	25.799	55.499	91.670	55.800
Subtotal	25.799	55.499	91.670	55.800
<i>Encargos Financeiros da União</i>				
• Aumento de Capital do Banco do Brasil S/A	0	6.410.255	0	0
Subtotal	0	6.410.255	0	0
<b>Total</b>	<b>5.881.578</b>	<b>12.706.909</b>	<b>7.809.869</b>	<b>7.776.856</b>
<i>Receitas de Operações Oficiais de Crédito (Fonte 160)</i>	<i>4.006.069</i>	<i>1.949.508</i>	<i>2.475.211</i>	<i>2.658.941</i>
<i>Aplicações dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social em Investimentos</i>	<i>4.715.150</i>	<i>5.704.405</i>	<i>9.916.929</i>	<i>8.353.716</i>

FONTE: 1995 a 1997: Siafi e Prodasen; 1998: Projeto de Lei nº 25 de 1997.

**ANEXO II**  
**AGÊNCIAS FINANCEIRAS OFICIAIS DE FOMENTO**  
 Prioridades e políticas estabelecidas nas LDOs de 1990 a 1998

	LDO dos exercícios de									
	90	91	92	93	94	95	96	97	98	
Número de políticas ou prioridades apontadas na LDO:	12	16	16				6	6	6	
Especificação das políticas ou prioridades:										
• redução das desigualdades intra e inter-regionais;	X	X	X							
• defesa e preservação do meio ambiente;	X	X	X							
• apoio às micro, pequenas e médias empresas e aos mini, pequenos e médios produtores rurais e suas cooperativas;	X	X	X							
• prioridade para empreendimentos geradores de emprego;	X	X	X							
• prioridade às indústrias de bens de capital;	X	X	X							
• investimento no setor de energia elétrica;	X	X	X							
• desenvolvimento de pesquisas básica e aplicada;	X	X	X							
• saneamento básico e infra-estrutura urbana;	X	X	X							
• habitação popular;	X	X	X							
• investimento em transporte ferroviário, inclusive urbano;	X									
• projetos de agricultura irrigada e agroindústria;	X	X	X							
• reaparelhamento, aprimoramento e ampliação dos sistemas de transporte urbano de massa;		X	X							
• restauração e conservação da malha rodoviária nacional;		X	X							
• reaparelhamento/melhoria do transporte ferroviário de carga;		X	X							
• melhoria e ampliação do sistema portuário nacional;		X	X							
• investimento em telecomunicações;		X	X							
• proteção ao desenvolvimento de atividades estratégicas para a defesa nacional;	X	X	X							
• redução do déficit habitacional e melhoria das condições de vida da população carente por meio de apoio a projetos de saneamento básico e infra-estrutura urbana pela Caixa Federal;							X	X	X	
• aumento da oferta de alimentos e produtos agrícolas de exportação pelos recursos alocados pelo Banco do Brasil;							X			
• aumento de oferta de alimentos no mercado interno e produtos agrícolas de exportação por meio de recursos alocados pelo Banco do Brasil;								X	X	
• estímulo à criação de empregos e ampliação da oferta de produtos de consumo popular, mediante apoio à expansão e desenvolvimento de pequenas e médias empresas com recursos do Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal;							X	X	X	
• desenvolvimento da infra-estrutura e da indústria pelo fomento à capacitação tecnológica, melhoria da competitividade da economia e geração de empregos, por meio da Finep e BNDES;							X	X		
• idem, a estruturação de unidades e sistemas produtivos orientados para o fortalecimento do Mercosul									X	
• intensificação das relações internacionais do Brasil com os seus parceiros comerciais, por meio do apoio do Banco do Brasil ao financiamento dos setores exportador e importador;							X	X	X	
• redução das desigualdades sociais nas regiões NO, NE e CO do País, mediante apoio a projetos de aproveitamento a oportunidades de desenvolvimento econômico-social e adoção de providências para aumentar a eficiência dos instrumentos gerenciais dos Fundos – FNO, FNE e FCO – administrados pelo Bancos da Amazônia, do Nordeste e do Brasil, respectivamente;							X	X		
• observando critérios de detalhamento por Estado e ação.									X	
Prioridades estabelecidas no Plano Plurianual				X	X	X				

**ANEXO III**  
**AGÊNCIAS FINANCEIRAS OFICIAIS DE FOMENTO**  
 Regras estabelecidas nas LDOs de 1990 a 1998

Regras	LDO dos exercícios de									
	90	91	92	93	94	95	96	97	98	
1. Política de aplicação de cada agência de fomento constará da mensagem que acompanha o projeto da LOA.	X	X								
• Idem, com o detalhamento por região, Estado e Município.			X							
• Anexo à mensagem que acompanha o PLOA deverá demonstrar a proporção de recursos destinados às prioridades.				X	X	X				
• Vedado ao Tesouro Nacional repassar recursos à agência cuja política de aplicação não conste da mensagem.	X	X	X							
2. Operações de crédito das agências de fomento terão critérios de remuneração que, pelo menos, preservem o valor dos recursos.	X	X	X							
• Os encargos dos empréstimos não poderão ser inferiores aos custos de captação, salvos os casos previstos em lei.				X	X	X				
• Idem, e aos custos de administração.							X	X	X	
3. As Unidades da Federação terão acesso à empréstimos das agências de fomento se comprovarem: a instituição, a regulamentação e a cobrança dos tributos estabelecidos na Constituição, a arrecadação de receita própria, a aplicação de recursos no ensino, o atendimento do limite de gastos com pessoal e de realização de operações de crédito.	X	X	X							
4. A concessão de empréstimos a Estado, DF e Município, inclusive suas entidades da administração indireta, fica condicionada a que não estejam inadimplentes com a União e seus órgãos da administração indireta.				X						
• Idem, e com o FGTS.					X	X	X	X	X	X
5. Os bancos de desenvolvimento federais e seus agentes financeiros adotarão políticas de fomento destinadas a privilegiar os segmentos das micro, pequenas e médias empresas, de forma que, no mínimo, sessenta e cinco por cento do total de seus recursos sejam a eles concedidos, desde que haja demanda habilitada.										X
6. A programação orçamentária dos recursos destinados às agências de fomento será detalhada de forma a possibilitar a verificação do cumprimento do disposto nesta Lei.										X
7. Vedada a utilização de recursos das agências financeiras oficiais de fomento para concessão de empréstimos ou financiamentos a empresas com a finalidade de integrar o processo de privatização.										X

Observação: partes sombreadas significam dispositivos vetados pelo Poder Executivo.

# Da anarquia para a polícia

(Elysio de Carvalho, lacuna na história do Direito Nacional)

ROSSINI CORRÊA

“Até os justos forças à injustiça. Desnortando-lhes o pensamento”.

SÓFOCLES

Concorde-se ou discorde-se, forçoso é dobrar a cerviz e reconhecer, sem lugar à dúvida, que o imaginário da humanidade não elaborou, em seu processamento muitas vezes milenar, apenas as poderosas representações referentes à vida, à justiça, à liberdade, à igualdade, à fraternidade, ao equilíbrio e à paz. Em seu difícil e fascinante percurso, o conflitado espaço da mundividência, como campo de forças que é, abrigou as energias díspares de polaridades positivas e negativas, garantido, sem mais atavios, a desafiante cidadania para os desvalores da morte, da injustiça, da escravidão, da desigualdade, do egoísmo, e da guerra. Daí, nasceu, sem que a justiça estivesse a caminho, e, muito menos, a ambição de sua plenitude, o ideal de chumbo da segurança.

A gramática das idéias, por evidente, é íntima das demandas do concreto. A coletividade e o indivíduo, as crenças totêmicas e a arte da guerra, as dádivas da natureza e os grandes cataclismos, a livre e comum possessão e o advento excludente da propriedade são forças, ora concentracionárias, ora dissolutórias, que testemunham, em seu embate interativo, como a realidade circundante, casada com as formas de pensamento que ensejou, delas recebeu, como recebe, incessantes iluminações, pois, entre outros aspectos, só do mundo projetivo das idéias é possível ao homem antever e prefigurar – a si, ao cosmo e (este é o seu sonho infinito) ao destino. A existência, a sociabilidade e a história, enquanto

Rossini Corrêa é Bacharel em Direito e em Ciências Sociais, Mestre em Sociologia e Doutor em Ciências Sociais, com Seminários Pós-Doutorais em Política Internacional e Comparada. Professor de Direito (FADI-CEUB) e de Sociologia (DECOM-UPIS) e, eventualmente, do CESPE-UnB.



fluxos processuais à civilização e/ou à barbárie abertos, em sua eterna contingência, evidenciam o secreto amálgama, tecido entre os fenômenos materiais e as esferas espirituais, em divórcio, quanto mais pretendido, menos consumado.

O que é a segurança, senão a força formada em sistema de poder (e temor), de comando (e subordinação) e de autoridade (e reconhecimento)? Sistema de força é aquele que, formando uma unidade, em si mesma condensada e organizada, institui como sustentáculo material da vida em sociedade o código que, em sua simbologia, celebra o culto da ordem, da disciplina, da hierarquia, do controle, e da segurança, podendo/devendo, se necessário e a qualquer tempo, recorrer aos expedientes extremos da tecnologia mortífera, cujos antecedentes, no limite da legalidade, são a condenação e a penitenciária. Por que o Estado e a sua guarda pretoriana? Confessadamente, para garantir a segurança do indivíduo e da coletividade, enfim, da vida social, que é feita de materialidade (coisas e interesses) e de espiritualidade (valores e desvalores). E aqui começa uma verdade que mil fábulas buscam esconder: as coisas e os interesses são objetos de determinados sujeitos que, em sua refrega, ordenam regimes de propriedade, confirmam estruturas de classes e legitimam as desigualdades sociais.

Eis onde e quando o reinado do egoísmo encontra o sistema de força, instituído, *de jure*, para garantir o bem comum, mas, *de facto* para preservar o estabelecimento dos donatários, da existência social, muito menos de todo o conjunto da sociedade do que deveria ser, em razão da discrepância entre o escudo ético formal e abstrado, e os dados da vida, real e concreta, a permitir, muitas vezes à sombra do Direito, que o universalismo seja transformado em particularismo, na sua possessiva e radicalista exclusão do conjunto da humanidade. É que a deusa Thêmis, nunca em flagrante e jamais à luz do dia, foi capturada. Despotencializada, porta uma espada; já descompensada, possui uma balança; e, faminta de paisagem humana, puseram-lhe vendas impenetráveis à luminosidade peregrina, advinda da fome e da sede de justiça. A sofrível resignação, qual é? A de colocar toda a energia vital, destruída de expectativas, a serviço do sistema de segurança, a este submetendo a infinita voltagem semiológica da aspiração universal ao que exprime o bem, afirma o belo

e proporciona o justo, comprometida com a verdade.

A poderosa tradição romanística, ao alcançar o apogeu do Direito Clássico, modelou a relação sistêmica, que foi um dos monumentos do mundo antigo, articulando entre si o *Estado*, que é uma força de concentração da hierarquia e da autoridade, advinda, como destacamento armado, da sociedade, sobre cuja liberdade, regulando-a, intervém, à *Cidade*, que, urbanizada a história, passou a ser o espaço, por excelência da convivência humana, hospedada em sua segunda natureza, em condensação no cenário básico dos conflitos sociais; o *Direito*, configurado como instrumento de controle dos aspectos plurais da existência, com respaldo no Estado e no interesse da Cidade, na sua busca do equilíbrio e da pacificação, ainda que por motivações diversas, relacionado com a vontade firme de dar sempre (Justiniano) esperanças de afirmação da arte do bem e do justo (Celso), como símbolo garantido do reconhecimento, a cada um, do seu direito (Ulpiano); o *Advogado*, enquanto operador do Direito, ao patrocinar a causa deste ou daquele cliente, com a reiterada recorrência à lógica e à dialética, por ser a sua arte a da consequência e da retórica, em uma práxis à procura do seu *logos*, e, enfim, a *Justiça*, eleita a virtude magna, desde Aristóteles, e daí compreendida enquanto proporção vocacionada, não para o confinamento no mundo das idéias, mas, sim, para presidir, com a sua presença, todos os caminhos do mundo da experiência.

Compreenda-se, todavia, que o conceito de segurança, de maneira subjacente, terminou por ser o reino da sombra, projetado por sobre a construção solar da cadeia de relações existentes nos vínculos do Estado (poder), do Direito (norma), da Cidade (convivência), do Advogado (palavra) e da Justiça (medida). Simultaneamente à consagração do aceno da harmonia universal, adveio para a superfície da realidade concreta a empiria dos conflitos econômicos, sociais, políticos e ideológicos, desafiando, com a prosa da sua cruenta manifestação, o verso, ora épico, ora lírico, do Direito. A propriedade privada, a riqueza, a acumulação, o comércio, o lucro, a conquista, a família, o contrato, a obrigação, a guerra, a sucessão, os tributos, as castas, os senhores, os clientes, os escravos, os excluídos, os bárbaros, a pessoa humana, os proletários, as colônias, César, Cristo e o eterno problema da linha divisória entre o meu, o teu e o nosso, reduziram, em sua desordenada

ciranda, por força dos interesses bem mais do que dos valores, as possibilidades do campo jurídico, limitando-o, de sucesso em sucesso, ao mínimo do Estado (poder), do Direito (norma) e da Cidade (convivência), necessitados do máximo do Advogado (concordância) e da Guarda Pretoriana (segurança).

O Advogado, que é o pai da palavra, e não o filho do silêncio, do possível serviço à liberdade, que qualifica a vida, transitou para os desvãos do código de dogmas, em uma prática estéril, por não transfigurar jamais a existência com o concurso do Direito, ele mesmo sob ferros, capturado, já escravo. O Estado em crise, esvaziado pela plenitude de uma vontade política interessada em globalizar, segundo os parâmetros coisificadores da engenharia de mercado, a existência social. De onde o seqüestro da sua capacidade democrática de perseguir o bem comum, associado à manutenção do complexo industrial armamentista, desejoso de transformar em cliente a ordem pública universal. O Direito, destituído da constelação de valores vocacionados a serem animados no mundo da experiência, acabando por admitir, de mínimo ético em mínimo ético, o seu colapso referencial junto à vida social, menos sujeito a mais objeto da mudança de paradigma em curso. Do Dogma ao tecnicismo, o universo normativo, capturado, tornou-se instrumento do Estado, funcionando, muitas vezes, como mísero instrumento de sustentação de privilégios. A Cidade que daí resulta é o embargo da civilização e a sustentação, caótica e ampliada, da barbárie. Marcada no âmbito local, dos blocos e universal, por uma profunda distância societária, a *urbe* excludente congrega a pré-história renascida e a qualidade de vida sonogada, demonstrando, na prática, que o seu lugar é onde nenhum bem é comum. Compreende-se, em virtude do exposto, a triste figura reservada, nos desvãos do processo, à Guarda Pretoriana, por meio do manuseio da espada sem balança, que torna frágil e estéril o sistema de normas, afirmando o oblíquo e tortuoso desdireito da força. É a redução da perspectiva operacional da Justiça à abstração (eterna), ao relativismo (infinito) e à subjetividade (desordenada). O Processo passa a ser tudo. A Justiça chega a ser nada.

Rompida a igualdade originária, de quando não havia propriedade, divisão do trabalho e produção de riqueza, o ideal de chumbo da segurança, da esfera material para a dimensão espiritual, foi ganhando asas legitimadoras, à

proporção que transitou da condição de puro escudo protetor das coisas, contra as pessoas que não as tinham, para a posição global da tutela às coisas e às pessoas, àquelas por meio destas, vislumbradas, de vez a vez, como portadoras universais e soberanas da vida, do direito, da dignidade, do reconhecimento autônomo e da liberdade qualificadora. O embargo oferecido à perspectiva em questão, entretanto, estava vinculado à consolidação do Estado enquanto destacamento saído da sociedade, detentor do monopólio legal da força, como instrumento de estabelecimento e de conservação da hierarquia e da autoridade, exercidas, no mais das vezes, contra os interesses, as necessidades e as expectativas dos párias, dos plebeus, dos clientes, dos escravos, dos bárbaros, dos estrangeiros, dos servos e dos oficiais. A plenitude da afirmação da pessoa não poderia ser possível, desde os mundos mais antigos do que o clássico, em virtude da supremacia da coletividade sobre o indivíduo, expressa nos nexos sucessivos, existentes do Grupo para o Chefe, e deste para o Estado. A passagem do direito real provisório (posse) para o direito real definitivo (propriedade), constitui a própria revelação da difícil emergência do poder da pessoa sobre a coisa – *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi* – no plano individual privado, antecedido pelo familiar privado e pela propriedade coletiva, segundo a enumeração advinda de Pontes de Miranda<sup>1</sup>.

Como não se tratasse mais de vínculo material da pessoa à coisa (*possessio*), e sim da faculdade da pessoa sobre a coisa (*dominium*), o trânsito da posse (*facto*) para a propriedade (*jure*), exigiu a garantia de um instituto jurídico para tutelar o exercício do direito em questão, permitindo a seu titular, a vivência absoluta dos famosos *jura* – *ius utendi* (uso), *ius fruendi* (frutos e produtos) e *ius abutendi* (abuso) –, bem como exclusiva quanto à disposição da coisa, definida pela perpetuidade, isto é, por intermédio de uma relação incessante, ressalvadas a vontade do proprietário e as exceções da lei<sup>2</sup>. Tamanho poder estável e permanente, não poderia ser hegemônico na história, consagrando o direito da pessoa sobre a coisa, oponível à humanidade, sem o concurso de uma poderosa tessitura ideológica, em busca de justificativas morais e éticas para a vigência

<sup>1</sup> NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições da História do Direito*. p. 81.

<sup>2</sup> CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*. p. 146 e segs.

excludente, desde que esta é uma inquieta demanda de todos os tempos subseqüentes, que encontrou em Jean-Jacques Rousseau, às portas da modernidade, o seu sofrido intérprete, no *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*

“Aquele que primeiro murou um terreno e teve a esperteza de dizer: *Isto é meu*, e ainda por cima encontrou gente suficientemente simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil”<sup>3</sup>.

Como se fingisse acreditar que a metáfora fabulosa substitui o processo histórico, o filósofo genebriano reverberou:

“Quantos crimes, guerras, assassínios, quantas misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano o que ousasse arrancar os marcos e tapar as valas e gritar aos seus semelhantes: *Livrai-vos de escutar este impostor. Estais perdidos se esqueceis que os frutos são de todos e a terra de ninguém!*”<sup>4</sup>.

Toda a complexa controvérsia política da agônica era das nações, relativa ao capitalismo, servido pela ideologia liberal, e contestado pelo anarquismo, pelo socialismo e pelo comunismo, resultou da íntima conexão com as temáticas do regime da propriedade e da desigualdade social, trabalhadas segundo percepções diferenciadas da igualdade, da liberdade e da fraternidade. A ordem social livre e justa, reclamada em termos alternativos, não conquistou sinais seguros sobre a terra dos homens, consistindo no desafio a céu aberto do terceiro milênio, forçado a elaborar respostas mais convincentes, não apenas no âmbito do imaginário, mas no mundo da experiência, para os sensíveis caminhos da diferença e do nivelamento sociais. De qualquer maneira, nunca é demasiado recordar que, se os embates ideológicos dos séculos XIX e XX remetem para as presenças emblemáticas, conflitadas em torno do sentido e da direção do ideal da justiça, de Joseph Proudhon (anarquismo), de Karl Kaustky (socialismo) e de Karl Marx e Friedrich Engels (comunismo), quem garantiu o estabelecimento mais duradouro, ou seja, o do capitalismo, foi o realismo

<sup>3</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*: discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. p. 349.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 349.

da espada de Napoleão Bonaparte, síntese da Revolução Francesa (1789)<sup>5</sup>, que suplantou a Revolução Russa (1917), em termos do desdobramento histórico. O herói burguês e moderno, o pequeno corso, cavalgando a durabilidade do novo regime no espaço e no tempo, sentenciou: “Só o general Bonaparte poderá salvar o imperador Napoleão”<sup>6</sup>.

Eis a compreensão literal e conservadora da força do poder. Chegará, quanto ao tempo histórico, o instante dialético do motor transmutar-se em freio: o imperador Napoleão é a consumação da revolução burguesa, que necessita do general Bonaparte para oferecer os embargos da Força, em defesa do seu Poder, ao processo revolucionário em desdobramento, sinalizando não apenas para o embate dos liberais (vitoriosos) contra os democratas (derrotados), ao ultrapassar o horizonte da ordem posta, clamando em favor da revolução na revolução, por meio do radicalismo, no sentido filosófico, das proposições anarquista, socialista e comunista. Daí o sacrifício, conquistado o Poder do Estado, de todo o direito natural dos iluministas, vocalizado pelo general Bonaparte: “Já não existe direito natural na Europa: uns e outros só procuram dilacerar-se como chacais”<sup>7</sup>. Quanto ao imperador Napoleão, soube como ninguém ser o pai da codificação moderna e burguesa, com o Código Civil (1804), o Código de Processo Civil (1806), o Código Comercial (1807), o Código de Instrução Criminal (1808) e o Código Penal (1810). O que existia era o direito positivo, transformando a Norma, não em limite do Poder, porém, em domadora seletiva de chacais, considerada a necessidade da reprodução da estabelecida ordem social classista.

Eis de onde surgiu, no pragmatismo de Napoleão Bonaparte, a consciência do imperador quanto à relevância do general: “O poder absoluto não tem necessidade de mentir: age e silencia”<sup>8</sup>. O sentido do agir bonapartista passou a ter por propósito a colocação das máscaras revolucionárias ao chão: “uma revolução é uma opinião apoiada por baionetas”<sup>9</sup>. Força que condenava a violência,

<sup>5</sup> Consultar a respeito CORRÊA, Rossini. *O liberalismo no Brasil*: José Américo em perspectiva. p. 13-188.

<sup>6</sup> BALZAC, Honoré. *Napoleão*: máximas e pensamentos. p. 109.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 111.

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

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 21.

preterindo a insurgência em função do dogma da ordem, prosseguiu: “Uma revolução é um círculo vicioso: começa com um excesso para retornar a ele”<sup>10</sup>. Alcançou o pequeno curso a idade política da prudente recordação: “Em uma revolução, tudo se esquece: ...Pitt era o banqueiro da Revolução e da guerra civil na França”<sup>11</sup>. É que, tecendo a sua estratégia de convencimento, tornava-se conveniente apelar para a justiça: “Sem justiça, não há opressores nem vítimas, e durante as revoluções jamais poderá haver justiça”<sup>12</sup>. O cenário bárbaro e dissoluto foi reacendido pelo enorme guerreiro: “Durante a revolução tudo foi vendido em hasta pública, entre trinta milhões de homens”<sup>13</sup>. Revelada a sua suposta natureza, nada melhor do que explicitar os resultados do processo revolucionário: “Nas revoluções, só há duas classes de pessoas: as que as fazem e as que dela se beneficiam”<sup>14</sup>. Nada mais dramático do que a sua medonha catadura: “Jamais haverá revolução social sem terror”<sup>15</sup>. Revolução? Para Napoleão Bonaparte só como exceção: “Uma revolução se faz quando se tem apenas que desfazer-se de um homem para fazê-la”<sup>16</sup>.

Do abalo para o alicerce – eis como o grande conquistador realizava a leitura do processo histórico de que era contemporâneo, testemunha e personagem. A materialidade da existência social não escapou à percepção napoleônica, em sua tradução como conflito entre formas de propriedades rural e urbana, a seu juízo, em busca de uma síntese estatal superadora:

“Em outros tempos, só uma propriedade era conhecida: a da terra; surgiu outra: a da indústria, em guerra atualmente com a primeira; depois veio uma terceira: a que origina enormes encargos arrecadados dos administrados e que, distribuídos pelas mãos neutras e imparciais do governo, podem garantir o monopólio das outras duas, servir-lhes de intermediária e impedir que cheguem a combater-se”<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> Ibid., p. 22.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid., p. 26.

<sup>13</sup> Ibid., p. 27.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid., p. 29.

<sup>16</sup> Ibid., p. 40.

<sup>17</sup> Ibid., p. 129.

A propriedade vivenciara o incompreendido fenômeno da revolução, passível, entretanto, de controle, por intermédio da engenharia jurídica e política, resultante da afirmação, a seu juízo, do poder público: Napoleão Bonaparte era o Estado. Nada mais napoleônico e romanístico, por meio da sua metafórica transfiguração, ao convergir o moderno e o antigo, seja como *imperium*, seja enquanto *potestas*.

Como? Garantia Ulpianus: “O imperador está liberto do constrangimento das leis”<sup>18</sup>. Tratava-se do poder irresponsável, sem o limite e o controle das Normas. Toda a ambição jurídico-política da modernidade pré-revolucionária esteve formatada na expectativa do Estado de direito, com a separação entre o público e o privado, a especificação dos poderes entre o cidadão e o Estado, o contrato social partidário representativo, a expressão estatal do Direito por meio da lei e a presença da justiça oficial como a instância capacitada a dirimir os conflitos registrados na vida social<sup>19</sup>. Não obstante, a síntese das conquistas revolucionárias foi a vontade imperial de Napoleão Bonaparte. Afirmava a teoria jurídica do poder de Ulpianus:

“O que é da vontade do príncipe tem a força de lei: na medida em que, com a *lex regia* promulgada acerca do seu poder imperial, o povo lhe conferiu todo o seu *Imperium e Potestas*”<sup>20</sup>.

Eis o *Populus* conferindo os ilimitados *Imperium e Potestas* ao *Principis*, escudando-o, soberanamente, com a da *Lex Regia*, da qual, em nome da pátria, Napoleão Bonaparte considerava-se acima: “Aquele que salva sua pátria não viola lei alguma”<sup>21</sup>. E salvar a pátria, para o pequeno curso, era torná-la hegemônica dentro da Europa Unida, ao prefigurar, no mundo das nações, a era dos blocos.

O notável jurista Rudolf von Ihering, em *O Espírito do Direito Romano nas Diversas Fases do seu Desenvolvimento*, revelou o seu fascínio pelas circunstâncias conducentes à magnificação sistêmica da experiência jurídica. Ei-las, em sua descrição:

<sup>18</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. p. 99.

<sup>19</sup> HESAPANHA, Antônio M. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. p. 32.

<sup>20</sup> BALZAC, Honoré. op. cit., p. 40.

<sup>21</sup> IHERING, Rudolf Von. *O espírito do Direito Romano nas diversas fases do seu desenvolvimento*. v. 2, p. 48.

“a codificação, que desde muito cedo lhe deu a espontaneidade na *forma*; a separação do direito das esferas de ação do *fas* e da censura, que assegurou a espontaneidade do desenvolvimento dos princípios jurídicos e tornou possível o desenvolvimento do direito privado em toda a sua pureza; e, finalmente, o caráter de inviolabilidade da lei das XII tábuas, que manteve o direito durante muito tempo, sobre uma base fixa e inquebrantável”<sup>21</sup>.

O embargo à violação, a permitir a durabilidade das instituições jurídicas no tempo histórico, sob a exigência de que o *jus* conquistasse o *imperium*, portando a Força decorrente da negação da injustiça, constituiu no “desenvolvimento da vida política”, bem como na “energia e sensibilidade do sentimento jurídico nacional”<sup>22</sup>. A base que Ihering, sobre vê-la fixa, desejou inquebrantável, representada pela lei das XII tábuas incólume e inviolável, para existir, advogou para si (aquém da Justiça?) os ideais da certeza e da segurança<sup>23</sup>.

Acaso não foi de semelhante natureza a postura de Marco Túlio Cícero, o jurista, filósofo e retórico político do mundo romano, guardião da ordem estabelecida, ganhou o título de Pai da Pátria, ao abordar a conjuração de Catilina e supliciar os seus cúmplices? Ou até quando, o abuso, a paciência, os tempos, os costumes e a energia dos homens, ao circularem no discurso *contra Catilina*, cercaram de realismo o direito natural de Cícero, levando-o à defesa da pena de morte, como instrumento de proteção da elite romana: “Há muito tempo, ó Catilina, devia o cônsul condenar-te à morte, fazendo cair sobre ti a ruína que vens maquinando contra nós!”<sup>24</sup> Louvada a repressão e recordados os severos castigos, os varões que ambas perpetraram foram qualificados como retos e íntegros. Exemplos? O sumo-pontífice Públio Cipion Náschia, que matou Tibério Graco por simples perturbação da ordem pública e o alígero Quinto Servílio Ahala, que liquidou Espírito Mélio pessoalmente, molhando as mãos com seu sangue, mas, em compensação, evitando que a mudança fosse pregada.

<sup>21</sup> Ibid., p. 48.

<sup>22</sup> Pode ser utilidade a consulta a CAVALCANTI FILHO, Theóphilo. *O problema da segurança no Direito*. p. 177.

<sup>24</sup> CÍCERO, Marco Túlio. *Contra Catilina*. In: TITÃS da Oratória. p. 40.

Era a segurança levada a extremos: “Decretou outrora o Senado que o Cônsul Lúcio Opímio atendesse a que a república não perdesse a segurança”<sup>25</sup>. De onde as mortes imediatas de Caio Graco e Marco Fúlvio, ambos nobres, e sob Caio Mário e Lúcio Valério, as imediatas execuções do pretor Caio Servílio e do tribuno Lúcio Saturnino. A execução de Catilina, porém, Cícero a desejou legitimada, reconhecida por todos como processada “com toda a justiça ou com todo direito”<sup>26</sup>, ou seja, de acordo com o princípio da segurança jurídica. Enquanto houver um que não esteja convencido, Catilina vai viver. Todavia, o fará sob absoluto controle, cercado (a guarda é viril e numerosa) e vigiado (há olhos e ouvidos do poder em toda a parte). Onipresença, onisciência e onipotência, estas, que permitiram a Cícero garantir que, de imediato, sabia de todo o fazer, de todo o tramar e de todo o conseguir de Catilina. A estratégia ciceroniana foi de confundir a si e aos seus com a pátria – “separa-te dos bons, declara guerra à pátria”<sup>27</sup> –, para que pudesse haver a grande exclusão – “os maus retirem-se; separem-se dos bons; reúnam-se num lugar: sejam isolados de nós como um muro”<sup>28</sup>, tornando possível a tranqüila fruição da ordem estabelecida.

Marco Túlio Cícero foi educado entre os sábios estoicos no mundo grego. Ali, no berço da pólis ocidental, o militar, funcionário e dramaturgo Sófocles, na tragédia *Antígona*, tocou a fundo a corda sensível da relação da cidadania com o Estado, ao confrontar a norma positiva (Creonte e o seu comando) e a justiça natural (*Antígona* e a sua desobediência), em torno da negativa real de concessão de sepultura a Polínice. Não obstante fosse *Antígona* noiva de Hemon, seu filho, o rei, desatento a seu papel moderador, cobrou àquela a ordem desrespeitada:

“*Creonte* – Responde em poucas palavras. Conhecias o meu comando?

*Antígona* – Como poderia deixar de conhecê-lo? Era público.

*Creonte* – E ousaste desrespeitar a minha determinação?

*Antígona* – Sim, porque não foi Zeus quem a promulgou, e a Justiça que respeita aos deuses

<sup>25</sup> Ibid., p. 41.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid., p. 50.

<sup>28</sup> Ibid., p. 49.

não estabeleceu tais determinações entre os homens. Eu não julgava, por certo, que os teus comandos tivessem tanto poder que permitissem a um mortal violar as leis divinas – não escritas, mas intangíveis”<sup>29</sup>.

Antígona é sobrinha de Creonte, soube ser a noiva de Hemon. Creonte a nada considera, por estar servido de distinta lógica, pouco se lhe dando que Antígona tenha evitado que Polinice fosse pasto de vermes. Norma a serviço do poder, o direito estatal do rei Creonte existia para ser cumprido: “Quem faz respeitar a regra na família saberá fazer respeitar a justiça na cidade”<sup>30</sup>. A vigência do direito natural seria, na perspectiva do poder, a violação da lei positiva e o ditado da ordem à autoridade que, sobranceira, imaginava que podia tudo e tudo podia, sem limite e sem consentimento. A peculiar ponderação de Creonte foi a de que se cedesse no âmbito da família, amanhã os estrangeiros transgrediriam na/contra a Cidade. Cabia-lhe, portanto, preservar a hierarquia e a autoridade. Nada de liberdade:

“A anarquia constitui o pior dos males. Arruína as cidades, destrói os lares, rompe as linhas de combate, estabelece o pânico, enquanto a disciplina preserva a maior parte dos que se mantêm nos seus pastos”<sup>31</sup>.

A anarquia de Creonte é a revolução de Napoleão. Em ambos, o culto dogmático à ordem estabelecida. Nos dois, a decisão frontal de cercá-la de certeza e de segurança. Enfim, a convicção de que a hierarquia e a autoridade necessitam de instrumentos operacionais de vigilante defesa, perante o que constituir, ou representar, adversidade real e/ou possível. De onde a fúria da elite da Cidade contra Sócrates, cristão antes de Cristo, e, não obstante, acusado de ateísmo, por acreditar, equidistante do politeísmo reinante, em Deus (e não, nos deuses)? Monoteísta, portanto, Sócrates é portador de uma diretriz ética, buscando reinventar a Cidade e os seus dirigentes, por meio da educação da juventude, que não queria errática. Acusar-lhe-ão, entretanto, de corrompê-la. Meditado no ofício de discernir o justo do injusto, conforme registro de Xenofonte, tinha Sócrates convicção de que não jurara, nomeara e oferecera sacrifícios em vão, levando

<sup>29</sup> TEXTOS de Filosofia do Direito. Seleção, tradução e notas de Pedro Soares da Martinez. p. 15.

<sup>30</sup> Ibid., p. 17.

<sup>31</sup> Ibid.

a juventude, como bom pastor de rebanhos, à frugalidade e à paciência. Da *Apologia de Sócrates*, de Xenofonte, para o *Crítion*, de Platão, é similar o diapasão. Perguntaram-lhe:

“Sócrates: será que te preocupa, em relação a mim e aos teus amigos, a idéia de que, se saíres daqui, os sicofantas nos criem problemas com o argumento de que te tiramos daqui, sujeitando-nos ou ao confisco de todos os nossos bens ou ao pagamento de uma soma avultada ou a algum dano ainda pior?”<sup>32</sup>.

Confessou-se Sócrates preocupado com as possibilidades enumeradas por Crítion, “e muito mais”<sup>33</sup>. Nascido do socratismo<sup>34</sup>, Platão foi a máxima expressão do trauma resultante da morte do mestre pensador. Todavia, quando da formulação do diálogo *A República*, utopia aristocrática e comunista, reafirmadora da clivagem dos senhores e dos escravos, tripartiu as classes do Estado em Governantes (saber), Sentinelas (lutar) e Trabalhadores (fazer), na expectativa organicista de que, cada um cumprindo a sua função, a saúde do tecido social seria preservada e ampliada. Os guardiões, soldados ou seguranças – os sicofantas de Crítion – não eram o braço armado da elite da Cidade que condenou Sócrates à morte? Retratados como cumpridores de uma função orgânica no Estado autoritário, em *A República*, Platão os descreveu como guerreiros audazes e valentes, merecedores dos louros pela vitória.

“– Perguntaremos ao deus como devemos sepultar estes seres geniais e divinos, e com que distinções, e celebraremos os seus funerais da maneira que ele nos mandar?

– Porque não”<sup>35</sup>.

E mais

– E para sempre lhes prestaremos culto e veneraremos as sepulturas deles, como se fossem gênios? E a quantos forem julgados de valor excepcional em vida, quando morrerem, de velhice ou de qualquer outra maneira, entendemos dever fazer-lhe exatamente o mesmo?

<sup>32</sup> PLATÃO, XENOFONTE. *O julgamento de Sócrates*.

<sup>33</sup> Ibid., p. 45.

<sup>34</sup> Consultar a respeito ROBLEDÓ, Antônio Gómez. *Sócrates y el Socratismo*. p. 247; MOSSE, Cláudio de. *O processo de Sócrates*. p. 166; e STONE, I. F. *O julgamento de Sócrates*. p. 279.

<sup>35</sup> PLATÃO. *A República*. p. 244.

– É justo, certamente”<sup>36</sup>.

Aristóteles, ou O Filósofo, como o chamava São Tomás de Aquino, foi alguém debruçado sobre a possibilidade do encontro das formas de governo com a mudança revolucionária, refletindo, na *Política*, sobre as salvaguardas constitucionais, como instrumentos de preservação de todas e de cada uma das formas de governo. Discípulo rompido com o seu mestre Platão, distante de destinar o magma da existência ao mundo das idéias, Aristóteles estava à procura da ordem, das causas, da regularidade, do mecanismo e das classificações contidas na natureza e na sociedade. Nesta, O Filósofo vislumbrou, quanto à Cidade, decorrente, a seu juízo, do crescimento orgânico da Família, sucedida pela Vila, o problema das formas de governo, associadas, de alguma maneira, aos percalços do homem, este animal social, este animal político. Dotado de perspicácia operacional, para Aristóteles “a justiça é a igualdade proporcional”<sup>37</sup>, que não conseguiu ser instaurada a contento na vida social.

Toda a celeuma revolucionária, consoante O Filósofo, decorreu do imbróglio de democratas (“a democracia surgiu pelo fato de os homens pensarem que, se eles eram iguais sob alguns aspectos, eram absolutamente iguais, pois supunham que, sendo todos igualmente livres, eles eram absolutamente iguais”<sup>38</sup>) e de oligarcas (“a oligarquia surgiu da suposição de alguns de que, se eles eram desiguais sob alguns aspectos, eram absolutamente desiguais – por serem desiguais em termos de posses eles supunham que eram absolutamente desiguais”<sup>39</sup>). Relativista, ensinou Aristóteles: “Todas estas formas de governo têm um critério de justiça, mas consideradas de maneira absoluta, elas estão erradas”<sup>40</sup>. Pensando absoluta e revolucionariamente, passaram os democratas a querer, na esfera do agir político, realizar a completa igualdade, enquanto que, radicais em sua convicção, e pelos mesmos caminhos, buscaram os oligarcas a instauração da total desigualdade. Da percepção valorativa absoluta, teria nascido a força material da revolução, estudada, esta, em sua origem, situações e objetivos, em disputar o alcance (de

<sup>36</sup> Ibid., p. 245.

<sup>37</sup> ARISTÓTELES. *Política*. p. 160.

<sup>38</sup> Ibid., p. 140.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Ibid.

ganhos e de honrarias) e a libertação (de perdas e de desonras). A preservação das constituições era a detalhada preocupação aristotética, que sugeriu medidas defensivas para o pacto jurídico-político, sublinhando-se aquela referente à manifestação do imaginário, com o objetivo de mobilizar a sociedade, transformado em soldado a serviço da defesa da ordem estabelecida:

“aqueles que se preocupam com a preservação da constituição devem imaginar meios de inspirar temor, para que os cidadãos se mantenham em guarda e não relaxem a vigilância em torno da constituição, como uma sentinela à noite, fazendo parecer próximo o perigo distante”<sup>41</sup>.

O manuseio da psicologia social pelo Filósofo, recomendando-a como utensílio político defensivo, ao vender o perigo e comprar a segurança, é uma vigorosa demonstração da cidadania do ideal da certeza a reclamar a tutela, e da tutela a garantir a estabilidade social. Desde os tempos da legislação mosaica, em cenários míticos, na antiguidade bíblica e profética, com o sentido do controle e da vigilância, que há exessa presença do ideal da segurança no texto ideológico, a perpassar séculos e milênios. *O Livro de Enoch*, por muitos considerado apócrifo, apartando-se da *Bíblia Sagrada*, já distinguia a Bem-Aventura dos justos da iniquidade dos pecadores, todos entregues ao Altíssimo, eternamente Senhor do trono dos céus e da passarela da terra:

“Pois tu os fizeste e os governa. Nada se pode subtrair à tua potência infinita. Contigo, a sabedoria é imutável: vela incessantemente ao pé de teu trono. Conheces, vês, ouves tudo, nada pode se subtrair o teu possante olhar, pois teu olho está em toda parte”<sup>42</sup>.

Esta plenitude (divina) sobre o destino, decerto inspirou o poder (terreno), que no sagrado buscou repousar a sua origem. No livro de Malaquias, com que é concluído o Antigo Testamento, “o sol da justiça e seu precursor” foram tematizados:

“4 – Pois eis que vem o dia e arde como fornalha, todos os soberbos e todos os que cometem perversidade serão como o restolho; o dia que vem os abrasará, diz o Senhor dos Exércitos, de sorte que

<sup>41</sup> Ibid., p. 184.

<sup>42</sup> O LIVRO de Enoch. Cap. LXXXII, 4, p. 148.

não lhes deixará nem raiz nem ramo.

2 – Mas para vós outros que temeis o meu nome nascerá o sol da justiça, trazendo salvação nas suas asas; saireis e saltareis como bezerras soltas na estrebalaria.

3 – Pisareis os perversos, porque se farão cinzas debaixo das plantas de vossos pés, naquele dia que prepararei, diz o Senhor dos Exércitos<sup>43</sup>.

E ainda:

“4 – Lembrai-vos da Lei de Moisés, meu servo, a qual lhe prescrevi em Horebe para todo o Israel, a saber, estatutos e juízos.

5 – Eis que eu vos enviarei o profeta Elias, antes que venha o grande e terrível dia do Senhor;

6 – Ele converterá o coração dos pais aos filhos e o coração dos filhos a seus pais, para que eu não venha e fira a terra com maldição<sup>44</sup>.

Eis a questão: obediência aos estatutos e juízos, para a obtenção de sol dos justos e da graça da salvação. O Senhor dos Exércitos tudo pode e pode tudo, ilimitado, e não deseja, afinal, ferir com maldição a terra... Pode, entretanto! O profeta Elias, antecedendo o Dia do Senhor, reconhecido não somente como grande, mas, com efeito, como terrível, foi enviado a título de recurso extremo, para proceder à necessária conversão, embargo da Terra Santa que o Altíssimo buscava evitar, com a transfiguração de todos, com destaque para os soberbos e os perversos. A conversão cordial recíproca, do filho ao pai e deste ao filho, à sua maneira, está presente no princípio do *li*, ou seja, nas regras do confucionismo, vincadas nos deveres e na submissão – sem correspondência, entretanto – nas cinco relações básicas: “o jovem ao velho, o filho ao pai, a esposa ao esposo, o amigo ao amigo, o súdito ao príncipio<sup>45</sup>”.

O *Louen-Yu* previa dois caminhos para a disciplina do povo: regulamentos e castigos (“o povo fugirá sem vergonha<sup>46</sup>) e força moral e regras de conveniência (“o povo terá vergonha e voltará<sup>47</sup>”). O sentido da autoridade perpassou

<sup>43</sup> BÍBLIA Sagrada. MI., 4, p. 1221.

<sup>44</sup> Ibid., p. 1221.

<sup>45</sup> GILISSEN, John. op. cit., p. 111.

<sup>46</sup> Ibid., p. 115.

<sup>47</sup> Ibid.

diferentes sistemas jurídicos, porque já havia estabelecido a sua supremacia na ordem religiosa, conforme o expresso no *Alcorão*, soberanamente: “Deus ouve tudo, sabe tudo<sup>48</sup>”. O Direito muçulmano aspira ser, em razão da sua origem, unitário e imutável, a despeito da diversidade dos ritos ortodoxos: hanifita, malekita, chafeíta e hanbalite. As regras *giri* japonesas, traindo a influência do *li* chinês, ambicionavam consolidar as hierarquias, punindo a desobediência com instrumentos consuetudinários, chegando do imperador aos *shôgum* e aos *dai-myô*, depois de passar pelos senhores. A força sempre esteve presente, pois, no sistema, “o vassalo não tem nenhum direito<sup>49</sup>”, enquanto que os *shôgum* e os *dai-myô* “foram uma casta militar dominando uma hierarquia de vassalos e subvassalos<sup>50</sup>”.

Foi diferente, porventura, o direito hindu? Neste particular, não. De maneira peculiar, refletiu a constante, ora examinada, na medida em que a regra jurídica, desentranhada do *Dharmasûtra de Baudhayana*, proveniente do princípio sagrado, esteve desde sempre presa às vísceras do seu sistema de segurança. A teoria dos quatro *Varna* repousa em Brama, que distribuiu deveres e direitos: aos *Brâmanes*, a feitura e a recepção de oferendas; aos *Ksatriyas*, o emprego das armas e a proteção à vida e à riqueza; aos *Vaisyas*, o trabalho e os negócios; e aos *Varnas*, o dever servil de sustentação das castas de superior hierarquia. A certeza foi o centro referencial pretendido pelo Brama, existindo os *Brâmanes* “a fim de assegurarem a proteção dos Vedas<sup>51</sup>”; os *Ksatriyas* “a fim de assegurarem o bom governo do país<sup>52</sup>”; os *Vaisyas* “a fim de assegurarem o desenvolvimento do trabalho produtivo<sup>53</sup>”; e os *Sudras*, enfim, para assegurarem o bem-estar dos *Brâmanes*, *Ksatriyas* e *Vaisyas*, segundo a lógica ali vigente, de estratificação do ápice para a base da pirâmide de Pareto, nos seguintes termos: *status*-papel “A” (Saber e Culto); *status*-papel “B” (Defesa); *status*-papel “C” (Negócios) e *status*-papel “D” (Labor). Os párias – ou *Chandalas* – estavam à margem do sistema hierárquico de *status*-papel, na condição de excluídos da ordem das castas.

<sup>48</sup> Ibid., p. 124.

<sup>49</sup> Ibid., p. 117.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid., p. 107.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Ibid.



Os aspectos ora mencionados, relativos à interconexão entre a regra religiosa e a norma jurídica, sem o esquecimento dos comandos morais, não foram privilégio de ninguém: “Na Bíblia – como de resto nos Vedas, ou no Corão – estão confundidas”<sup>54</sup>. Do *Jus Divinum*, à *Thora*, isto é, do *Decálogo* à *Lei Escrita*, a segurança estava presente. Ao “Não Roubarás”<sup>55</sup>, do *Decálogo*, segue-se o mandamento complementar:

“Não desejarás a casa do teu próximo, não desejarás a mulher do teu próximo, nem o seu servidor, nem a sua serva, nem o seu boi, nem o seu burro, nem nada que pertença ao teu próximo”<sup>56</sup>.

Com todas as rupturas e as descontinuidades havidas, estes preceitos do direito hebraico não estão ausentes dos códigos do direito cuneiforme. A colação subsequente, definida por diferentes respostas à tensíssima questão da propriedade, é reveladora – *Código de Hammurabi* (I), *Leis de Eshnunna* (II) e *Código de Ur-Nammu* (III):

I- “Se alguém entregou um terreno a um arboricultor para aí plantar um pomar, se o arboricultor plantou o pomar, durante quatro anos, ele cultivará o pomar; no quinto ano, o proprietário e o arboricultor partilharão em igualdade os frutos, mas é o proprietário do pomar que escolhe a parte com que quer ficar”<sup>57</sup>.

II- “Se um barqueiro é negligente e deixa afundar o barco, ele responderá por tudo aquilo que deixou afundar”<sup>58</sup>; e

III- “Havia pastores que ficavam junto dos bois, que ficavam junto dos carneiros e que ficavam junto dos burros. Neste dia, Ur-Nammu, varão forte, rei de Ur, da Suméria e da Acádia, com a força de Nanna, rei da cidade; a equidade no país estabeleceu a desordem e a iniquidade (pela força?) cortou”<sup>59</sup>.

Compreenda-se que Ur-Nammu, justificabilista, talvez pela força, estabeleceu-se a equidade, postulou a eliminação da desordem, a seu juízo, companheira de iniquidade. A ordem equânime era o que buscava, certa e segura. A Eshnunna interessava punir a

<sup>54</sup> Ibid., p. 68.

<sup>55</sup> Ibid., p. 71.

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Ibid., p. 65.

<sup>58</sup> Ibid., p. 66.

<sup>59</sup> Ibid.

negligência, deixando indene o proprietário. Já a Hammurabi, a fixação da igualdade tardia, de quinquênio em quinquênio, era básica, na lembrança de que ao proprietário da terra, e não ao arboricultor, cabia o privilégio da escolha dos frutos. Os chamados direitos da antiguidade - 1) Egito; 2) Mesopotâmia; 3) Hebreus; 4) Grécia; e 5) Roma – na ordem enunciada, foram trazendo à superfície da história jurídica o individualismo (1), os códigos (2), os preceitos (3), o direito público (4) e a síntese sistêmica (5). As instruções recebidas pelo Vizir Rekimara (XII Dinastia), são reveladoras da força do sistema de obediência reinante no Egito:

“Atenta, um homem mantém-se na sua função, quando ele julga as coisas conforme as instruções que lhe são dadas, e é feliz o homem que age conforme ao que lhe é prescrito. Mas não faça aquilo que desejas nas causas em que as leis a aplicar são conhecidas, pois acontece ao presunçoso que o Mestre a ele prefira o temente. Que tu possas agir conforme estas instruções que te são dadas”<sup>60</sup>.

A árvore semântica construída a partir da palavra *temente*, a quanto temos, medo e terror conduzirá? O Vizir Rekimara, sem desvio, devia viver em extrema conformidade com as prescrições centrais do poder público, expressas em lei. Nos direitos dos povos sem escrita, todavia, o poderoso espírito de subordinação já entremostrava uma das variáveis máscaras históricas, com as quais a terrível busca do consenso máximo vestiria séculos e milênios. Protodireitos em nascimento, não-escritos, religiosos e diversificados, testemunharam a interconexão entre o grupo e a proteção, do que o banimento foi um exemplo, em um esquema que funcionou com suporte no costume, no precedente no provérbio e do adágio<sup>61</sup>. Proteger, isto é, conceder a certeza e a segurança, foi possível ao grupo por reunir, de maneira incontrastável, um volume de capacidade de instrumentalização da força, da violência e do constrangimento, em si mesmo superior ao de toda e qualquer remota hipótese de manifestação, sobretudo individual, de comportamento desviante.

No Brasil, que constitui a referência concreta da tessitura abstrata aqui desenvolvida, foi obsessiva a preocupação social dominante com a segurança. Os jagunços, os cabras, os capangas, os bandos, as guardas, as milícias, o

<sup>60</sup> Ibid., p. 57.

<sup>61</sup> Ibid., p. 35 e segs.

dom, o contradom, a violência e a proteção, são retratos animados de diferentes momentos da realidade brasílica, fundada na prea, na posse, na sangria, no estupro, no arcabuz, na exclusão, no chicote, no pelourinho, na força e no esquartejamento. E também no medo e no sobressalto dos detentores do cabo do chicote, sempre temerosos quanto à volta do barco, com a cobrança dos efeitos dos açoites no cambiante dia seguinte. De onde a elite cabocla, vestida a punhos de renda, não ter deixado nunca de agir preocupada com o máximo de segurança, havida como o contraponto da violência, esta marca registrada do seu cotidiano. Este espírito calculado, de quem concede o coito para poder recorrer, se e quando necessário, ao cangaço, no sentido simbólico, foi transposto da ordem privada para a ordem pública, perpassando a ordem patrimonial e desaguando no mundo concorrencial.

Se o diabo são os outros, a indesejável alteridade, na Colônia, estava no invasor estrangeiro, a buscar substituir o português no encontro desigual de civilizações, reclamando para a França e para a Holanda a tutela sobre a terra e a gente pré-colombianas. Bem como no elemento autóctone, senhor da terra despojado de si mesmo, a transigir com este e com aquele para sobreviver, lutando contra e/ou a favor de portugueses, franceses, ingleses, espanhóis e holandeses. É também nos padres, teimando, como no verbo aceso de Antônio Vieira, em favor de alguma liberdade indígena, pois o silvícola, para muitos, não era gente e não tinha alma. Como esquecer os nativistas, os repúblicos, os sediciosos, os conspiradores, os avançados e os esclarecidos, os quais, entretanto, tinham pescoço, desde o pioneirismo de Bequimão até o sacrifício de Tiradentes, passando pela asfixia de Bernardo Vieira de Melo, que já cometera o genocídio, em companhia de Domingos Jorge Velho, dos altivos negros do Quilombo dos Palmares, os quais preferiram a morte a céu aberto à vida sob o barão e sob cutelo. Na desventura, enfrentaram o gume do fado, negando a segurança (dos bichos) e buscando a liberdade (como homens).

Se o diabo são os outros, a mortífera alteridade, no Império, residiu no desassombro dos padres em armas que não as do verbo, resistindo ao poder despótico e irresponsável, por meio da flama da liberdade confederada. E reapareceu nas explosões regenciais tectônicas, de que a Balaiada foi exemplo, de um mundo social a demonstrar a sua vulcânica existência,

com os excluídos, abandonados e/ou violentados fundando imperadores e liberdades bem-te-vis. Encontrou cortante eco nos quilombos, nas sociedades manumissoras, nos abolicionistas sem indenização, na pregação da democracia rural, na propaganda republicana, no espírito de corpo militar, na prisão dos prelados se na ousadia dos imigrantes pobres, a quererem ensinar a senhores com mentalidade escravocrata, que gente precisa ser tratada como gente. Chegando, enfim, a posições humanistas que pareceram extremas inconcebíveis, por pregarem a reorganização da sociedade segundo os parâmetros solidaristas e socialistas.

Se o diabo são os outros, a demoníaca alteridade, na República, foi manifestada no quilombo messiânico de Canudos, com o sebastianismo monárquico de Antônio Conselheiro em busca do futuro social. Como estaria, em seguida, nas primeiras greves operárias, protestando contra a vida e a morte severinas urbanas, ausentes das relações de trabalho os direitos sociais mínimos, que seriam objeto de demorada conquista e de mais prolongada manipulação estatal. Renasceria ainda nos furores tenentistas, com fortes, levantes, colunas sublevações e golpes de Estado, por meio de conflitantes promessas (direita, esquerda) de refundação republicana do Brasil. Chegaria à urbanização da miséria, desovando massas excluídas na periferia das cidades, famintas, sedentas, desqualificadas, desempregadas e embrutecidas, no plantio da semente lançada ao chão com o abolicionismo sem reforma agrária, a vincular senzala e favela, e esta, por sua vez, à violência, ao seqüestro, ao assalto, ao contrabando e ao narcotráfico, não obstante ali haja gente desassistida pelo Estado e adversa ao crime organizado: são sobreviventes da retidão. Enfim, outros diabos são os sem: terra, teto, trabalho, renda, dignidade e cidadania.

Elysio de Carvalho nasceu no caso do Império e faleceu na primeira República. De vida breve, mas prestante, entre 1880 e 1925, por meio do curso serpenteante de um singular itinerária, venceu, ou foi vencido, nas refregas e nos acidentes que não lhe deram trégua, sob a aparência de *Belle époque* a circundá-lo. Penedense das Alagoas que foi estudar no Seminário de Olinda<sup>62</sup>, antecessor da Faculdade

<sup>62</sup> Consultar a respeito as *Obras Econômicas* de J.J. da Cunha Azeredo Coutinho, p. 318, bem como, de NOGUEIRA, Mons. Severino Leite. *O Seminário de Olinda e seu fundador o Bispo Azeredo Coutinho*. 386 p.

de Direito do Recife, Elysio de Carvalho desembarcou, posteriormente, no Rio de Janeiro, à procura do seu título de Bacharel em Direito. Marcado a ferro na alma pelo aristocracismo tradicionalista do apenas patriciado nordestino, o jovem alagoano, que confessou o João do Rio ser um “intelectual europeu”<sup>63</sup>, perambulou de extremo a extremo, ao encontro de uma causa para a sua rebeldia. De recorte individualista, sentido heróico, valores aristocráticos e percepção esteticista da existência, Elysio de Carvalho, antagônico, pelo alto, à burguesia, visualizou, no Super-homem de Nietzsche, o detentor patrimonial da história, projetando-o no movimento anarquista, como instrumento de negação da vulgata concorrencial burguesa.

Entre afetações e equívocos, Elysio de Carvalho apostou, a princípio, no cosmopolitismo... que é burguês! E acomodou o seu sentimento aristocrático de repúdio à supremacia material e mercadológica dos interesses burgueses – imperantes sobre os valores do patriciado – no movimento anarquista, primo radical do liberalismo, por ser aquele, mais do que libertário, individualista. À margem de qualquer perspectiva de massa ou de classe, a atitude individualista extremada convinha a Elysio de Carvalho, por ser compatível com a singularidade (de Stirner), o heroísmo (de Carlyle) e a superpotência humana (de Nietzsche): o Único, o Herói e o Super-homem. Quanto ao escudo anarquista, servindo à sua excentricidade aristocrática, ainda que vindo do liberalismo, tinha a função antiburguesa de funcionar como ameaça estremecedora do estabelecimento social. O perfeccionismo que, com ânimo estético, o escritor alagoano de Penedo buscou, levou-o ao pioneirismo pedagógico merecedor de registro: “a Universidade Popular, a primeira que se funda na América do Sul, para empreender a instrução superior e a educação social do proletariado”<sup>64</sup>.

Elysio de Carvalho, ser em trânsito para quem a mudança constituía a única configuração da vida, feita – diria – de transigência, como condição do sucesso, foi, em certo tempo, apologeta do código anárquico:

“que o indivíduo é a medida de todas as cousas; que o homem é ingovernável, é para si sua única realidade, seu fim e seu todo; que todo poder é um absurdo; que

<sup>63</sup> RIO, João do. *O momento literário*. p. 265.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 260.

a propriedade é um roubo; que o Estado tem seus alicerces no crime e só é mantido pela violência; em summa, que o mundo da iniquidade e do roubo, onde a desigualdade faz do soffrimento do maior número o poder dos plutocratas e dos dirigentes, será fatalmente substituído por um mundo novo”<sup>65</sup>.

A fatalidade a que o escritor alagoano direcionou o seu pensamento político, deixou, entretanto, de merecer o seu entusiasmo militante. O seminarista de Olinda retrucou a política a partir dos expedientes de negação da fé:

“Hoje, não vacilo em afirmar que o anarquismo é um acervo de falsas idéias filosóficas e morais... O anarquismo, como idéia, é uma expressão filosófica saída do cristianismo – o maior flagelo da humanidade... Não ignoro o lado verdadeiramente trágico da existência dos pobres nem aprovo iniquidade sem nome que é o regime imperante: ...há mister que uma transformação radical se produza em nosso regime social – mas essa transformação será obra de uma aristocracia esclarecida, prudente e criadora, que tenha seus decretos respeitados por um povo que saiba obedecer”<sup>66</sup>.

O iluminismo prudente, detentor da hierarquia e da autoridade a estabelecer decretos para o povo sábio, por ter aprendido a arte da obediência, representa a evidência da mudança de Elysio de Carvalho, o qual preservou, já no modernismo nacionalista, sempre esteticista e sempre culturalista, a crença na casta de indivíduos excepcionais, a configurarem a primazia dos condutores da história, olímpicos, luzidios e garridos, no exercício da sua indisputável missão aristocrática. Eis como a polícia, instrumento de controle social, ou seja, da devida prudência, passou a ser objeto do seu criativo interesse, haja vista que, com a sua estrutura estamental, era, como é, um aparelho de Estado vigilante, a serviço da segurança pública, em uma ordem em que o espaço coletivo, contra a afirmação da cidadania, resulta muitas vezes capturado, para que, segundo a lógica privatista e desigualitária, a

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>66</sup> CARVALHO Apud CHACON, Vamireh. *Elysio de Carvalho* : ensaios. p. 45: Elysio de Carvalho: do individualismo anárquico ao nacionalismo cultural.

servidão popular confirme os ditames do senhorio pseudamente esclarecido. Destino trágico, o de Elyσιο de Carvalho? Apenas mais um fato da vida. Luiz Carlos Prestes, formado na escola positivista da ordem cultuada, realizou a sua travessia ao contrário e, de militar, tornou-se líder e militante comunista no Brasil. Já o agente da polícia do Czar, Joseph Stalin, prolongou a burocracia sanguinária no Estado Soviético, morto Lênine e exilado Trotsky, para consumir na história o imperialismo russo. O jornal *Izvestia*, de Moscou, baseado em pesquisas autônomas de cientistas sociais da Suécia e dos Estados Unidos, noticiou recentemente que 2/3 das vítimas fatais dos regimes tirânicos e despóticos do século XX, isto é, 110 milhões de pessoas, morreram sob o *sorex* – socialismo realmente existente – cabendo a Joseph Stálin a execução de 42,6 milhões de sentenciados pelo capitalismo de Estado que comandou, com ânimo policialesco, nacional e imperialista.

Prestes (em nível particular) e Stalin (no âmbito universal), foram antípodas de Elyσιο de Carvalho. Este, encontrou a sua síntese abdicando do anarquismo e do cosmopolitismo, para ser, conservados o individualismo e aristocratismos, um sociólogo culturalista e nacionalista. A polícia, para o escritor alagoano, foi um instrumento de reencontro com o Direito, que repugnara quando jovem anarquista:

“Ao entrar na academnia sublevou-me o nescio ambiente reaccionário que allí dominava, tendo, depois dalgum tempo, abandonados os estudos superiores por escrupulo de minha consciência anárquica”<sup>67</sup>.

Direito compatível com o organicismo da visão do mundo naturalista a que chegou, buscando a construção da “expressão esthetica do socialismo, isto é, o Estado organizado sobre bases naturaes”<sup>68</sup>. Ou seja, direito como instrumento da ordem posta, necessitada, entretanto, de transfiguração social, para poder exprimir os harmônicos, superiores ideais estéticos, ainda e sempre expressões da aristocracia do espírito. Os ritos jurídicos, nascidos dos religiosos, cercados por formas e servidos pela dialética, praticados em ambiente solene, despertaram em Elyσιο de Carvalho a convicção de serem instrumentos capitais para

<sup>67</sup> RIO, op. cit., p. 263.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 271.

a conquista da estética social com que, existencialista, sonhava.

Polícia e Direito – eis o binômio movente dos esforços pioneiros de Elyσιο de Carvalho, situado entre Nina Rodrigues e Arthur Ramos. Dedicado ao direito penal, à criminalística e à sociologia criminal, o escritor alagoano elaborou toda uma reflexão voltada para a defesa da adesão da prática policial aos métodos científicos, como estratégia inteligente de combate às condutas anti-sociais delituosas:

“Tendo escripto, por honrosa incumbência do Exmo. Sr. Dr. Leoni Ramos, ilustre ex-chefe da polícia, a *Synthese de Polícia Científica*, onde reuni todos os conhecimentos, processos, methods e noções scientificas indispensáveis para uma lucta mais efficaz contra o crime, e o *Manual do Agente de Polícia*, que é um tratado de investigação criminal para o uso dos nossos agentes, e em ambos encontrando-se observações pessoais sem conta referentes à criminalidade no Rio de Janeiro, pensamos ser cabível dar um balanço nos nossos serviços policiaes”<sup>69</sup>.

Discutido o aparelhamento da instituição, o ensaísta penedense comunicou os resultados a que chegara, com a investigação *A Polícia Carioca: a criminalidade contemporânea* – “precisa ser organizada tecnicamente, profissionalmente, cientificamente, para melhor desempenhar sua missão civilizadora”<sup>70</sup>.

Conhecer as leis, os regulamentos, a técnica e a ciência criminaes – eis o pré-requisito mínimo para o exercício da profissão de policial, segundo a percepção de Elyσιο de Carvalho, senhor da literatura do desafiante ofício, erudito em Niceforo, Gross, Bertillon, Ross, Reiss, Locard, Ottolenghi, Alongi e Boucher<sup>71</sup>. A fundação de escolas de polícia passou a ser o ideal do sociólogo alagoano. Transformar a investigação criminal em saber experimental, coadjuvado pela medicina, pela antropologia, pela psicologia, pela sociologia e, entre outras ciências, pela biologia, foi o propósito do esteta nordestino, que desejava vê-la, com efeitos, como “uma verdadeira sciencia natural ao serviço da Justiça e da Verdade”<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> CARVALHO, *A polícia carioca: a criminalidade contemporânea*. p. 7.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 71 e 112.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 112 e 133.

Elysio de Carvalho noticiará as conquistas em questão, em seguida, no opúsculo *La Police Scientifique au Brésil*, na esteira de Lombroso e de Ferri, entre outros, que o animaram ao bom combate, inspirando-o a convergências como a de Afrânio Coutinho. O elegante estudo foi ilustrado por um ensaio fotográfico, corporificando as inspirações recebidas -1) *Palais de la Police*; 2) *Laboratoire de Microscopie Médico-légale*; 3) *Salle d'Autopsie (Service Médico-Légal)*; 4) *Laboratoire de Chimie (Service Médico-Légal)*; 5) *Bibliothèque du Service Médico-Légal*; 6) *Musée Criminel (en installation)*; 7) *Section d'Identification Criminelle (Service d'Identification)*; 8) *Section d'Identification*; 9) *Section d'Informations Judiciaires (Service d'Identification)*; 10) *Section d'Informations Judiciaires (Service d'Identification)*; 11) *Archives des Fiches Dactyloscopiques (Service d'Identification)*; 12) *Section d' Identification Civile (Service d'Identification)*; 13) *Laboratoire de Photographie Judiciaire (Service d'Identification)*; 14) *Appareils de Photographie Judiciaire du Service d'Identification*; 15) *Cabinet du Directeur du Service d'Identification*; 16) *Salle de l'Ecole de Police*; 17) *Ecole de Police*; e 18) *Une Léçon Pratique de Dactyloscopie (Ecole de Police)*<sup>73</sup>.

Ainda no “Boletim Policial”, publicação mensal e graciosa do Gabinete de Identificação e de Estatística, que funcionava como à Rua Frei Caneca, nº 293, no Rio de Janeiro, Elysio de Carvalho, também Diretor da Escola de Polícia, prosseguiu o seu labor social e jurídico. O ensaio *Alphonse Bertillon*, dedicado a R. A. Reiss e Edmond Locard, festejou como gênio o primeiro, e como continuadores do seu labor científico, os dois últimos. Bertillon mereceu o epíteto de genial por quê? Segundo Elysio de Carvalho, com uma vida consagrada à justiça social, foi o pai dos métodos, das noções, dos processos que o tornaram incontestavelmente criador da moderna técnica policial”, desenvolvida “para facilitar o inquérito judiciário”<sup>74</sup>. Da antropometria à fotografia, passando pela perícia gráfica, pela análise biológica, pela medicina legal e pela estatística criminal, a idéia perseguida era a da precisão científica, sonhada por Alphonse Bertillon por intermédio de uma numerosa produção científica. Divergências à parte, o escritor penedense festejou,

<sup>73</sup> Consultar a respeito CARVALHO, *La police scientifique au Brésil*. p. 40.

<sup>74</sup> *Alphonse Bertillon*. p. 5.

em *O Professor R. A. Reiss no Brasil*, a sabedoria do investimento estatal paulista no aparelho de segurança, que convidou Reiss para conferências no Estado, por ser este – antropólogo, psicólogo, químico, naturalista, fotógrafo, dactiloscopista e criptógrafo – “a encarnação viva de Sherlock Holmes, um Sherlock autêntico em carne e osso”<sup>75</sup>.

Em clamoroso contraste com a Inglaterra, onde 93% dos crimes são desvendados pela polícia, restando 7% de pendências, no Rio de Janeiro da atualidade, apenas 6,8% dos delitos são equacionados, havendo o passivo de 93,2% de condutas criminosas sem solução. Esta é a tendência a cercar o aparelho policial no Brasil, objeto da desconfiança da sociedade, que o encontra, de vez a vez, no centro dos assaltos, massacres, violências, seqüestros e torturas, vinculado, por infortúnio, ao crime organizado, e não, à ordem constituída, com terríveis prejuízos para a sua imagem inconstitucional. Ao tempo de Elysio de Carvalho havia diferenças a registrar:

“Com effeito, São Paulo, mais que nenhum outro facilita e acata, como se lhe deve, a difficil e ardua missão da polícia, que, por isto mesmo, cada dia mais se torna um apparellho efficaz de prevenção e de repressão. Antes de tudo, S. Paulo estabeleceu o regimen da competência e fez desaparecer o caráter transitório das funcções policiaes”<sup>76</sup>.

O ideal positivo da ciência era o quê a exprimir as distinções, na percepção do homem que transitara da anarquia para a polícia:

“Nesta prática sensata reside em grande parte o sucesso de suas iniciativas, pugnando pela adopção de aptidões especiaes, cuidando do preparo tecnico das propostas ao officio, assimilando, enfim, o princípio de que a polícia é uma sciencia experimental, constituída para a defesa da collectividade”<sup>77</sup>.

Na monografia *L'Organisation et le Fonctionnement du Service d'Identification de Rio de Janeiro*, não deixou o senhor Diretor da Escola de Polícia e Diretor do Serviço de Identificação e de Estatística Criminal, de reconhecer os méritos do fundador deste, ao buscar livrá-lo de empirismo reinante, tornando-o valioso nas esferas social e científica.

<sup>75</sup> *O Professor R. A. Reiss no Brasil*. p. 10 e 17.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>77</sup> *Ibid.*

Historiando as visitas de Ferri e de Reiss em 1913, antecedidas pela de Vucetich em 1903, Elysio de Carvalho terminou por proclamar que o “Service d’Identification et de Statistique Criminelle de Rio de Janeiro réatise une oeuvre scientifique de premier ordre”<sup>78</sup>. Cerca de trinta fotografias – ambientes, personalidades e testes científicos – e estatísticas várias, de natureza criminal, ilustram a tese do ensaísta penedense. No opúsculo *A Reforma dos Institutos de Polícia de Portugal*, a preocupação máxima foi referente à manutenção da atualidade, ainda que reflexa, ou ressonante, com os avanços legais e técnicos hauridos na experiência universal. A discussão dos aspectos psiquiátricos da criminalidade, bem como da necessidade de uma avançada e disciplinada medicina legal, foi travada em nível de exigência social e jurídica:

“Não é raro surgirem queixas e protestos de homens eminentes na especialidade contra esse facto alarmante e suas resultantes, verdadeiras mostruosidades jurídicas, levando-nos quase a concluir que, neste particular, estamos em condições mais precárias do que a França antes de Peniel, do que a Inglaterra antes de Tuke, achando-se as nossas prisões repletas de desgraçados que a justiça dos homens não soube proteger e que a sciencia não pôde salvar, sem dúvida, passíveis de reclamação”<sup>79</sup>.

Na comunicação endereçada ao VIII e *Congrès International d’Anthropologie Criminelle*, reunido em Budapeste, entre 14 e 20 de setembro de 1914, intitulada *Criminalistique*, o jurista alagoano exibiu a sua erudição na matéria, remetendo a Stockis, Gross, Locard, D’Ottolenghi e Reiss, ao confessar que a influência recolhida pelo Rio de Janeiro, visando tornar a polícia judiciária uma instituição científica, vinha da França e da Itália, temperada pela Alemanha, Suíça e Bélgica. Visão douta prolongada ainda no debate das idéias de Lombroso, Garófalo, Ferri, Tarde e Maxwell, entre outros, à procura de uma explicação para o crime como fenômeno global, a reclamar um saber específico, mas interativo, a recolher subsídios da química, da física, da psicologia, da antropologia, da

<sup>78</sup> CARVALHO, L’*organisation et le fonctionnement du service d’identification de Rio de Janeiro*. p. 6.

<sup>79</sup> Id. *A Reforma dos Institutos de Polícia de Portugal*. p. 8.

biologia, da psiquiatria e da medicina legal. Sem o esquecimento de que, ao articular a sua tese, o esteta nordestino não esqueceu de mencionar a prosa policial de Edgard Alan Poe, demonstrando a sobrevivência dos seus vínculos consigo mesmo<sup>80</sup>. No estudo *A Identificação como fundamento da Vida Jurídica*, ao confirmar um estilo, Elysio de Carvalho examinou o significado civil e criminal do problema, percorrendo a bibliografia recente encontrada nas línguas reconhecidas como cultas e trazendo à colação numerosas exemplificações do cotidiano, ao abonar, com situações vividas, a reclamação legal máxima da tese que defendia: “A identificação obrigatória é um reclamo da consciência jurídica do nosso tempo”<sup>81</sup>.

Na conferência *A Luta Técnica Contra o Crime*, Elysio de Carvalho, fundamentado no aristocratismo nietzschiano, de novo fiel a si mesmo, condenou o humanismo de legisladores e de sociólogos, argumentando que ambos desaparelharam a sociedade dos reais mecanismos de defesa, “em nome de uma *humanidade* que não existe”<sup>82</sup>. Crua e soberanamente: “Philantropica, *por de mais humana*, é efeito de sintoma dessa anarquia dos instintos, tão bem descrita por Nietsche”<sup>83</sup>. A solução proposta pelo policial alagoano foi objetiva, ou, como diria, sem metafísica:

“O remédio reside numa organização policial capaz e numa justiça respeitável, severa, inflexível, porque, para reprimir os maus instintos dos malandros que nos aterrorizam com os seus crimes, é preciso não só que eles saibam que serão presos como ainda serão punidos devidamente”<sup>84</sup>.

No opúsculo *O Laudo da Perícia Gráfica do Caso da Rua Januzzi nº 13*, voltou Elysio de Carvalho a criticar o empirismo e a demonstrar os seus conhecimentos técnicos, sempre com substrato erudito<sup>85</sup>, renovado na monografia *Exames Periciais*, em que discutiu processos criminais, incêndios, grafologia,

<sup>80</sup> Id. *Criminalistique*. p. 5, 21 e 21.

<sup>81</sup> Id. Elysio de. *A Identificação como fundamento da vida jurídica*. p. 28.

<sup>82</sup> Id. *A luta técnica contra o crime*. p. 17.

<sup>83</sup> Ibid., p. 17.

<sup>84</sup> Ibid., p. 18.

<sup>85</sup> Consultar a respeito CARVALHO, Elysio de. *O laudo da perícia gráfica do caso da Rua Januzzi nº 13*. p. 22.

arrombamentos, identificação de pés calçados, maternidade e explosão, com diferentes parceiros, a exemplo de Octávio Michelet Oliveira, Décio Coutinho, Edgar Simões Corrêa, Miguel Salles, Carlos de Vasconcellos, Camillo de Moura e Alfredo Faria da Silveira<sup>86</sup>. Prosseguiu o esteta penedense, na revista *Selecta*, a sua pregação, publicando artigos sobre crimes, armas, prisões, tatuagens, enigmas, descobertas, laboratórios, crenças, superstições, grafia e fisionomia dos delinquentes, de interesse para a sociologia criminal.

A ambição magna de Elysio de Carvalho foi a de patrocinar o casamento de razão entre a polícia e a justiça. O Direito foi o Deus a que procurou, feita a travessia da anarquia para a polícia, servir. Não há uma palavra a respeito do pensador alagoano nas diferentes histórias jurídicas brasileiras, não obstante ele tenha avançado debates e processos na criminologia, na medicina legal, na estatística criminal, na identificação, na instrução judiciária e na administração policial, vastos e pioneiros campos em que foi tudo, menos desimportante.

Ausente está Elysio de Carvalho, talvez muito mais amante da Segurança do que da Justiça, da coletânea *Sociologia Criminal*, de Roberto Lyra; da *História do Direito, especialmente do Direito Brasileiro*, de Haroldo Valadão; da *História das Idéias Jurídicas no Brasil*, de A. L. Machado Neto; da *História Resumida do Direito Brasileiro*, de Milton Duarte Segurado; de *O Poder Judiciário no Brasil*, de Lenine Naquete; da obra coletiva *O Direito na República*; e do ensaio *100 Anos de Ciência Jurídica no Brasil*, de Miguel Reale, também supostamente completo. Qual nada! Miguel Reale, como os demais, produziu uma lacuna na história jurídica do Brasil, sonhando Elysio de Carvalho, amante que não foi correspondido.

Pobre homem... a deusa Thêmis é implacável com os que não consideram a Justiça o valor magno e o critério de verdade de todo e qualquer Direito, terminando por colocar-se a serviço da hierarquia e da autoridade, movidos pelo terrível e defensivo medo, cujos braços siameses e conflitantes são os instintos (a serem reprimidos) e a tradição (exigente da conservação).

---

<sup>86</sup> Id. Consultar a respeito CARVALHO, *Exames periciais*. p. 76.

# A questão agrícola no Mercosul e na União Européia (UE)

CARLOS A. MOREIRA LEITE  
JAMILE B. MATA DIZ  
DANIEL DE SÁ RODRIGUES

Na fase atual do desenvolvimento capitalista, a natureza das relações econômicas internacionais tem sido radicalmente alterada, devido ao fato de que a economia mundial deixou de ser o produto da soma das economias nacionais, que funcionavam conforme suas próprias leis, mantendo basicamente pactos comerciais bilaterais, para fazer parte de um único sistema universal.

O fenômeno da globalização atual, muitas vezes, tem dado lugar a um esquema estratificado de relações internacionais denominado globalização segmentada. O centro privilegiado desse cenário é constituído por aquelas regiões de maior dinamismo: EUA (enquanto integrante do Nafta), União Européia e Japão, sendo que são entre esses pólos que se desenvolvem as maiores correntes de comércio, de transferência tecnológica, de serviços e fluxos financeiros intermitentes, bem como de relações agrícolas de grande vulto.

A integração sobre a qual tanto se fala e se almeja parte de um conceito estrutural e se define como o processo de criação de um espaço econômico, político e social pela inserção voluntária e solidária dos Estados-partes, a partir de interesses comuns, que tem como objetivo final o desenvolvimento transnacional e cujos mecanismos e instrumentos estão definidos em tratados, pactos ou acordos instituídos.

Inúmeros são os obstáculos para a perfeita efetivação de um Mercado Comum. A coordenação das políticas macroeconômicas, uma harmonização tributária coerente e relações sociais satisfatórias são pontos conflitantes para

Carlos A. Moreira Leite é Professor-orientador do Departamento de Economia Rural da Universidade Federal de Viçosa.

Jamile B. Mata Diz e Daniel de Sá Rodrigues são graduandos do curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa e bolsistas do PIC/CNPq.



qualquer país que deseje participar de um comércio multilateral. Dentre as políticas macroeconômicas, a questão agrícola tem sido palco de intermináveis discussões, principalmente quanto aos setores governamentais. Na Rodada Uruguai, por exemplo, a agricultura foi a questão dominante, o que fez com que fossem adiados, sem acordo, todos os demais itens da agenda de negociações e donde se pode concluir que é de suma importância a convergência das políticas agrícolas quando se pensa em consumir, com êxito, a formação de um mercado comum.

O desenvolvimento integracionista da União Européia resolveu, por meio do Tratado de Roma, criar uma política agrícola comum que viesse a provocar uma completa e eficiente unificação dos principais setores produtivos agrícolas.

Na UE, entre as décadas de 70 e 80, houve um aumento na produção agrícola de 2% ao ano, havendo, em contraposição, uma redução do consumo interno de 0,5%, o que provocou um excedente alimentar realmente preocupante, pois resultou em fortes baixas nos mercados mundiais, trazendo prejuízos, sobretudo, para os países tradicionalmente fornecedores de produtos agroalimentares para a Europa.

Tais problemas foram devidamente solucionados com a adoção de um programa de subvenções, de tarifações menores para os países fornecedores, e também a adoção de um processo que estipularia intercâmbios tecnológicos, auxiliando os países de economia eminentemente agrícola.

Mas, se vislumbrarmos a progressão real com que se efetivou a implantação da política agrícola, poderemos notar que as complicações para a formação da UE se agravavam quando a agenda se voltava para a agricultura, primordialmente porque as dificuldades apresentadas eram geradas por uma especial sensibilidade política do setor, que impedia concessões, por achar que um programa comum poderia reduzir a já pequena renda dos miniagricultores. Foi colocado ainda que cada país perderia certa margem de liberdade para que, quando necessário, pudesse alterar unilateralmente sua própria política doméstica por fatores puramente políticos.

Contudo, percebeu-se que todo o sucesso da integração dependia, em parte, da questão agrícola, que deveria realmente ser conjugada numa posição unívoca, demonstrando que, ao invés

de negociações agrícolas isoladas, o mercado comum para a agricultura se apresentava como elemento crucial para a liberalização de manufaturados e vice-versa. Os países com interesse na liberalização agrícola, por sua vez, deixavam bem claro aos de indústria mais competitiva, mas agricultura ineficiente, que não iriam admitir a exclusão ou inércia do setor onde consideravam estar suas principais vantagens comparativas.

Antes da iniciativa de se criar uma comunidade européia nas proporções atuais, vários outros projetos de mercado comum ou comércio multilateral haviam sido colocados em prática, como, por exemplo, o Benelux, no qual se resolveu apenas harmonizar as políticas dos países-membros, sem a verdadeira intenção de criação de um programa de esforços comuns, não tendo esse projeto obtido maiores êxitos, o que veio demonstrar a necessidade de uma política comum planejada e rigidamente seguida.

Em termos de competitividade, a UE é o maior mercado importador e o segundo maior exportador de produtos agrícolas no mundo. E a participação da UE nas exportações mundiais não é só de destaque; também aumentou consideravelmente após a adoção da Política Agrícola Comum (PAC).

Foi justamente no Tratado de Roma (1958) que se procurou delimitar os objetivos da PAC: aumento da produtividade dos agricultores; melhora na qualidade de vida dos produtores e estabilização dos mercados e, finalmente, maior segurança alimentar (*food safety*). Entretanto, foi por meio de uma coesão tributária que se conseguiu, ainda que indiretamente, implementar com sucesso a política agrícola comum da UE.

Em 1987, foram apresentadas as propostas relativas ao novo sistema comunitário de imposição ao valor agregado – IVA – com a finalidade de obter-se a supressão das barreiras fiscais. Tal sistema foi estruturado em três pilares básicos: a aproximação das alíquotas do IVA e dos impostos especiais dos Estados-membros; o programa de tributação referente ao comércio transnacional e um sistema de compensação de impostos baseados num regime de origem, que foi amplamente criticado, o que culminou num regime transitório, elaborado conforme os preceitos do *Informe Lemirriere*, com duração prevista para o período de 1993 a 1997, segundo o estabelecido pela Diretiva 91/6880 em seu artigo 28, por um “regime de tributa-

ção dos intercâmbios entre os Estados-membros baseado no princípio de origem”, o que afetará incontestavelmente, mesmo que de maneira implícita, a política agrícola comum já definida.

Toda análise de perspectivas futuras da iniciativa do Mercosul deve incluir também uma avaliação dos verdadeiros interesses estratégicos de cada país no contexto da integração, uma vez que deles depende seu esforço integracionista. É inegável que cada país busque, antes de mais nada, seu bem-estar e crescimento e tenda a antepor esses fatores a qualquer outra consideração.

As vantagens e os benefícios potenciais da integração para países como o Paraguai e o Uruguai são evidentes, já que visam ascender de maneira direta a mercados externos de enorme tamanho comparativo. Além disso, estes são alcançados com baixo risco relativo, já que, por razões diferentes, sua produção interna dificilmente será afetada de forma negativa quando da completa integração.

O Mercosul responde por apenas 10,2% das exportações mundiais de produtos agrícolas, enquanto os países da UE têm uma participação de aproximadamente 52%.

A questão agrícola, dentro da formação do Mercosul, tem, como não poderia deixar de ser, suscitado calorosos debates a respeito de sua implantação. As maiores preocupações se referem ao fato de que as condições naturais, climáticas e do solo, bem como os avanços tecnológicos, têm privilegiado sobremaneira a Argentina e o Uruguai, os quais apresentam menores custos de produção em relação a uma grande parcela de produtos primários, tais como: o leite, o milho e a carne. “Os custos de produção do leite no Brasil são iguais ao dobro dos custos no Uruguai e na Argentina, em valores relativos. Ao se comparar as cadeias de produção do Brasil em relação à Argentina, por exemplo, percebe-se que a imposição de impostos e tarifas alfandegárias tem resultado numa diminuição considerável na rentabilidade produtiva do nosso país”<sup>1</sup>. Aliado a isso há uma tarifação compensatória (via tributação indireta) de 33% em relação à exportação para os demais países, sobretudo UE, enquanto a Argentina apresenta um percentual de apenas

16%. Ainda no caso dos produtos lácteos, a vantagem uruguaia é nítida sobre a brasileira, pois seu custo de produção é inferior ao do Brasil. De acordo com os dados disponíveis, fornecidos pela Cooperativa Nacional de Produtores de Leche, as compras brasileiras de leite e derivados atingiram em 1995 o montante de US\$ 40 milhões, o que indica um incremento de aproximadamente 74% em relação ao ano de 1993 (US\$ 23 milhões). No setor da carne, o Uruguai, juntamente com a Argentina, possui visíveis vantagens sobre o Brasil, pois seu produto é de melhor qualidade que o brasileiro; todavia, caso houvesse necessidade de importação pelo Brasil, certamente nossos vizinhos não conseguiriam suprir as necessidades do mercado brasileiro.

Outros produtos em que o Uruguai é bem competitivo são a lã, a cevada e o arroz, que estão descobrindo um bom potencial no Brasil, principalmente nos mercados do Sul, como Rio Grande do Sul, mas também São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro. Também as vinícolas uruguaias passaram por um processo de modernização, importando cepas francesas e melhorando a produção.

Assim, enquanto não se concretizar uma harmonização tributária consistente, não se poderá alcançar maiores triunfos na questão agrícola. O grande problema a ser enfrentado na análise tributária dos países-membros refere-se principalmente à supressão das barreiras fiscais, com implicações diretas sobre os impostos indiretos, tais como o IVA (imposto sobre o valor agregado, existente na Argentina e no Uruguai) e o ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, existente no Brasil).

Contudo, não é a matéria tributária o único ponto de entrave da agricultura, pois tem-se ainda a necessidade de implementação do ajuste de preços ao mercado, dos subsídios e das medidas *antidumping*, procurando-se evitar, em ambos os casos, um protecionismo arraigado.

É um tanto complexa a discussão sobre a política agrícola, apesar de alguns estudiosos e mais entusiastas do Mercosul afirmarem que as dificuldades encontradas pela UE para a formação comum da agricultura foram mais rígidas do que estão sendo no Mercosul. Uma das diferenças básicas que se pode notar é que os países-partes do Mercosul acreditam na possibilidade de haver apenas uma harmonização das políticas nacionais, modelo esse que não obteve muito êxito nas negociações do Tratado de Roma.

<sup>1</sup> LOPES, M.R., JANK, M. S. *O setor leiteiro, a intervenção do estado e o Mercosul: análise e proposta de estratégias políticas*. São Paulo: Associação Brasileira de Produtores de Leite B, 1992.

Antes de se iniciar a harmonização tributária propriamente dita, os integrantes do Mercosul deverão indubitavelmente adaptar e coordenar suas políticas macroeconômicas a fim de que não haja maiores distorções quando houver a completa efetivação do mercado comum. A própria estrutura tributária de cada país integrante é um fator macroeconômico de alta relevância e que atuará de forma incisiva sobre a política agrícola, qualquer que seja o modelo a ser adotado.

No Mercosul, as diferentes legislações dos quatro países apresentam assimetrias importantes quanto aos sistemas e alíquotas dos impostos indiretos, o que dificultará sobremaneira a harmonização (já iniciada com a adoção de uma tarifa externa comum) das respectivas legislações. Desde logo, nota-se que a Argentina, o Paraguai e o Uruguai têm como principal fonte de arrecadação de receitas o IVA que corresponde, de maneira análoga, ao ICMS, no âmbito estadual; ao IPI (imposto sobre produtos industrializados), na esfera federal, e ao ISS (imposto sobre serviços de qualquer natureza), de competência municipal, estando estes previstos na Constituição Federal do Brasil.

A adoção do IVA tem sido amplamente defendida, admitindo-se até mesmo que os três impostos citados se transformem em um só, tentativa esta que já está sendo realizada com a implantação do Imposto Único. “Talvez a solução mais adequada seja a implantação de um IVA (Imposto sobre Valor Agregado) de alíquotas harmonizadas – entre 14% e 20%, e sem taxa 0, baseado no sistema de origem”<sup>2</sup>.

A agricultura era considerada, no início do processo de integração, como um setor em que a Argentina dispunha de amplas e simples vantagens comparativas em relação aos demais países. A experiência dos primeiros anos de integração e a especialização na área setorial – incluindo-se aí a consideração das cadeias produtivas relacionando agricultura e indústria – têm suscitado a revisão dessa interpretação, aparentemente baseada no caso do trigo – em que são evidentes as disparidades entre a Argentina e o Brasil, em termos de custo de produção e competitividade.

Essa questão parece considerar elevado o potencial de conflito existente em um setor agrário submetido às pressões competitivas da integração. Sem dúvida, a superposição da

questão agrária e da questão regional, determinada pelo fato de que os setores agrícolas sensíveis à integração estão concentrados regionalmente, amplia o potencial de divergências, com efeitos bastante negativos sobre o abastecimento (principalmente quando se referem a produtos como a carne).

Nos demais segmentos de produção agrícola e agroindustrial, evidencia-se não só a capacidade competitiva dos produtores brasileiros, mas ainda um razoável potencial de crescimento do comércio intra-ramos, o que é mais importante do ponto de vista da integração. Tal é o caso dos segmentos de carne, laticínios e soja, que devem, entretanto, passar por profundas modificações internas sob pena de se transformarem nos setores mais prejudicados da economia de integração.

A competitividade de um país é determinada por vários fatores: estoque de recursos fixos destinados à produção e comercialização; eficiência e produtividade; preços dos insumos e política tributária.

Uma pesquisa realizada pelo IEPE/92 constatou que os custos argentinos de produção agropecuária são menores que os dos demais países, especialmente em se tratando de Brasil, e em relação a muitos produtos. Os menores custos argentinos derivam, muitas vezes, das melhores condições climáticas lá existentes.

No setor agroindustrial brasileiro, as maiores preocupações parecem estar relacionadas com este tipo de impacto – redução nos níveis de produção; isso porque os maiores produtores literalmente “engolem” os pequenos – e com as receitas ao produtor, ocasionadas pelas importações dos produtos dos parceiros comerciais. Acontece que, por condições do clima e do solo, e em muitos casos tecnológicas, a Argentina e o Uruguai apresentam maiores custos de produção em relação a uma grande parcela de produtos.

As importações de produtos agrícolas provenientes dos parceiros do Brasil têm aumentado significativamente nos últimos períodos, a ponto de preocupar seriamente vários setores produtivos. O problema latente que se liga ao Mercosul são os diversos fatores que poderão levar a distorções de competitividade no bloco, afetando os fluxos de comércio entre os países e fazendo com que os benefícios econômicos, que seriam de se esperar, acabem não ocorrendo, ou pior, tornem-se prejudiciais. Alguns desses fatores são: taxa cambial, incidência tribu-

<sup>2</sup> FIGUEIRAS, Marcos Simão. *Mercosul no contexto latino-americano*. 2.ed. São Paulo : Atlas, 1996.

tária, ação das políticas agrícolas, restrições não-tarifárias, etc. Esses têm relação direta com a sobrevivência de vários produtos agrícolas brasileiros, particularmente os pertencentes às cadeias sensíveis.

A preocupação maior nesse momento que o Mercosul atravessa, a fase de união aduaneira, é de cautela e prudência, pois exige sacrifícios por parte dos países-membros para que o Mercosul atinja o seu real objetivo: a formação de um *Mercado Comum*. Contudo, tais sacrifícios deverão ser feitos sem que recaia prejuízo ou desvantagem sobre apenas um membro em relação aos demais.

A política agrícola é tema de fundamental importância e que gera conflitos e discussões em todos os mercados até hoje implantados. Mas não serão as dificuldades que impedirão que os países-membros atinjam seu tão desejado ideal. Deve-se procurar, com muita paciência e imparcialidade, encontrar o verdadeiro caminho a ser seguido pelo Mercosul, ainda que seja inicialmente e apenas a harmonização das legislações, enfaticamente a tributária. O caminho escolhido deverá promover um tratamento equitativo para todos os países, respeitando-se o ritmo e as diferenciações básicas de cada país, que deverão ser levados em conta.

Segundo o trabalho realizado por Marcelo de Paiva e Eduardo Loyo: “nas negociações do Nafta, os temas agrícolas foram sempre tratados como os que maiores dificuldades ofereceriam à plena integração dos mercados, o que, não poderia deixar de ser, acabou resultando em prazos de transição bastante longos e liberalização inicial bastante tímida, comparativamente aos negociados para o comércio de manufaturas.

No caso do Mercosul, porém, as próprias estruturas produtivas e do comércio exterior dos seus integrantes de algum modo impuseram, desde a abertura das negociações, que o leque de setores abarcados pela integração incluísse tanto a indústria de transformação quanto a agricultura. Somente assim, dada as vantagens competitivas que em geral se atribuem a cada uma das partes envolvidas, haveria a possibilidade de um balanço de concessões mútuas (...)”<sup>3</sup>.

Assim, a política agrícola como um todo precisará de várias reformulações para que se consiga alcançar todos os propósitos inseridos

<sup>3</sup> ABREU, Marcelo de Paiva, LOYO, Eduardo H.M.M. *Estudos de política agrícola 05* : relatórios de pesquisa. IPEA, 1994. p. 86.

no Tratado de Assunção, atingindo um estágio de evolução que prega pela total harmonia dos sistemas. Coordenação é a palavra-chave para estimular a série de transformações que as políticas internas de cada país deverão sofrer. Cooperação será o ponto de apoio básico que os países deverão manter em suas metas, de maneira que um auxilie mutuamente o outro sem que haja cobranças ou inimizades entre os mesmos.

No que tange especificamente à economia interna de cada país, haverá necessidade de mudanças drásticas, mas que deverão ser rapidamente realizadas, sob pena de se colocar em risco a perfeita sincronização das aspirações finais do Mercosul.

Quanto à harmonização tributária, deverá-se concentrar na efetivação de um Código Comum, que irá facilitar sobremaneira as questões que tiverem sido colocadas como realmente importantes, fazendo com que haja um estrito cumprimento das normas previstas em tal Código. Os reflexos das estruturas tributárias recaem, sem sombra de dúvida, sobre as políticas agrícolas internas de cada país. Urge, portanto, que se faça uma adequação positiva para todos os integrantes do Mercosul, de modo a acelerar corretamente a tão sonhada integração.

Com referência ao ingresso de outros países ao Mercosul, como é o caso do Chile, Venezuela e Bolívia, será de essencial necessidade a concordância de todos os membros, evitando, assim, discussões ou até mesmo retiradas. A possibilidade de formação de um mercado comum das Américas (Alca – Acordo de Livre Comércio das Américas) não é de tudo inviável, ao inverso, já existem estudiosos que prevêm tal acontecimento.

Finalmente, para que todas as metas possam ser esgotadas, deve-se estimular os setores descrentes ou descontentes com a integração, pois nota-se um grande desinteresse por parte do setor legislativo em modificar o modelo normativo em geral, o que irá provocar certamente perdas irreparáveis para os países que imponham demasiados obstáculos para uma perfeita integração, e é o Brasil que possui maiores dificuldades para obter significativas mudanças em seu sistema tributário. O temor de que essas mudanças venham provocar perdas em alguns setores é infundado e sem amparo científico, pois, como visto, há áreas de maior sensibilidade, mas que, se forem reestruturadas, passarão a ser competitivas tanto quanto as demais.

# O *habeas data* na Lei nº 9.507/97

ARNOLDO WALD  
RODRIGO GARCIA DA FONSECA

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O acesso extrajudicial às informações. 3. O cabimento do *habeas data*. 4. A ação judicial. 5. Algumas questões processuais. 6. Conclusão.

### 1. Introdução

O *habeas data* foi introduzido, no Direito brasileiro, com a Constituição Federal de 1988. Conforme a definição constitucional, no inciso LXXII do art. 5º da Carta Magna, trata-se de um meio posto à disposição das pessoas para que conheçam as informações a seu respeito constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, permitindo ainda que seja feita a retificação dos dados eventualmente inexatos.

Embora sem o nome específico de *habeas data*, instrumentos semelhantes constaram da Constituição de Portugal de 1976 (art. 35) e da Constituição da Espanha de 1978 (art. 105, b). Nos Estados Unidos, o *Freedom of Information Act* de 1974, alterado pelo *Freedom of Information Reform Act* de 1978, permite o acesso dos particulares às informações de registros e bancos de dados públicos. Mais recentemente, o *habeas data* foi introduzido no Direito argentino, na revisão constitucional de 1994, como uma das modalidades de *acción expedita y rápida de amparo*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Novo art. 43 da Constituição da Argentina. Sobre o *habeas data* no Direito argentino, destacamos as obras de FALCÓN, Enrique M. *Habeas Data* : concepto y procedimiento. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1996 e EKMEDJIAN, Miguel Ángel, PIZZOLO, Calogero. *Hábeas Data* : el Derecho a la intimidad frente a la revolución informática. Bu-

Arnoldo Wald é Professor catedrático da Faculdade de Direito da UERJ e advogado em São Paulo e no Rio de Janeiro.

Rodrigo Garcia da Fonseca é advogado.

No Brasil, como vinham afirmando a doutrina e a jurisprudência, desde a criação constitucional do *habeas data*, fazia-se necessária a edição de uma legislação específica para a disciplina desse novo instituto<sup>2</sup>. Assim, foi aprovada a Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997 (DOU 13.11.97), sancionada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso com alguns poucos vetos, que “regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*”<sup>3</sup>.

Consagrando o princípio já consolidado pela Súmula nº 2 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual não será cabível a ação de *habeas data* se não houver a prévia recusa de informações por parte da autoridade administrativa, a Lei nº 9.507/97 reservou os primeiros artigos ao regramento da fase extrajudicial da postulação, deixando para uma segunda parte as regras processuais sobre a ação judicial.

enos Aires : Depalma, 1996. Em ambos os livros há uma boa quantidade de informações sobre o *habeas data* no direito comparado.

<sup>2</sup> A literatura jurídica brasileira não é muito rica na matéria. Além de vários artigos publicados em revistas especializadas por Célio Borja (*Revista Forense*, n. 306, p. 43) Joaquim Portes de Cerqueira Cesar (*Revista Forense*, n. 310, p. 29) Pedro Henrique Tavora Niess (*Justitia*, v. 149, p. 38) Carlos Ari Sunfeld (*Revista da Procuradoria Geral de São Paulo*, v. 153, p. 176) e Humberto Theodoro Junior (*Revista da Faculdade de Direito de UFMG*, v. 33) o *habeas data* tem sido tratado nos livros referentes às garantias constitucionais entre os quais se destacam o Mandado de Segurança de Hely Lopes Meirelles, atualizado por Arnaldo Wald, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca, (18. ed. Malheiros, 1997), Cretella Junior (*Os Writs na Constituição de 1988*), Vicente Greco Filho (*Tutela constitucional das liberdades*) Calmon de Passos (*Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data*) e Othon Sidou (*Habeas Data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular*) e pelos comentadores da Constituição de 1988 em geral como os Professores Ives Gandra Martins e Celso Bastos (*Comentários à Constituição do Brasil*. 1989. v. 2, p. 361-367). Existe ainda uma monografia de Tereza Baracho Thibau (*O Habeas Data*. Belo Horizonte : Del Rey, 1997) e um ensaio da Juíza Diva Prestes Malerbi (*Perfil do Habeas Data*) ambos anteriores à nova legislação. A jurisprudência, especialmente dos tribunais superiores, é parca.

<sup>3</sup> Enquanto estava sendo discutido o projeto no Congresso Nacional, foi nomeada pelo Ministro da Justiça, em virtude da Portaria nº 634 de 23/10/96, Comissão de juristas para rever a legislação sobre

## 2. O acesso extrajudicial às informações

A Constituição de 1988, ao criar o *habeas data* no inciso LXXII do art. 5º, assegurou às pessoas em geral o acesso às informações sobre elas constantes de “registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”. Do texto constitucional deduz-se que, em princípio, todos os registros e bancos de dados “oficiais” – de entidades governamentais – estão sujeitos à regra (ressalvadas as informações sigilosas por questão de segurança da sociedade e do Estado, como restringido pelo inciso XXXIII do mesmo art. 5º da Constituição, regulamentado pela Lei nº 8.159/91). Mas também os registros ou bancos de dados particulares poderão ser acessados pelos interessados, desde que sejam caracterizados como de “caráter público”.

Logo no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.507/97, é definido como de caráter público “todo o registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam do uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”. Com efeito, inúmeros registros tipicamente comerciais, como serviços de proteção de crédito ou listagens de mala-direta, estarão englobados na definição legal, na medida em que normalmente são idealizados justamente para transmissão de informações a terceiros. Como a definição legal é bastante ampla, entendemos que deve ser interpretada com temperamentos, verificando-se, caso a caso, a natureza das informações registradas e o seu potencial eventualmente lesivo aos particulares.

Não se pode esquecer que o *habeas data* foi concebido na Constituição de 1988 como um instrumento essencialmente político. Os membros da Assembléia Nacional Constituinte tinham em mente, sobretudo, os registros do antigo Serviço Nacional de Informações (SNI) du-

arguição de inconstitucionalidade, mandado de injunção, mandado de segurança e *habeas data*. Na mencionada Comissão que foi presidida pelo Professor Caio Tácito, dela participando, entre outros, os Ministros Carlos Alberto Direito e Rui Rosado e os professores Ada Grinover Pelegrini e Arnaldo Wald, foi elaborado um anteprojeto referente ao *habeas data*, regulamentando o inciso LXXII do art. 5º da Constituição Federal, que pode ter influenciado os vetos do Poder Executivo ao projeto de lei encaminhado pelo Congresso Nacional.

rante o regime militar a partir de 1964<sup>4</sup>, embora a finalidade da lei ordinária seja mais ampla.

A preocupação quanto ao alcance das regras da Lei nº 9.507/97 foi expressamente manifestada pelo Presidente da República nos vetos ao *caput* do art. 1º, ao Parágrafo Único do art. 3º e à íntegra do art. 5º. Nesses dispositivos, originalmente aprovados pelo Congresso Nacional, mencionava-se simplesmente o direito irrestrito ao acesso às informações nos registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, sem a ressalva quanto às informações sigilosas, garantida na própria Constituição Federal. Ademais, estabelecia-se a obrigação de fornecimento imediato de cópias de documentos aos interessados, além da comunicação à pessoa interessada da prestação de informações a seu respeito a qualquer usuário ou terceiro. Como bem salientado nas razões de veto, tais obrigações seriam inviáveis e desproporcionais, tanto do ponto de vista prático quanto jurídico.

A lei disciplinou um rito extrajudicial, estabelecendo que o interessado apresentará o seu requerimento de fornecimento de informações ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados, o qual deverá ser apreciado em 48 horas (art. 2º, *caput*). A decisão deverá ser comunicada ao requerente em 24 horas (art. 2º, parágrafo único), sendo que, em caso de deferimento, marcar-se-á dia e hora para a divulgação das informações (art. 3º, *caput*).

Embora haja uma louvável preocupação com a celeridade do procedimento, a lei nada dispôs quanto à inobservância destes prazos. Em se tratando de órgão público, o funcionário em atraso estará sujeito às penalidades administrativas cabíveis em função da desobediência a uma obrigação legal, mas em se tratando de entidades privadas (apesar do caráter público), há muito pouco que o interessado possa fazer para que os prazos sejam rigorosamente respeitados. É verdade que o art. 6º estabelecia multas para o descumprimento das obrigações impostas às entidades depositárias dos dados ainda na fase extrajudicial, mas a falta de especificação quanto à destinação e à gestão das verbas arrecadas, além de uma anômala intervenção do Ministério Público, prevista nos parágrafos 1º e 2º, levaram o Presidente da República a vetar a norma.

<sup>4</sup> LIMA, Jesus Costa. *Comentários às súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Brasília Jurídica, 1993. v. 1, p. 38.

O art. 4º da Lei do *Habeas Data* disciplina a retificação de dados inexatos. O interessado deverá pedir a retificação em petição acompanhada de documentos comprobatórios da inexactidão (art. 4º, *caput*), a qual deverá ser efetuada e comunicada ao requerente em 10 dias (art. 4º, § 1º). Há, ainda, uma situação intermediária, quando não se verificar propriamente uma inexactidão, mas houver alguma pendência sobre o fato objeto do dado registrado. Nessa hipótese, o interessado poderá apresentar “explicação ou contestação”, que deverá ser anotada no cadastro (art. 4º, § 2º).

Entendemos que, em toda a fase extrajudicial, quando o banco de dados ou o registro for de órgão ou entidade integrante da Administração Pública, serão cabíveis os recursos administrativos ordinários às autoridades hierarquicamente superiores em caso de indeferimento de quaisquer requerimentos<sup>5</sup>. Não obstante, embora o recurso administrativo possa ser cabível, não se poderá exigir do interessado a prévia exaustão das vias administrativas para que ajuíze o seu pedido de *habeas data* perante o Poder Judiciário, em virtude da expressa vedação constitucional (CF, art. 5º, XXXV) e de acordo com a jurisprudência dos tribunais.

### 3. O cabimento do *habeas data*

O art. 7º da Lei nº 9.507/97 repete a redação do inciso LXXII do art. 5º da Constituição, assegurando o cabimento do *habeas data* para o conhecimento de informações sobre a pessoa do impetrante e a retificação de dados. Acrescentou-se, porém, uma terceira hipótese de cabimento do *habeas data*, não prevista na Constituição, “para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável” (art. 7º, III).

Quanto à retificação de dados (art. 7º, II), a lei repete a Constituição Federal ao prever a opção, para o interessado, de requerimento mediante “processo sigiloso, judicial ou administrativo”. Como a própria Lei do *Habeas Data* não disciplina este processo judicial sigiloso, entendemos que deverá seguir o rito ordinário, correndo sob segredo de justiça, na forma do Código de Processo Civil (CPC), art.

<sup>5</sup> Sobre a matéria, ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 585.

155. O processo administrativo sigiloso, evidentemente, só será aplicável às “entidades governamentais”.

O *habeas data*, para anotação de contestação ou explicação de dado sujeito a pendência, deve ser empregado com parcimônia, pois não pode servir para satisfação de meros caprichos dos particulares. A explicação não só deverá ser devidamente instruída e justificada, como o requerente deverá provar o seu interesse processual (CPC, art. 3º), consistente na necessidade de fazer constar a anotação para evitar algum tipo de prejuízo material ou moral. Como regra geral do processo civil, o autor de uma ação deve provar a necessidade que tem de recorrer ao Poder Judiciário, e, portanto, não bastará a mera vontade do impetrante para justificar o cabimento do *habeas data* para simples anotação.

Por fim, o *habeas data* poderá ser impetrado tanto pela pessoa física quanto pela pessoa jurídica<sup>6</sup>. Não há motivos para excluir as pessoas jurídicas se a Constituição não o fez. Assim, da mesma forma como podem impetrar mandado de segurança, as pessoas jurídicas também podem impetrar *habeas data*. Nesse particular, vale lembrar que a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça vem aceitando a reparabilidade do dano exclusivamente moral causado à pessoa jurídica, a partir do acórdão no REsp nº 60.033-2-MG, Relator Ministro Ruy Rosado, *RSTJ*, nº 85, p. 268; e o *habeas data* (especialmente para retificação de dados) pode ser um importante instrumento na defesa do patrimônio moral, evitando a difusão de informações inexatas ou deturpadas.

#### 4. A ação judicial

O legislador, nos arts. 8º e 9º da Lei nº 9.507/97, copiou a técnica da Lei nº 1.533/51, arts. 6º e 7º (Lei do Mandado de Segurança). Assim, a petição inicial do *habeas data* deverá atender os requisitos do Código de Processo Civil para as demais petições iniciais (CPC, arts. 282 a 285) e deverá ser apresentada em

<sup>6</sup> Essa já era a opinião de Hely Lopes Meirelles desde a criação do *habeas data*, como se pode ver no capítulo I da quinta parte da 18ª ed. de seu livro *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data*. Malheiros, 1997, atualizada por Arnaldo Wald com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca.

duas vias (inclusive dos documentos). O coator será notificado para prestar informações em dez dias, recebendo a segunda via da petição e documentos. Inexistindo previsão específica quanto à forma da notificação, entendemos que deverá ser feita por oficial de justiça ou correio, na forma da lei processual (CPC, art. 221), contando-se o prazo da juntada aos autos do ofício (Lei nº 9.507/97, art. 11, c/c CPC, art. 241, I e II).

Disciplinando-se a ação dessa forma, deuse ao *habeas data* uma feição similar ao mandado de segurança, no qual não há propriamente um réu, mas uma autoridade coatora (no caso, a Lei nº 9.507/97, nos arts. 9º, 13 e 14, fala simplesmente em “coator”). Nesse ponto, porém, concordamos com a opinião de Hely Lopes Meirelles<sup>7</sup> no sentido de que o rito do mandado de segurança não seria o mais adequado para o *habeas data*.

Com efeito, um problema que pode surgir para o impetrante é a identificação de quem é o responsável pelo registro das informações sobre a sua pessoa, dentro de uma entidade depositária de registros ou bancos de dados (que pode ser pública ou privada). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que a indicação errônea da autoridade coatora, no mandado de segurança, leva à extinção do processo, sem julgamento do mérito, por carência de ação, embora haja algumas decisões nas quais o relator determinou a citação da autoridade que entende ser a coatora, mesmo não sendo a apontada pelo impetrante. Para que se facilite a impetração do *habeas data*, e considerando que, no âmbito administrativo, o requerimento deve ser feito “ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados” (Lei nº 9.507/97, art. 3º), o coator deve ser considerado, sempre, este órgão ou entidade, e não uma pessoa que ocupe um determinado cargo. Assim, será legitimado passivo para o *habeas data* o próprio órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados, que poderá ter personalidade jurídica independente ou não, e que será representada em juízo por quem de direito, de acordo com os seus atos constitutivos, estatutos ou regimentos. Trata-se, pois, de uma situação diferente da existente no mandado de segurança, no qual o coator é sempre e necessariamente uma pessoa física.

<sup>7</sup> MEIRELLES. *Mandado de Segurança*. cap. 3, quinta parte.



É indispensável, sob pena de indeferimento da inicial, a prova de que a entidade depositária do registro ou banco de dados se recusou a prestar as informações (ou deixou de decidir sobre a matéria em dez dias) ou se recusou a fazer as retificações ou as anotações cabíveis (ou deixou de decidir sobre a matéria em quinze dias).

Consoante o disposto no art. 10 da Lei do *Habeas Data*, do eventual indeferimento da inicial, por falta de qualquer dos requisitos legais, caberá apelação. A lei não prevê a hipótese de emenda da inicial, mas entendemos que, por medida de economia, o juiz poderá determiná-la, por aplicação do art. 284 do Código de Processo Civil<sup>8</sup>. Da mesma forma, enquanto não for notificado o coator, caberá o aditamento à petição inicial (CPC, art. 294). De qualquer maneira, a decisão denegatória do *habeas data*, que não tenha apreciado o mérito, não impede o ajuizamento de novo pedido (Lei do *Habeas Data*, art. 18).

As informações do coator poderão contestar o cabimento do *habeas data*, por diversos motivos (por faltar caráter público ao banco de dados, por faltar algum documento à inicial, por serem as informações sigilosas, por não ter havido a prévia recusa administrativa, ou por qualquer outro fundamento relevante). Também poderão, no caso de pedido de retificação ou anotação, contestar a correção dos dados apresentados pelo impetrante.

Passado o prazo para as informações, prestadas ou não as mesmas, o processo será encaminhado ao representante do Ministério Público para o parecer (Lei do *Habeas Data*, art. 12). A necessidade de oitiva do *parquet*, em redação semelhante à do art. 10 da Lei do Mandado de Segurança, leva a crer ser aplicável ao *habeas data* a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que considera nulo o *writ* se não houver a efetiva manifestação do Ministério Público, não bastando a mera intimação<sup>9</sup>.

Voltando os autos do Ministério Público, caberá ao juiz proferir a sentença. Se julgar

<sup>8</sup> A aplicação subsidiária desta regra pode ser inferida pelo art. 8º da Lei nº 9.507/97, ao impor como requisitos da petição inicial de *habeas data* os mesmos dos arts. 282 a 285 do CPC.

<sup>9</sup> Ver, por exemplo, REsp nº 9.738-0-AM. Relator Ministro José de Jesus Filho. *RSTJ*, n. 59, p. 205, EDREsp nº 9.209-0-AM. Relator Ministro Peçanha Martins. *RT*, n. 703, p. 159 e EDREsp nº 9.271-8-AM. Relator: Antônio de Pádua Ribeiro. *Revista Renovar*, v. 4, p. 128.

procedente o pedido, marcará dia e hora para que as informações sejam prestadas ao impetrante ou, no caso de *habeas data* para retificação de dados ou anotações, para que o banco de dados apresente em juízo a prova dos novos assentamentos (Lei do *Habeas Data*, art. 13).

Ao longo de toda a Lei nº 9.507/97, percebe-se a grande preocupação do legislador com a celeridade do procedimento, tanto na fase extrajudicial, quanto em juízo. São estabelecidos os prazos de cinco dias para o parecer do Ministério Público e para a prolação da sentença (art. 12), e o prazo de 24 horas para conclusão a partir da distribuição, além da prioridade sobre os demais feitos judiciais, excetuando o *habeas corpus* e o mandado de segurança (art. 19). Também determina a lei que, nos tribunais, os processos de *habeas data* sejam levados a julgamento na primeira sessão seguinte à conclusão ao relator. Infelizmente, como se sabe, prazos dessa natureza raramente são observados, até mesmo em função do enorme acúmulo de processos e da sistemática falta de pessoal no Poder Judiciário.

Em virtude do seu caráter essencialmente célere e preferencial, entendemos que, tal como o mandado de segurança, o *habeas data* também deverá tramitar durante as férias forenses coletivas.

De qualquer maneira, o art. 14 da Lei do *Habeas Data* traz uma salutar inovação, ao prever a possibilidade de comunicação da sentença, ao coator, por meio de correio, telegrama, radiograma ou mesmo telefonema. A utilização de serviços ou tecnologias que permitam a celeridade da prestação jurisdicional deve ser encorajada, desde que preservada a segurança das partes envolvidas (seria o caso de se pensar, no futuro próximo, na notificação eletrônica, via *internet*). Aliás, ao permitir a comunicação por telefone, a lei nos parece ter autorizado o emprego do fax. Embora a lei silencie a esse respeito, parece-nos evidente que a notificação da sentença também poderá ser efetivada mediante diligência de oficial de justiça, se assim requerer o impetrante.

A sentença do *habeas data* comporta recurso de apelação (art. 15 da Lei nº 9.507/97). Na omissão quanto ao prazo, aplica-se a regra geral da lei processual, sendo o prazo de quinze dias (CPC, arts. 506 a 508). O recurso contra a sentença concessiva do *habeas data* terá efeito meramente devolutivo (Lei nº 9.507/97, art. 15, parágrafo único), cabendo, nesse caso,

o pedido de suspensão da execução da sentença ao Presidente do Tribunal ao qual compete o conhecimento do recurso (Lei do *Habeas Data*, art. 16). Do despacho que deferir a suspensão, caberá agravo para o Tribunal (o prazo do agravo e o respectivo órgão julgador dependerão dos regimentos internos de cada tribunal).

Como a lei só previu o agravo para a hipótese de deferimento do pedido de suspensão, resta saber se, indeferido o pedido pelo Presidente do Tribunal, o apelante terá algum outro remédio para impedir a execução provisória da sentença. A questão é especialmente delicada nos *habeas data* em que se pedir o fornecimento das informações. Se o coator entender que não pode divulgá-las ao impetrante (em razão do sigilo constitucional, por exemplo), o provimento da apelação poderá não servir de nada se as informações já tiverem sido fornecidas e o sigilo quebrado. Em tais situações excepcionais, entendemos que também poderá ser cabível o agravo contra o indeferimento do pedido de suspensão (até mesmo em respeito à isonomia e ao devido processo legal – CF, art. 5º, *caput*, LIV e LV). Se não houver tempo hábil para o julgamento do agravo, também entendemos cabível o mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo à apelação<sup>10</sup>.

Qualquer coator – entidade governamental ou privada – terá legitimidade para requerer ao Presidente do Tribunal a suspensão da execução da sentença, pois a lei não fez qualquer distinção entre os coatores “oficiais” e os “privados” de caráter público.

Nos casos de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo (Lei do *Habeas Data*, art. 17). Entendemos que nesses processos, por analogia, também serão cabíveis os pedidos de suspensão de execução do acórdão ao Presidente do Tribunal Superior ao qual couber o eventual recurso.

Tanto nos *habeas data* de competência originária dos tribunais, quanto naqueles decorrentes de recursos, será obrigatório o parecer do Ministério Público, tal como nos mandados de segurança.

O art. 20 da Lei nº 9.507/97 define as competências para julgamento do *habeas data*, tanto originariamente como em grau de recurso. A maior parte do texto se limita a reproduzir

<sup>10</sup> Ver notas de atualização à 18ª edição da obra de Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*, cap. 6, primeira parte, p. 44-45.

as regras de competência da Constituição Federal. Embora o inciso III se limite a mencionar o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, também será cabível o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, quando o acórdão for proferido por um Tribunal Estadual ou por um Tribunal Regional Federal em apelação, conforme o permissivo do inciso III do art. 105 da Constituição.

Tanto o procedimento administrativo quanto a ação judicial de *habeas data* são gratuitos (Lei do *Habeas Data*, art. 21). Assim, estão vedadas quaisquer cobranças de custas ou taxas judiciais dos litigantes. Também os recursos serão isentos de preparo. A gratuidade do *habeas data* já fora consagrada na própria Constituição Federal (art. 5º, LXXVII).

## 5. Algumas questões processuais

De toda a exposição acima, viu-se que acabou prevalecendo, na Lei nº 9.507/97, a aproximação do rito do *habeas data* com o procedimento do mandado de segurança. Pode não ter sido a melhor solução, mas foi a opção do legislador, e, portanto, *legem habemus*. Fazemos abaixo algumas considerações sobre questões que poderão vir a surgir na aplicação da nova lei, esperando que a jurisprudência se defina o mais rapidamente possível sobre os temas mais delicados.

*Prova pré-constituída* – O procedimento do *habeas data*, como se encontra disciplinado na Lei nº 9.507/97, não comporta dilação probatória. Aplica-se o mesmo princípio da prova pré-constituída do mandado de segurança. Assim, a documentação acostada à inicial deverá comprovar, por si só e de plano, o direito do impetrante.

A prova pré-constituída poderá ser extremamente difícil de produzir nas hipóteses de *habeas data* para retificação de dados ou anotação de justificativa de informação. Como se sabe, a prova pré-constituída diz respeito aos fatos da causa e, dependendo da natureza das informações e do banco de dados, os fatos podem ser altamente complexos.

De qualquer forma, tanto as retificações quanto as anotações de justificativas só poderão se fazer sobre fatos concretos, passíveis de prova documental prévia e incontestável.

*Limites do procedimento* – Um outro aspecto decorrente da aproximação do *habeas*

*data* ao mandado de segurança foi a impossibilidade de se obter, no mesmo processo, tanto o fornecimento da informação quanto, num segundo momento, a sua eventual retificação. Se o *habeas data* for impetrado para fornecimento de informações, e estas devam ser retificadas, só poderão sê-lo por meio de um novo procedimento administrativo e/ou judicial.

Sugerimos, anteriormente, que o *habeas data* tivesse um rito assemelhado ao da ação de prestação de contas, desenvolvendo-se em duas fases<sup>11</sup>. Evitar-se-ia, dessa maneira, a necessidade de dois processos, fazendo-se tudo nos mesmos autos, num só feito. E na segunda fase poderia haver a produção de provas para a confirmação da exatidão das informações constantes do banco de dados. O legislador, porém, optou pelo caminho da analogia com o mandado de segurança.

*Aplicação analógica do Código de Processo Civil* – Embora a Lei nº 9.507/97 não determine a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao *habeas data*, esta nos parece indispensável, naquilo que não for contrariar o regramento específico e a natureza do instituto. Assim, em matéria de analogia, dever-se-ia recorrer, em primeiro lugar, à legislação sobre mandado de segurança e, somente não dando a mesma a solução adequada, em seguida, ao Código de Processo Civil. Como se viu acima, há inclusive algumas lacunas importantes que devem ser supridas pela aplicação dos princípios gerais do processo civil.

Assim, por exemplo, se o coator juntar documentos novos com as suas informações, o impetrante deve ter o direito de se manifestar sobre eles (CPC, art. 398), até em homenagem ao devido processo legal e ao princípio do contraditório. Não obstante, não poderá juntar novos documentos que devessem constar da inicial, pois, como se viu, a prova pré-constituída é indispensável para o deferimento do pedido.

Questão interessante é saber se é cabível a ação declaratória incidental (CPC, art. 5º) no âmbito de um *habeas data*. Se aplicarmos o

<sup>11</sup> Ibidem, p. 221. Lá sugerimos que o *habeas data* seguisse um procedimento semelhante ao da ação de prestação de contas, no qual haveria uma primeira fase para a decisão acerca da obrigatoriedade do fornecimento das informações, e uma segunda parte na qual a correção dos dados seria verificada. No capítulo 1 da quinta parte, p. 217, vê-se que o próprio Hely Lopes Meirelles entendia ser preferível a ação em duas fases distintas.

mesmo princípio do mandado de segurança, a declaração incidental será incabível<sup>12</sup>, remetendo-se a questão para as vias ordinárias. Não obstante, parece-nos que a declaratória incidental poderá ser cabível em torno da autenticidade ou falsidade de documento (CPC, art. 4º, II). Como se viu, a exigência da prova pré-constituída pode ser um entrave a certos pedidos, sendo razoável que, neste particular, haja um pouco mais de flexibilidade no *habeas data* do que no mandado de segurança.

*Recursos e liminar* – Muito se discutiu, em matéria de mandado de segurança, quanto à recorribilidade das decisões interlocutórias. É verdade que a questão sempre se colocou, no mandado de segurança, essencialmente em função dos deferimentos ou indeferimentos de liminares, e a Lei do *Habeas Data* não contemplou a concessão liminar do pedido.

A liminar e a antecipação de tutela não fazem muito sentido no *habeas data*, em razão da extrema celeridade prevista no seu procedimento. Ainda assim, em casos excepcionais, se forem relevantes os fundamentos, a falta de previsão na lei específica não deve impedir a parte de requerer uma cautelar inominada ou até a medida liminar<sup>13</sup>, que tem sido dada em *habeas corpus*.

Na realidade, nenhum obstáculo existe para a concessão da liminar em *habeas data*, pois o silêncio da lei não impede que seja dada. Basta lembrar que foi reconhecida, mediante construção jurisprudencial, a possibilidade de concessão de liminar em *habeas corpus*, que não se admitia até 1964 e que passou a ser deferida, pelo Superior Tribunal Militar e, em seguida, pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude das circunstâncias excepcionais existentes em determinados casos<sup>14</sup>, para, em seguida, ser

<sup>12</sup> MEIRELLES. *Mandado de Segurança*. p. 98-99.

<sup>13</sup> Imaginamos, como exemplo, uma situação na qual a parte queira impedir que as informações inexactas sobre a sua pessoa sejam transmitidas a terceiros na pendência do pedido de retificação, ou a menos que delas conste referência ao ajuizamento da demanda.

<sup>14</sup> A primeira decisão concessiva de liminar foi dada, em 31.8.1964, no *Habeas Corpus* nº 27.200 impetrado no Superior Tribunal Militar por Arnaldo Wald e a segunda oriunda do Supremo Tribunal Federal data de 14.11.1964, com despacho do Ministro Gonçalves de Oliveira, no *Habeas Corpus* nº 41.296, impetrado por Sobral Pinto, reportando-se o relator, no acórdão do plenário de 16.12.1964, à decisão castrense (*RTJ*, v. 33, p. 590). Tratam da

consagrada amplamente pelo Poder Judiciário.

Embora dentro do procedimento específico do *habeas data* não haja margem, em princípio, para decisões interlocutórias (o procedimento se resume ao ajuizamento, notificação do coator, parecer do Ministério Público e sentença), entendemos que o agravo de instrumento deva ser cabível, pelos mesmos motivos que deve caber no mandado de segurança.

A realidade é sempre mais criativa do que o legislador, e certamente haverá situações nas quais a falta de um recurso como o agravo poderá causar prejuízo irreparável a uma das partes.

Quanto ao recurso de embargos infringentes nas apelações julgadas por maioria de votos, nos parece que a tendência da jurisprudência deva ser no sentido de aplicar, analogicamente, as Súmulas nºs 597 do Supremo Tribunal Federal e 169 do Superior Tribunal de Justiça, fazendo prevalecer a interpretação dada à lei do mandado de segurança sobre os textos do Código de Processo Civil. Assim, tal como nas apelações em mandado de segurança, não serão cabíveis os embargos infringentes nas apelações em *habeas data*.

*Honorários de advogado* – Da mesma forma, no silêncio da Lei nº 9.507/97, a tendência dos tribunais deve ser no sentido de isentar o sucumbente de honorários advocatícios. A gratuidade a que se refere o art. 21 diz respeito exclusivamente às custas e taxas, mas revela a vontade do legislador de facilitar o máximo possível o acesso de todos a esse tipo de ação. Assim, também serão aplicáveis analogicamente as Súmulas nºs 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça.

*Litisconsórcio e Assistência* – Como já tivemos a oportunidade de afirmar, entendemos que se aplicam ao *habeas data* as regras do Código de Processo Civil relativas ao litisconsórcio e à assistência, sempre que as informações em foco disserem respeito também a interesses jurídicos de terceiros<sup>15</sup>.

---

matéria Evandro Lins e Silva, *O salão dos passos perdidos*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1997. p. 389-390 e o estudo de Jurandir Portela in: GUSMÃO, Paulo Dourado de. GLANZ, Semy. *O Direito na década de 1990 : novos aspectos: estudos em homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. p. 447-448).

<sup>15</sup> Atualização à 18ª ed. de Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*. p. 222.

Assim, se o juiz vislumbrar uma hipótese de litisconsórcio necessário (se uma informação não puder ser retificada sem que se afete a informação sobre um terceiro, por exemplo), deverá determinar que o impetrante providencie a citação deste terceiro para integrar a lide, aplicando-se, por analogia, as regras do mandado de segurança.

Na falta de previsão legal, entendemos ser inviável o ajuizamento de *habeas data* coletivo, embora seja possível a formação de litisconsórcio ativo, se as informações em questão forem do interesse dos vários impetrantes.

Não se coadunam com o procedimento do *habeas data* as modalidades de intervenção de terceiros.

*Valor da causa e competência* – Embora a atribuição de valor à causa seja indispensável de acordo com o Código de Processo Civil, a natureza do pedido, a gratuidade da ação e a isenção de honorários advocatícios tornam a sua fixação quase irrelevante. Caberá a atribuição de um valor estimativo pelo autor. Se a fixação do valor da causa tiver alguma influência na futura competência para julgamento de recursos, deve-se evitar que o valor atribuído proporcione algum tipo de vantagem a uma das partes. A doutrina e a jurisprudência têm entendido que a fixação de alçada para recursos não se aplica ao mandado de segurança e o mesmo princípio incide no *habeas data*. Ainda que se atribua um valor baixo à causa, não será possível o seu julgamento por Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), pois a competência está enumerada no art. 20 da Lei nº 9.507/97 e não contempla esta possibilidade.

A competência federal ou estadual se define de acordo com a pessoa do coator (CF, art. 109, I). Em cada Estado, a competência da primeira instância e dos tribunais será definida de acordo com as respectivas Constituições estaduais e leis de organização judiciária (CF, art. 125, § 1º e Lei do *Habeas Data*, art. 20). Por falta de previsão legal, não será cabível o *habeas data* na Justiça do Trabalho, ainda que as informações do registro ou banco de dados digam respeito a relações de emprego.

O legislador parece ter esquecido a regra constitucional do art. 121, § 4º, V, que trata do cabimento de recurso ao Tribunal Superior Eleitoral contra as decisões de Tribunais Regionais Eleitorais que denegarem *habeas data*. Enquanto a lei não der competência aos TREs para julgamento de *habeas data*, o recurso previsto

na Constituição não existirá na prática. Nos parece de toda lógica que os *habeas data* relacionados a matérias eleitorais – relativos a bancos de dados governamentais utilizados em eleições ou bancos de dados acessados por partidos políticos – devam ser julgados no âmbito da Justiça Eleitoral, o que demandaria a alteração do art. 20 da Lei do *Habeas Data*. Modificação análoga poderia ser feita, *de lege ferenda*, em relação à Justiça do Trabalho.

*Desistência e perda de objeto* – O impetrante poderá desistir do *habeas data* a qualquer momento, independentemente do consentimento do coator.

O acolhimento voluntário do pedido antes de proferida a sentença, porém, acarretará a extinção do processo por perda de objeto. Se a parte não pode impetrar o *habeas data* sem a prova de que o pedido administrativo lhe foi negado, não faria sentido prosseguir-se com o julgamento do pedido se o mesmo já foi atendido.

Se o coator corrigir um dado conforme a vontade do impetrante, antes de proferida a sentença, o processo deverá ser extinto. Se a correção já feita for posteriormente cancelada ou alterada, caberá, em tese, uma nova impetração, mas a primeira ação já estará encerrada.

*Prazo para impetração* – Tendo em vista o caráter dinâmico dos bancos de dados, com o constante registro de novas informações, o *habeas data*, em princípio, não estará sujeito a qualquer prazo decadencial ou prescricional. O pedido sempre poderá ser encaminhado. É possível, até mesmo, que se façam pedidos periódicos a um determinado banco de dados, para verificação se as informações continuam as mesmas ou se houve a anotação de alguma alteração.

Assim, pelo princípio da *actio nata*, a cada pedido administrativo negado estará nascendo a possibilidade de uma nova impetração. E os pedidos administrativos poderão ser apresentados a qualquer momento.

Seria recomendável, porém, que se estabelecesse um prazo entre o requerimento administrativo e o ajuizamento da ação. Por analogia, poderia ser aplicado o prazo de cento e vinte dias do mandado de segurança. Passados os cento e vinte dias do requerimento administrativo não atendido, a ação não mais poderia ser ajuizada antes que o pedido administrativo fosse renovado. O prazo não seria fatal, na medida em que um novo pedido administrativo reabriria a possibilidade de impetração

do *habeas data*. Entretanto, a fixação do prazo parece relevante na medida em que a prolongada inércia do impetrante caracteriza a sua momentânea falta de interesse para o pedido.

*Prevenção* – Em princípio não haverá prevenção entre uma impetração e outra, ainda que entre as mesmas partes. Aplica-se a mesma regra do mandado de segurança, tratando-se cada impetração como um feito processual autônomo.

*Coisa julgada* – Considerando-se a natureza dinâmica e mutante dos bancos de dados, já mencionada acima, os efeitos da coisa julgada material serão limitados e raros. Afinal, uma determinada informação poderá ser exata num momento e incorreta pouco depois, ou vice-versa.

Não obstante, caso o pedido de fornecimento de informações seja negado com julgamento de mérito (com base no sigilo da informação ou no caráter privado do registro, por exemplo), a coisa julgada impedirá a renovação do pedido.

A coisa julgada, no caso de procedência do pedido para retificação de dados ou anotação de justificativa, não impedirá a entidade depositária das informações de fazer novos registros, desde que baseados em novas informações devidamente comprovadas.

Aliás, nos casos de procedência do pedido, seria recomendável a fixação de certas regras para uma nova impetração entre as mesmas partes. Se um *habeas data* para fornecimento de informações for deferido, não fará sentido que poucos dias depois a parte impetre uma nova ação, sem que haja qualquer indício de que as informações tenham sido alteradas. Como dissemos acima, é necessária a demonstração do interesse processual, e os potenciais coatores – as entidades depositárias de informações de caráter público – não podem ficar sujeitos aos caprichos de particulares que impetrem uma ação atrás de outra.

Assim, caso o primeiro *habeas data* tenha sido deferido, entendemos que uma nova impetração só se justificará na medida em que a parte demonstrar, pelo decurso de um prazo razoável, ou por algum fato concreto, que tem fundados receios de que as informações anteriormente prestadas e/ou corrigidas foram alteradas ou aditadas.

## 6. Conclusão

Essas são apenas algumas considerações iniciais em torno da recente legislação disciplinadora do *habeas data*. Procuramos, assim, levantar alguns pontos que nos pareceram relevantes, manifestando a nossa opinião e esforçando-nos a vislumbrar qual será a tendência de nossos tribunais.

De qualquer forma, ainda há um importante papel a ser cumprido pela jurisprudência na interpretação da Lei nº 9.507/97, e esperamos que haja coragem e moderação, de modo a não se restringir e, tampouco, ampliar-se, exageradamente, o cabimento do *habeas data*, para que

possa exercer o seu papel de instrumento de informação, transparência, equilíbrio e paz social, numa época em que a comunicação de massa passou a ter a maior importância. A informação tornou-se uma forma de poder. Deve transitar livremente para garantir a democracia, mas os seus abusos e desvios devem ser evitados e impedidos e não apenas reprimidos *a posteriori*, como acontecia no passado.

Assim o *habeas data* se torna, ao lado do *habeas corpus* e do mandado de segurança, um dos fatores do desenvolvimento cultural e político do país, pois consolida a sua estrutura jurídica e fortalece o Estado de direito.

# Observações sobre a proposta de convocação de uma Assembléia Constituinte em 1999

GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA

Está em tramitação no Congresso Nacional proposta de emenda constitucional (PEC nº 554/97) que prevê a realização de um plebiscito simultâneo às eleições de outubro, por meio do qual o eleitorado decidiria se o Congresso Nacional estaria autorizado, entre 1º de fevereiro e 31 de dezembro de 1999, a promulgar emendas constitucionais mediante aprovação, em dois turnos de discussão e votação, por maioria absoluta de seus membros, em sessão unicameral. De acordo com a proposta, a Assembléia Nacional Constituinte, embora qualificada de “livre e soberana”, estaria restrita aos capítulos dos direitos políticos, dos Partidos Políticos e do Sistema Tributário Nacional, bem como a alguns aspectos das relações entre as entidades da Federação, razão pela qual vem sendo apelidada de “constituinte revisora”. A inclusão do tema na pauta da convocação extraordinária do Congresso Nacional certamente estimulará o debate em torno da constitucionalidade desse e de outros projetos semelhantes que surgiram no Congresso nos últimos meses.

A proposta vem sendo entendida ora como reforma ou revisão da Constituição, ora como ato de ruptura da vigente ordem constitucional, alternativa conceitual que condiciona a reflexão sobre a validade ou legitimidade do projeto.

O ponto de partida da análise é o conflito entre algumas das normas do art. 60 da Constituição e a PEC nº 554/97, na medida em que esta pretende instituir a possibilidade de se vir

Gustavo Just da Costa e Silva é Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Procurador da Fazenda Nacional.

a ter um procedimento de produção de emendas constitucionais significativamente mais simples do que aquele ali previsto. Os juristas que se manifestaram sobre a proposta<sup>1</sup>, inclusive os que a defenderam, partiram do pressuposto de que as normas que dispõem sobre a reforma da Constituição são elas mesmas imodificáveis, ao menos no que se possa considerar seu conteúdo essencial,<sup>2</sup> constituindo assim um limite material implícito (porque não relacionado entre as cláusulas pétreas do § 4º do art. 60) ao poder reformador. Na verdade a tese da imodificabilidade das normas sobre reforma não desfrutava, na teoria constitucional contemporânea, de tamanha unanimidade e está muito longe de ser algo que se possa considerar óbvio. O assunto foi objeto de famoso debate entre Alf Ross e Hart acerca da admissibilidade lógica da auto-referência nas normas jurídicas. Para Ross a modificabilidade da norma que dispõe sobre a reforma constitucional constituiria um absurdo lógico<sup>3</sup>, o que Hart contestava com o argumento de que o direito não constitui um sistema de enunciados lógicos (mais tarde Ross viria a flexibilizar sua própria posição<sup>4</sup>). Na literatura propriamente constitucionalista, o problema surge normalmente a propósito da contenda sobre a constitucionalidade da dupla revisão<sup>5</sup>. A modificabi-

<sup>1</sup> Segundo nos consta, o debate restringe-se a alguns artigos publicados na *Folha de São Paulo*, edições de 14 de junho e 13 de setembro de 1997, com as limitações próprias desse tipo de publicação, e a um artigo de Celso Ribeiro Bastos, publicado na *Revista Literária de Direito* (v. 4, n. 19, set./out. 1997).

<sup>2</sup> O conteúdo essencial da norma sobre reforma consistiria na definição dos limites materiais expressos, na atribuição de competência a determinado(s) órgão(s) e no estabelecimento de um *quorum* e de um procedimento dificultado em relação à atividade legislativa. Emendas que não digam respeito a esse núcleo essencial, modificando, por exemplo, aspectos meramente procedimentais não relacionados com o caráter rígido da Constituição, seriam admissíveis.

<sup>3</sup> ROSS. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro Carriò. Buenos Aires : Eudeba, 1963. p. 78-81.

<sup>4</sup> Trata-se de “Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional”. ROSS. *El concepto de validez y otros ensayos*. Tradução de Eugenio Bulygin e E. Valdés. Buenos Aires : Centro Editor de América Latina, 1969.

<sup>5</sup> Para um panorama geral, ver VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. 2. reimpr. Madrid : Tecnos,

lidade das normas sobre revisão é aqui sustentada, com maior frequência, pelos autores franceses (especialmente os mais influenciados por Vedel) e, entre nós, pelo mais francês dos autores brasileiros, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>6</sup>. De todo modo, como se disse, no debate até agora desenvolvido, não se questionou a tese de que a norma sobre revisão constitui limite implícito ao poder reformador, o que nos autoriza a adiar a fundamentação de tal premissa, que aqui se assume, para momento e veículo mais adequados.

Tem-se argumentado em defesa da “Constituinte Revisora” que a alteração das normas que dispõem sobre a edição de emendas seria impossível apenas ao poder reformador da Constituição, mas não ao povo como titular do poder constituinte. Por essa razão, acrescentou-se à proposta original do Deputado Miro Teixeira a previsão de um plebiscito simultâneo às eleições de outubro, o que legitimaria o congresso revisor “sem gravames para a sua pureza constitucional”<sup>7</sup>. O argumento assenta no dogma democrático da soberania popular (art. 1º, parágrafo único da Constituição de 1988). É usual, a respeito, a invocação do art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição francesa de 1793: “Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de modificar a sua Constituição. Nenhuma geração pode sujeitar as gerações futuras às suas leis”. Como titular do poder constituinte, não se submete o povo às limitações próprias do poder reformador, que lhe é subordinado.

O argumento revela algumas incompreensões quanto aos fundamentos e ao funcionamento do Estado de direito. Não se nega que, de acordo com a filosofia política do Estado democrático de direito, o povo é titular do poder constituinte. Este porém não consiste na faculdade de pôr normas constitucionais, independentemente do momento em que isso ocorre, se quando do estabelecimento da Constituição ou se durante sua vigência. O poder constituinte se define como a prerrogativa de

1991. p. 274-283, e também CICONETTI. *Appunti di diritto costituzionale : ordinamento giuridico statale e fonti costituzionali*. 2. ed. Torino : Giappichelli, 1992. p. 100-108. O próprio Cicconetti é adepto da tese da dupla revisão.

<sup>6</sup> Significação e alcance das ‘cláusulas pétreas’. *Revista de Direito Administrativo*, nº 202, p. 11-17, out./dez. 1995.

<sup>7</sup> BASTOS, op. cit., p. 9.



estabelecer uma Constituição. O que confere verdadeira especificidade ao poder constituinte não é meramente a qualidade das normas que produz, mas a sua relação com a ordem jurídica posta, que é uma relação de desvinculação e independência, diferentemente do que se passa com os poderes constituídos (inclusive o de reforma)<sup>8</sup>.

Fica claro portanto o seguinte: ainda que a promulgação da Constituição não retire do povo a *titularidade* do poder constituinte, seu *exercício* somente ocorrerá quando se trate de substituir a Constituição por uma outra. Durante a vigência da Constituição estabelecida, o povo pode praticar atos de conteúdo jurídico-político, quer diretamente, quer mediante representação, mas esses atos não expressam o exercício do poder constituinte. Segundo o ideário democrático-liberal moderno (cuja consideração é essencial para a compreensão das instituições de Estados de direito como o que se pretende o Brasil), o poder constituinte é sempre do povo, mas o poder do povo nem sempre é poder constituinte.

O poder do povo exercido no contexto da ordem vigente é sempre poder constituído e, portanto, limitado. Proclama-o sabiamente o art. 1º da Constituição italiana de 1947, de acordo com o qual “a soberania pertence ao povo, que a exerce nas formas e limites previstos na Constituição” (de acordo com a Constituição de 1988, “Todo o poder emana do povo que o exerce ... *nos termos desta Constituição*”). É exatamente por essa razão que jamais se pretendeu seriamente que uma lei aprovada pelo Poder Legislativo e referendada pelo eleitorado pudesse escapar ao controle de sua constitucionalidade, o que todavia deveria ser admitido caso se reconhecesse ao povo o exercício de poder ilimitado no contexto da ordem vigente, já que assim estaria o povo, segundo a concepção aqui criticada, exercendo legitimamente seu poder constituinte “reformador” da constituição: a aprovação da lei inconstitucional seria uma forma (assemelhada à *Verfassungsdurchbrechung* da era weimariana, pois a norma constitucional poderia continuar valendo para os demais casos) de dispor sobre a Constituição.

Jorge Miranda vai ainda mais longe: não apenas é impossível ao poder do povo agir ili-

<sup>8</sup> Ver a respeito o nosso Aspectos do controle de constitucionalidade da reforma constitucional à luz da teoria das fontes do Direito. *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 7-27, 1997.

mitadamente no contexto da ordem vigente, de forma a modificar o procedimento de reforma constitucional, como também a simples utilização do referendo como instrumento revisor é incogitável se não estiver prevista no texto da Constituição.

“Não é incorrecto subordinar o exercício do poder pelo povo às formas e aos termos da Constituição. Em democracia de tipo ocidental e em Estado de direito, o povo não pode deixar de exercer a sua soberania senão nessas formas e nesses termos, porque o seu poder é, também ele – como todo o poder –, um poder juridicamente limitado. Nem, da perspectiva da Constituição vigente em cada momento, o povo está acima da Constituição. Só pode estar para a substituir por outra, não para a rever. (...) Estes os argumentos – não seriamente contestados – porque não pode haver *hoje*, com as normas constitucionais actuais, referendo de revisão, seja para modificar uma norma constitucional material, seja para modificar uma norma constitucional reguladora da própria revisão”<sup>9</sup>.

Nada disso impede contudo que o poder do povo se exerça, no plano da efetividade, para além do que permite a Constituição, nem significa que esse exercício não se possa legitimar no âmbito da realidade histórica do Estado democrático de direito. Essa legitimação é *possível* quando se possa identificar naquele ato o exercício do poder constituinte.

O que é importante deixar claro é que a proposta ora em discussão não pode ser considerada ato de revisão da Constituição<sup>10</sup> (nem tampouco o serão as deliberações tomadas pela “constituente revisora”), nem se lhe pode reconhecer validade no sentido de uma compatibilidade com um parâmetro jurídico-positivo de validade. É por isso, com todo o rigor, inconstitucional. Isso vem sendo lucidamente compreendido pelo Deputado Michel Temer, Presidente da Câmara dos Deputados, para quem se estaria diante de um

“ato político que rompe com a ordem jurídica, deliberadamente. É revolucio-

<sup>9</sup> MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. reimp. Coimbra : Coimbra Ed. 1988. p.151.

<sup>10</sup> “E se, apesar de tudo, por hipótese, viesse a efectuar-se tal referendo? Nessa eventualidade (...) não seria revisão; seria ruptura ou revolução” (Ibidem).

nário, no sentido de transformador. Deruba a vontade constituinte, manifestada por meio da Constituição de 1988, para que outra se manifeste. Por isso, o instrumento que o veicular não é ato derivado da Constituição, mas originário, inaugural, autônomo. Não é, pois, emenda à Constituição<sup>11</sup>.

É essencial compreender, portanto, que a proposta não pode pretender a espécie de legitimidade que decorre do respeito à ordem constitucional em vigor<sup>12</sup>.

Se a proposta não encontra fundamento na Constituição, resta examinar se poderia a sua implementação ser, inversamente, fundamento de uma nova ordem constitucional. Dito de outro modo, trata-se de indagar se o fato político objetivado pela proposta apresenta condições de se legitimar como exercício do poder constituinte. Que isso não seja tarefa fácil, demonstra-o já o esforço dispendido para caracterizar a consulta popular prevista como exercício de poder reformador ou revisor (ilimitado!) da Constituição, ao arpejo da filosofia política do Estado de direito e mediante o manuseio de impropriedades conceituais como “poder reformador próprio da Constituinte”; esforço esse movido pela sedução de uma legitimidade cômoda, mas (como se viu acima) infundadamente buscada numa (inexistente) relação de validade jurídica.

Um dilema da teoria constitucional contemporânea consiste em pretender compreender, no plano analítico, todas as alternativas institucionais histórico-concretas (ao menos a partir do século XVIII), valendo-se, porém, para tanto, de conceitos fundamentais elaborados (como o de poder constituinte) ou reelaborados (como o de constituição e o de democracia) pela ou no contexto da filosofia política democrático-liberal. O muito difundido emprego desses conceitos para explicar realidades jurídico-políticas diversas ou mesmo antitéticas do Estado democrático de direito se compagina com a tentativa de regimes autoritários ou totalitários de legitimarem-se mediante a adoção da roupagem retórico-conceitual do Estado constitu-

<sup>11</sup> Revisão constitucional? Constituinte? *Folha de São Paulo*, 2 nov. 1997.

<sup>12</sup> Para Dalmo Dallari, propostas desse gênero representam um “mero acobertamento de uma fraude” (Fraude acobertada. *Folha de São Paulo*, 14 jun. 1997).

cional<sup>13</sup>. Mas significa teoricamente uma crescente incompreensão daqueles conceitos (na medida em que se fecham os olhos à sua historicidade), freqüentemente empregados no discurso teórico-constitucional sem uniformidade de acepção (o que evidentemente prejudica a racionalidade daquele discurso).

É o que ocorre com o conceito de poder constituinte quando se pretende admitir alternativas de sua titularidade. Fala-se assim, por exemplo, em poder constituinte do povo, do príncipe, da oligarquia militar, consoante se esteja diante de uma Constituição democrática, monárquica (e aqui o uso a-histórico dos conceitos – o de Constituição e o de poder constituinte – move-se também diacronicamente) ou autoritária de inspiração militar. A teoria do poder constituinte surgiu, de um lado (como componente do discurso revolucionário), para fundamentar o exercício do direito do povo de fazer a Constituição mesmo diante (contra) a ordem estabelecida e, de outro (enquanto conceito-chave da fundamentação do Estado de direito, cuja estrutura se tratava então de levantar, uma vez desmontado o absolutismo), como tentativa de solução para o impasse que atingiu o dogma rousseauiano da soberania popular diante do modelo representativo de democracia que inevitavelmente se impunha. Se ao povo não seria dado, como regra, agir senão por meio de seus representantes, que toda a existência normal do Estado estivesse, então, submetida a uma norma posta pela autoridade que se pudesse reconhecer, o mais autenticamente possível, como popular: o poder constituinte. Ocorre que, como se sabe, o princípio representativo introduziu-se já no próprio processo constituinte da Revolução Francesa, a Constituinte *par excellence* (o processo constituinte norte-americano aproximou-se muito mais, com as suas convenções, do modelo ideal concebido do outro lado do Atlântico). Estaria com isso descaracterizado o poder constituinte do povo francês?

A digressão histórica nos reconduz assim

<sup>13</sup> Ver a propósito LOEWENSTEIN. *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*. Berlin : Walter de Gruyter, 1961. p. 10-13, que alude a uma estereotipização das Constituições decorrente da sistemática reprodução dos modelos constitucionais das democracias ocidentais (adoção de constituição escrita, declaração de direitos) por regimes políticos que não guardavam nenhuma consonância com documentos constitucionais assim tornadas “semânticas”.

ao centro de nosso problema. A resposta àque-la indagação é negativa, tanto quanto o seria caso se questionasse, invertendo-se a perspectiva, se bastaria a manifestação direta da vontade popular sobre a produção de um documento constitucional para que se estivesse diante do exercício do poder constituinte (ou do poder constituinte *democrático*, caso se admitam as alternativas de sua titularidade).

Para compreender o que se acaba de afirmar, é necessário ter em mente uma das mais importantes contribuições da teoria constitucional contemporânea para a análise do poder constituinte: a distinção, estabelecida por Jorge Miranda, entre poder constituinte material e poder constituinte formal, ou entre o momento material e o momento formal do exercício do poder constituinte. O poder constituinte material é o “poder de autoconformação do Estado segundo certa idéia de Direito”; o formal é o “poder de decretação de normas com a forma e a força jurídica próprias das normas constitucionais”<sup>14</sup>. O momento material do poder constituinte é “o corte ou a contraposição frente à situação ou ao regime até então vigente, seja por revolução, seja por outro meio, como a transição constitucional”. É nesse momento que se “toma a decisão de inflitar a ordem preexistente e assume essa responsabilidade histórica”, determinando-se o conteúdo fundamental da nova ordem. É ele o “factor determinante da abertura de cada era constitucional”<sup>15</sup>. A elaboração e aprovação do documento constitucional, por uma Assembléia Nacional Constituinte ou alguma outra autoridade, situam-se já no momento formal do poder constituinte. “Há sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa idéia de Direito ou do nascimento de certo regime e o da formalização dessa idéia ou desse regime.”<sup>16</sup> “Porque a idéia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os factos”, é no poder constituinte material que se há de fundar, em última instância, a legitimidade da Constituição.

Assim, para que se possa falar em poder constituinte (democrático), não basta a existência de uma entidade encarregada de elaborar a Constituição e que corresponda, em alguma medida, ao modelo de constituinte democrática; é necessário, sobretudo, que se possa iden-

tificar a ocorrência do momento material do poder constituinte do povo, expressado numa decisão política fundamental (a distinção de Miranda é de evidente inspiração schmittiana); decisão que não ocorre todos os dias, mas apenas quando a “comunidade política adota um novo sistema constitucional, fixa um sentido para a acção do seu poder, assume um novo destino; é apenas em ‘tempo de viragem histórica’, em épocas de crise, em ocasiões privilegiadas irrepetíveis em que é possível ou imperativo escolher. E estas ocasiões não podem ser catalogadas *a priori*; somente podem ser apontados os seus resultados típicos – a formação de um Estado *ex novo*, a transformação da estrutura de um Estado, a mudança de um regime político. Poder constituinte equivale à capacidade de escolher um ou outro rumo, nessas circunstâncias”<sup>17</sup>.

O principal obstáculo à legitimidade democrática da Assembléia que se pretende convocar é a ausência de manifestação do poder constituinte. Se é possível forjar o momento formal do poder constituinte, por meio de designação de um órgão como “Assembléia Nacional Constituinte”, o mesmo não se pode dizer do seu momento material. Qual a opção política fundamental que estaria sendo manifestada, no presente momento, pela sociedade, qual a nova idéia de direito ou adoção de novo regime político que se poderia hoje considerar assumida em contraste com a idéia de direito ou o regime político atuais e que estariam a exigir, *para concretizá-las*, a convocação de uma Assembléia Constituinte? É dificilmente questionável que não se está vivendo um tal momento de “viragem histórica”, o que revela o verdadeiro sentido da “Constituinte” que se pretende convocar, sob o ponto de vista do princípio democrático: o de ser um fim em si mesma. Se a “Constituinte” vier a se consumir, será no máximo uma paródia de Constituinte democrática, ou, se se quiser falar de poder constituinte, não será de poder constituinte do povo, mas da oligarquia partidária, esta sim, tornada senhora da Constituição graças a uma carta branca que o eleitorado lhe teria outorgado sem suficiente consciência de seu ato.

Se, como antes examinado, a convocação do plebiscito não é suficiente a adequar a proposta aos parâmetros da ordem vigente de modo a se poder interpretá-la como uma revisão ou reforma da Constituição, também não consti-

<sup>14</sup> Miranda, op. cit., p. 62-63.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 60-61.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 65.

tui elemento suficiente à identificação do poder constituinte material. Que o simples recurso a instrumentos de democracia direta não seja critério para se aferir o caráter democrático de determinado regime sabe-se desde os referendos napoleônicos reeditados no século XX por diversos governos autoritários, inclusive na América Latina. Além disso, o ato constituinte (democrático) material deve-se revestir de um mínimo de *espontaneidade e consciência*. Espontâneo não seria o plebiscito convocado por iniciativa única e exclusiva do Congresso Nacional, que a tanto não foi instado pela população nem pelos elementos organizados da sociedade civil – mas ao qual deveria o eleitorado obrigatoriamente atender em virtude da obrigatoriedade do voto. Consciente não poderia ser a manifestação de vontade a ele imputada, quando a opção que se oferece ao eleitorado não diz respeito a algo que ele possa razoavelmente compreender, a algo com conteúdo palpável e definido, limitando-se, ao contrário, a autorizar, ou não, o Congresso Nacional a votar propostas (que o eleitorado não tem, nem pode ter, a mínima idéia de quais sejam) de emendas constitucionais mediante *quorum* de maioria absoluta. Acresce a tudo isso que o plebiscito teria caráter nitidamente acessório, quase mesmo insignificante, em relação às eleições gerais de outubro, sempre muito personalizadas e muito mais catalisadoras das atenções do eleitorado e da mídia.

Uma estratégia que poderia ser adotada para contornar tal obstáculo consistiria em pôr em dúvida a legitimidade democrática da atual Constituição, desqualificando-se, em nome da teoria do poder constituinte, (a) a autoridade que a instituiu ou (b) o modo como foi elaborada. (a) A Constituição de 5 de outubro de 1988 não seria, de acordo com esse raciocínio, obra do poder constituinte e, sim, do poder reformador da Constituição de 1967. Como sustenta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituinte de 1987/1988 era apenas o Congresso Nacional eleito em 1986 (com os senadores eleitos em 1982), cujos poderes especiais derivaram da Emenda nº 26/85 à Constituição de 1967. Esta simplificou o procedimento de reforma constitucional, permitindo ao Congresso aprovar emendas à Constituição por maioria absoluta, bem como desonerando-o da observância das cláusulas pétreas (Federação e República) então existentes – operando com isso uma autêntica dupla revisão. “A Emenda nº 26/85 permitiu uma reforma constitucional

sem a limitação das cláusulas pétreas então vigentes, que proibiam a abolição da Federação e da República”. Conclui o constitucionalista pela possibilidade de que as atuais cláusulas pétreas sejam suprimidas pela mesma via. Afinal, “o que poder derivado estabelece, poder derivado pode mudar”<sup>18</sup>. Segundo Ferreira Filho, nem por sombra apareceria, no processo político-jurídico de advento da Constituição de 1988, “o poder inicial de organizar a nação que é o verdadeiro poder constituinte”<sup>19</sup>. (b) Em perspectiva diversa, mas complementar, Celso Ribeiro Bastos argumenta que “o próprio poder constituinte, de que resultou a Carta de 1988, não foi fruto de uma manifestação popular expressa, eis que, no fundo, cifrou-se a elegerem-se congressistas que resultaram investidos de poderes constituintes pela Emenda nº 26/85, em rigor inconstitucional, à Constituição de 67. Sabe-se que, à época, predominava a vontade de uma constituinte autônoma, que, contudo, foi recusada pelos congressistas que aprovaram a dita emenda. De outra parte, não se pode ter por desprezível a distinção entre uma constituinte e um Congresso Nacional investido de poderes constituintes. Na verdade, as grandes constituições do mundo foram elaboradas por pessoas especialmente voltadas apenas para isso. A coincidência do Congresso Nacional com a Constituinte levou a um desnível entre os poderes. O Executivo e o Judiciário não participaram da aprovação da Lei Maior. (...) É bem de ver, pois, que a nossa Constituição é fruto do Poder Legislativo”<sup>20</sup>.

Tais formulações se sujeitam contudo a fortes objeções. Se há um dado sem a menor relevância quando se pretende descobrir se um processo jurídico-político representa o surgimento de uma nova ordem constitucional, trata-se da forma como a ordem até então vigente define textualmente tal processo. O que importa verificar, em primeiro lugar, é se daquele processo resultam normas materialmente constitucionais eficazes em sua pretensão de insubordinação à ordem constitucional anterior. É o princípio da efetividade<sup>21</sup>. É dificilmente ques-

<sup>18</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 16.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> BASTOS, op. cit., p. 9.

<sup>21</sup> A lição é antiga. Na perspectiva de Schmitt, o princípio da efetividade, fórmula de matiz um tanto kelseniano, corresponde à “existência política” da Constituição: “El poder constituyente no se extingue por un acto de su ejercicio. Mucho menos, se apoya en ningún título jurídico. Cuando el monarca

tionável que a Constituição de 1988 corresponda a esse critério. Se a convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 se operou por meio de Emenda à Constituição de 1967, é apenas porque o surgimento da nova ordem constitucional não se deu mediante um processo revolucionário, mas por meio de uma *transição constitucional*.

Como explica Jorge Miranda – e eis aqui mais uma distinção da maior importância para a teoria constitucional contemporânea que se deve, em sua mais lúcida formulação, ao professor lisboeta, a exemplo daquela entre poder constituinte formal e material –, os dois modos de mudança de regime são a revolução e a transição constitucional. A primeira é tradicional objeto da Teoria do Estado. A segunda é menos estudada, mas de importância crescente na vida dos Estados democráticos contemporâneos. Caracteriza-se a transição por não significar uma ruptura direta e instantânea com a ordem anterior. “Na transição constitucional se respeitam as competências e os processos de agir instituídos pela Constituição em vigor: o rei absoluto, por ser Rei absoluto, vem autolimitar-se” (*Manual, cit.*, p.70). Nela se opera o nascimento de constituição material nova nos termos do processo de revisão constitucional, que é utilizado para se alterarem princípios fundamentais da Constituição e, portanto, *transitar-se* para uma nova Constituição” (*Manual, cit.*, p.193). O fato de ser utilizado – inconstitucionalmente – o processo reformador da Constituição em vigor não desqualifica a natureza constituinte do processo de transição. “Também aqui há um poder constituinte originário (ainda que possa parecer encoberto por outro poder, designadamente o de revisão). A natureza do evento e o seu alcance negador do regime político precedente e criador de outro regime político assinalam bem uma decisão fundamental, a adoção de uma nova idéia de Direito, o erigir de um novo fundamento de validade” (*Manual, cit.*, p. 70). Não é da essência do poder constituinte o agir revolucionariamente, podendo, na verdade, a todo tem-

---

renuncia voluntariamente a su poder constituyente y reconoce el poder constituyente del pueblo, este último no descansa en el título jurídico consistente en la renuncia del rey. Su razón de eficacia está exclusivamente en su existencia política” (SCHMITT. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. reimpr. Madrid : Alianza, 1992. p. 108). Sobre o princípio da efetividade ver também CICCONE-TTI, op. cit., p. 34-35.

po, “apropriar-se de um poder de revisão aparente, transformando-o em poder constituinte originário” (*Manual, cit.*, p.196). A importância da transição constitucional na atualidade se deve à conveniência de que “se evitem as soluções de continuidade e os custos inerentes às revoluções” (*Manual, cit.*, p. 195).

Torna-se assim fácil compreender que a Constituição de 1988 não foi obra de uma atividade reformadora da Constituição de 1967, mas de um processo de transição constitucional<sup>22</sup> por meio do qual o restabelecido poder constituinte do povo, evitando os inconvenientes de uma já desnecessária revolução (desnecessária porque politicamente o regime anterior já agonizava desde a eleição do presidente civil oposicionista), apropriou-se do poder de reforma da Constituição em vigor ao produzir a Emenda nº 26/85 e com isso propiciar a formação de uma Assembléia Nacional Constituinte “livre e soberana”. A EC nº 26/85 era nitidamente inconstitucional em face da Constituição de 1967, pois possibilitava a supressão dos então estabelecidos limites da reforma e significava a própria negação da Constituição.

A análise do poder constituinte material que legitimou a Constituição de 1988 constitui outro óbice dificilmente removível à interpretação da Constituinte de 1987/1988 como processo de reforma da Constituição anterior. A espontânea, autêntica e vigorosa campanha popular pelas eleições diretas em 1984 – complementada pelo maciço apoio, quando das eleições indiretas que se seguiram, ao candidato de moderada, mas clara, oposição ao regime – representou uma inconfundível opção da sociedade pela democracia e pelo Estado de direito, autêntica decisão fundamental de negar o regime político então vigente. A convocação da Constituinte se inseriu perfeitamente nesse contexto de definição histórica, como o momento formal do poder constituinte necessário à realização da viragem histórica já decidida. E poucas constituições terão sido tão fiéis ao poder constituinte material quanto a que resultou daquele processo, com a mais ampla consagração de direitos fundamentais de que se tem notícia e cujo rol de cláusulas pétreas se sin-

---

<sup>22</sup> O próprio Jorge Miranda viria a apontar a Constituinte brasileira de 1987/1988 como um processo de transição constitucional: A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 24, n. 94, p. 29-44, abr./jun. 1987.

tetiza na consagração daqueles dois princípios afirmados em 1984, a democracia e o Estado de direito (ao lado da forma federativa de Estado, que aliás também representa um fortalecimento da democracia).

O fato de se ter vivido uma transição, e não uma revolução, em nada diminui o alcance negador do regime anterior, pois não há uma relação necessária entre o modo de instauração de um novo regime e a profundidade da mudança que representa. Recorde-se que Carl Schmitt distinguia entre supressão e destruição da Constituição como os dois possíveis resultados da ação do poder constituinte. Com a primeira se mantinha inalterada a titularidade do poder constituinte (por exemplo, mediante a substituição de uma Constituição democrática por outra Constituição democrática). A segunda significava a supressão do próprio poder constituinte em que se baseava a Constituição então vigente. A Constituinte de 1987/1988, na medida em que afastou a vigência de uma Constituição de origem e prática autoritárias por uma outra democrática – o que não parece plausível negar –, operou uma destruição constitucional, de acordo com a terminologia schmittiana, e não uma simples supressão.

O contraste entre a ordem constitucional de 1967 e aquela estabelecida em 1988 não desaparece nem mesmo quando se focaliza a insuficiente eficácia material do regime democrático em vigor. Munido do aparato analítico da teoria dos sistemas, demonstrou Marcelo Neves como nos sistemas jurídicos da modernidade periférica apenas precariamente se realiza a positividade da ordem jurídica, no sentido da autonomia operacional do sistema jurídico em relação aos outros sistemas sociais. As constituições deveriam servir a esse fechamento operativo do sistema jurídico por meio, sobretudo, dos elementos institucionais definidores do Estado de direito: separação de poderes, eleições democráticas, garantia de direitos fundamentais<sup>23</sup>. A insuficiente (porque politicamente bloqueada) concretização desses elementos, nas Constituições dos Estados periféricos, justifica que se qualifique de simbólico o processo de constitucionalização democrática que ali se desenvolve. Mas a não-diferenciação operacional do sistema jurídico também se verifica

<sup>23</sup> Cf. Sobretudo *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*. Berlin : Duncker & Humblot, 1992, e *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo : Acadêmica, 1994.

quando aqueles elementos são negados pela Constituição ou por outras normas com força constitucional (como os atos institucionais, em nossa experiência recente), havendo aqui uma instrumentalização do direito pela política. A evolução político-constitucional dos Estados periféricos pode então ser em parte interpretada como uma alternância entre essas duas estruturas constitucionais (típicas, bem entendido), que Neves chamou de “círculo diabólico de nominalismo e instrumentalismo constitucionais”<sup>24</sup>. O contraste entre o regime instaurado em 1964 e aquele implantado em 1988 é evidente também nessa perspectiva, sobretudo quando se considera que dela não decorre uma atitude indiferentista em relação à alternativa entre nominalismo e instrumentalismo<sup>25</sup>.

Como se percebe, sob qualquer ponto de vista que se examine a questão, a edição da EC n° 26/85 foi tudo menos ato de reforma constitucional, e a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 é, sem dúvida, obra do poder constituinte, e não do poder reformador.

Quanto à legitimidade do modo como se elaborou a Constituição, questionada por não se ter convocado uma Assembléia Constituinte exclusiva, é preciso não esquecer que, conforme destaca toda a doutrina constitucionalista, os modos de atuação do poder constituinte são indefiníveis *a priori*. Aliás, sabe-se que, de um modo geral, as formas ideais da democracia são realizadas apenas aproximadamente na experiência histórica, razão pela qual a legitimidade democrática não é algo que se afira segundo uma lógica do tudo ou nada. Não resta dúvida de que a convocação de uma Constituinte exclusiva poderia significar, em tese, uma maior autenticidade da manifestação da vontade popular e uma maior capacidade de consenso, sobretudo se a eleição dos constituintes não fosse simultânea à dos parlamentares. Sua rejeição pode de fato ser interpretada como uma vitória de forças políticas conservadoras e reacias de uma ampla participação popular na Constituinte, que se esperava se desenvolvesse em exata consonância com a hegemonia partidária então estabelecida, num processo que pouco se diferenciaria da atividade legislativa ordinária. Mas, se a idéia de um Congresso Constituinte já não é incompatível com a teoria do poder constituinte, especialmente se seus

<sup>24</sup> *Verfassung und Positivität...* p. 109,144 et passim.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 107.

membros foram eleitos investidos de atribuições constituintes, e está longe de desqualificar, por si só, a legitimidade democrática da Constituição que produzir, a prática da Constituinte instalada em 1987 frustrou as expectativas daqueles que lutaram contra a Constituinte exclusiva. De fato, as atividades da Constituinte se desenvolveram em clima de ampla abertura democrática, com a atenção da sociedade civil voltada para tudo o que nela se passava e com uma constante pressão da sociedade (inclusive por meio do instituto da emenda popular). O pluralismo do debate constituinte que então se desenvolveu corresponde muito mais às concepções contemporâneas de democracia como governo do cidadão do que os expedientes tradicionais de legitimação popular<sup>26</sup>. É relevante também que, como já se disse, a Constituinte se apresentou como um desdobramento de um nítido processo histórico de conformação do Estado brasileiro a uma nova idéia (democrática) de direito, o que é mais importante para a legitimidade da Constituição – que a tal idéia permaneceu fiel – do que o caráter exclusivo ou não da Constituinte.

Portanto, a tentativa de desqualificar a legitimidade da Constituição vigente como estratégia para dispensar ou reduzir o ônus de uma legitimação democrática da sua ruptura não encontra fundamento na teoria do Estado democrático de direito.

É preciso, por fim, alertar para a gravidade da proposta aqui criticada para o amadurecimento institucional do País.

O fato político ensejador da proposta aqui em discussão não é, como se sabe, nenhuma alteração profunda da realidade política (o que poderia justificar o rompimento com a ordem vigente), mas o insucesso do Governo em aprovar, com a amplitude e celeridade julgadas necessárias, as reformas constitucionais que fazem parte do seu programa político, e que alguns consideram mais vitais para a vida nacional do que a continuidade da ordem constitucional. São esses os móveis valorativos mais imediatos presentes nas fundamentações que se têm apresentado em favor daquela proposta. Embora implicando uma passagem para um

<sup>26</sup> Ver a respeito HÄBERLE. *Hermenêutica Constitucional* : a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição : contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1997. p.38-39.

nível de abordagem um pouco diferente do até aqui desenvolvido, seja-nos permitido, para enfim concluir, examiná-los brevemente.

Não seria oportuno discutir aqui a importância ou a justiça de cada uma das reformas propostas. É de todo modo profundamente questionável que delas dependa a solução dos problemas sociais do País, apesar de se reconhecer que a Constituição de 1988 está longe da perfeição. Isso por duas razões básicas.

A primeira é de ordem, por assim dizer, dogmático-constitucional. A heterogeneidade das forças políticas representadas na Constituinte, entre outros fatores, conduziu à elaboração de um texto, como se diz hoje em dia, aberto. A abertura semântica de certas proposições, estabelecida de um compromisso dilatatório entre tendências que se confrontaram, combina-se com a coexistência de princípios conflitantes, resultado da não-identificação da Constituição com nenhuma das ideologias que a procuraram cercar. Expressou-o, de modo contundente e até extremado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem “...escolhendo, cuidadosamente, os artigos e os princípios, nós podemos dar a esta Constituição dois ou três sentidos diametralmente opostos”<sup>27</sup>. A Constituição comporta concretizações em sentidos variados, especialmente na ordem econômica, deixando um amplo espaço à conformação política a se desenvolver no Congresso e reservando um papel especial à sua interpretação judicial. Não é possível atribuir à Constituição a responsabilidade pela dificuldade de se realizar um determinado projeto político, ao menos entre aqueles de que se possa cogitar na realidade histórica contemporânea.

A segunda complementa a anterior. Qualquer jurista acostumado ao enfoque jurídico-sociológico sabe que as grandes disfunções institucionais do País se relacionam muito mais estreitamente com a insuficiente concretização das normas constitucionais atualmente em vigor do que com o seu caráter imperfeito. Aperfeiçoamentos da legislação ou da Constituição pouco se relacionam, no presente, com a solução dos problemas nacionais, a não ser pelo fato de gerarem a ilusão de que com eles algo está sendo feito no sentido de se buscarem tais soluções.

Mas ainda que tais reformas fossem realmente importantes, a solução proposta diante

<sup>27</sup> *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo : Saraiva, 1990. p. 72.

da dificuldade de se as implementar revela uma imaturidade ainda maior da reflexão jurídico-constitucional. É uma unanimidade, na teoria constitucional contemporânea, ressaltar a importância da estabilidade da Constituição<sup>28</sup>. A tal estabilidade associou Loewenstein a formação do sentimento constitucional<sup>29</sup>, e Hesse demonstrou como ela fortalece a *vontade de Constituição*, elemento praxiológico da força normativa da Constituição<sup>30</sup>. Como disse Loewenstein, “é sempre mais fácil viver com uma Constituição defeituosa do que com uma transformada em brinquedo do arbítrio dos partidos”.<sup>31,32</sup> Decorre daqui a inadmissibilidade de se propor uma reforma constitucional sem que se fundamente satisfatoriamente a sua necessidade, a ponto de justificar um sacrifício da

estabilidade constitucional (que é, em última análise, a estabilidade institucional do País). Que dizer então quando o que se deseja sacrificar em prol de alterações cuja necessidade é apenas pressuposta não é simplesmente a estabilidade da Constituição, mas a própria continuidade da ordem constitucional (que, por sinal, comportaria tais reformas desde que sobre elas houvesse um razoável grau de consenso)? Para saber o que isso significa, ouçamos o cientista político Renato Lessa:

“Se a alteração de itens constitucionais, ressalvadas as cláusulas pétreas, exigisse a convocação de congressos constituintes (...), nossas taxas de bizaria institucional, com certeza, atingiriam a estratosfera”<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> Para uma ampla abordagem do tema, ver BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden : Nomos, 1982.

<sup>29</sup> LOEWENSTEIN, op. cit., p.27.

<sup>30</sup> HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19. ed. C. F. Heidelberg : Müller, 1993. p. 17.

<sup>31</sup> LOEWENSTEIN, op. cit., p. 64.

<sup>32</sup> De um modo mais genérico, remonta, pelo menos, a Aristóteles a percepção de que “é algo mau

---

acostumar os homens a revogar facilmente as leis, ... pois o povo não resultará tão beneficiado com uma alteração quanto prejudicado por se acostumar a desobedecer aos seus governantes” (*Política*, 1269 a).

<sup>33</sup> Entre o fato e o limite. *Folha de São Paulo*, 13 set. 1997.



# A Região Administrativa Especial de Macau e o legado de Portugal

EDIVALDO MACHADO BOAVENTURA

*O diálogo Ocidente/Oriente vai por certo continuar. No próximo século assistiremos ao agigantar do Oriente, orgulhoso das suas culturas milenares, pujantes na suas economias.*

*Poderemos todos, se soubermos gerir o presente, manter cativo ali o nosso lugar. Quase diria que não há povo ribeirinho nesse grande espaço que não os conheça: de Goa a Nagasaki, se um dia distante se falou em português, hoje – sabe-o bem quem conhece essas paragens – restam as recordações, a saudade e a memória de uma cultura oriunda das praias lusitanas e que pelo mundo se foi enriquecendo, dando e recebendo.*

Jorge Rangel

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. O legado político e jurídico de Portugal e a tradição romanístico-germânica do Civil Law. 3. A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM). 4. O governo autónomo de Macau. 5. A soberania da presença. 6. A fórmula Macau. 7. Uma fórmula de convivência. 8. Macau e Hong Kong. 9. A triangulação económica. 10. O sistema educativo. 11. Uma universidade trilingüe. 12. Conclusão: Macau, plataforma para o Brasil.*

## 1. Introdução

A Declaração Conjunta entre Portugal e a China, assinada em abril de 1987, e a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, promulgada em 1993, traçaram as diretrizes do período de transição da passagem deste território chinês sob administração de Portugal à China.

Os acordos assinados reafirmaram a criação da Região Administrativa Especial de Ma-

Edivaldo Machado Boaventura é docente livre e Doutor em Direito, Mestre e PhD em Administração da Educação, Professor da Universidade Federal da Bahia, Procurador autárquico, membro da OAB/BA, do Instituto dos Advogados da Bahia e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

cau (RAEM). Com base no princípio “um país, dois sistemas”; essa região será dotada de alto grau de autonomia, mantendo-se os atuais sistemas social e econômico e a maneira de viver. Desse documento, partiu-se para a Lei Básica da futura RAEM. Esse diploma legal assegurou a autonomia dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 2º) e, além da língua chinesa, o uso do idioma português será também oficial (art. 10º). A par das relações de amizade e entendimento entre estas duas nações, os fundamentos políticos e sociais são assentados no conjunto das relações institucionais entre os organismos da soberania portuguesa e chinesa, estruturadores do governo de Macau.

Com plena autonomia judiciária, Macau tem a responsabilidade de um Estado de direito moderno, com a peculiaridade histórica de território cedido a Portugal por mais de quatro séculos. A Declaração Conjunta Sino-Portuguesa deixou evidente a autonomia do Poder Judiciário e a garantia de que a competência não ultrapasse a jurisdição dos tribunais da Região Administrativa Especial de Macau. A Lei Básica estabeleceu três instâncias: tribunais de primeira instância, um de segunda e um tribunal de última instância. Como no Brasil, há um centro de formação de magistrados.

## 2. O legado político e jurídico de Portugal e a tradição romanístico-germânica do *Civil Law*

Pelo legado cultural de Portugal, juridicamente, Macau pertence ao sistema do direito escrito, da lei-código, dentro da tradição romano-germânica do *Civil Law* com relevância da lei sobre a jurisprudência, o oposto do sistema *Common Law*. Perfeitamente dentro dessa linha dedutiva e teórica, foram promulgados os códigos: Civil, Comercial, Penal, Processual Civil e Processual Penal. Conservou Macau a herança portuguesa do direito escrito que vem dos romanos, o qual, embora sistematizado no Código de Napoleão e no Código Civil alemão, enriqueceu-se com o direito canônico e com as práticas comerciais na Idade Média.

O Direito chinês, como boa parte dos países do Oriente, não possui o desenvolvimento que atingiu o Direito português ou o francês. Em face de mais essa herança cultural de Portugal, Macau é, do ponto de vista do direito, uma ilha do sistema continental, do *Civil Law*,

no oceano do Direito chinês tal como o estado de New Orleans, nos Estados Unidos da América, e a província do Québec, no Canadá, que convivem com o sistema do direito de base costumeira e jurisprudencial.

## 3. A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM)

Em suma, a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, promulgada em 31 de março de 1993 pela primeira sessão da oitava legislatura da Assembleia Popular Nacional, é a Constituição de Macau, que entrará em vigor em 20 de dezembro de 1999, quando a China assumirá a soberania plena do Território, por força da Constituição, cujo preâmbulo assim prescreve:

“Macau, que abrange a península de Macau e as ilhas da Taipa e de Coloane, tem sido parte do território da China desde os tempos mais remotos. A partir de meados do século XVI, foi gradualmente ocupado por Portugal. Em 13 de abril de 1987, os governos da China e de Portugal assinaram a Declaração Conjunta sobre a Questão de Macau, afirmando que o Governo da República Popular da China voltará a assumir o exercício da soberania sobre Macau em 20 de dezembro de 1999, concretizando-se assim a aspiração comum de recuperar Macau, almejada pelo povo chinês desde longa data.

“A fim de salvaguardar a unidade nacional e a integridade territorial, bem como favorecer a estabilidade social e o desenvolvimento econômico de Macau, tendo em conta o seu passado e as suas realidades, o Estado decide que, ao voltar a assumir o exercício da soberania sobre Macau, cria-se a Região Administrativa Especial de Macau de acordo com as disposições do artigo 31 da Constituição da República Popular da China e que, de harmonia com o princípio ‘um país, dois sistemas’, não se aplicam em Macau o sistema e as políticas socialistas. As políticas fundamentais que o Estado aplica em relação a Macau são as já expostas pelo Governo Chinês na Declaração Conjunta Sino-Portuguesa.

“De harmonia com a Constituição da República Popular da China, a Assem-

bléia Popular Nacional decreta a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, definindo o sistema a aplicar na Região Administrativa Especial de Macau, com vista a assegurar a aplicação das políticas fundamentais do Estado em relação a Macau”.

Os seus princípios gerais assim disciplinam a RAEM:

“Art. 1. A Região Administrativa Especial de Macau é parte inalienável da República Popular da China.

“Art. 2. A Assembléia Popular Nacional da República Popular da China autoriza a Região Administrativa Especial de Macau a exercer um alto grau de autonomia e a gozar de poderes executivo, legislativo e judicial independentes, incluindo o de julgamento em última instância, de acordo com as disposições desta Lei.

“Art. 3. O órgão executivo e o órgão legislativo da Região Administrativa Especial de Macau são ambos compostos por residentes permanentes da Região, de harmonia com as disposições aplicáveis desta Lei.

“Art. 4. A Região Administrativa Especial de Macau assegura, nos termos da lei, os direitos e liberdades dos residentes da Região Administrativa Especial de Macau e de outras pessoas na Região.

“Art. 5. Na Região Administrativa Especial de Macau não se aplicam o sistema e as políticas socialistas, mantendo-se inalterados durante cinquenta anos o sistema capitalista e a maneira de viver anteriormente existentes.

“Art. 6. O direito à propriedade privada é protegido por lei na Região Administrativa Especial de Macau.

“Art. 7. Os solos e os recursos naturais da Região Administrativa Especial de Macau são propriedades do Estado, salvo os terrenos que sejam reconhecidos, de acordo com a lei, como propriedade privada, antes do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau que é responsável pela sua gestão, uso de desenvolvimento, bem como pelo seu arrendamento ou concessão a pessoas singulares ou coletivas para uso

ou desenvolvimento. Os rendimentos daí resultantes ficam exclusivamente à disposição do Governo da Região Administrativa Especial de Macau”.

#### 4. O governo autónomo de Macau

Com tal entendimento da Lei Básica, o Território tem governo próprio, autónomo, constituindo-se do Poder Executivo, tendo à frente o Governador; do Legislativo, exercido pela Assembléia Legislativa; e do Poder Judiciário, representado pelos tribunais.

O Governador, auxiliado por sete secretários adjuntos, representa os componentes da soberania da República Portuguesa e é politicamente responsável perante o presidente da República. Conforme texto de informação (1996):

“O Governador é nomeado, empossado e exonerado pelo Presidente da República, após consulta à Assembléia Legislativa e aos organismos representativos dos interesses sociais de Macau”.

Já a Assembléia Legislativa, com 23 deputados, é um órgão de representação mista, compondo-se de oito deputados eleitos pelo voto direto, oito pelo sufrágio indireto representativo de diversos organismos associativos e os outros sete nomeados pelo Governador.

Os poderes Executivo e Legislativo são apoiados por um conselho consultivo, formado de cinco membros nomeados pelo governador e de outros cinco eleitos indiretamente.

O governo local compreende o Município de Macau, isto é, a península e a cidade propriamente dita, e o Município das Ilhas da Taipá e Coloane. Cada município é administrado por uma Câmara Municipal, tendo à frente, exercendo as funções executiva e legislativa, um presidente de nomeação do governador. Os demais membros são eleitos pelo voto direto e indireto. O notório Leal Senado é a Câmara Municipal de Macau.

Com os típicos organismos de transição há o Grupo de Ligação e o Grupo de Terras Luso-Chinês. O primeiro, para consulta e troca de informações entre os governos de Portugal e da República Popular da China, no que concerne à aplicação da Declaração Conjunta e seus anexos. Compondo-se de dez membros, cabe a cada uma das partes a designação de um líder, em nível de embaixador, e mais quatro mem-

bro permanentes com perito de pessoal de apoio. Igualmente, como previsto, funciona o Grupo de Terras Luso-Chinês, constituído de três membros de cada parte e incumbido dos contratos de concessão de terras em Macau e assuntos correlatos.

“Artigo 11. De acordo com o artigo 31 da Constituição da República Popular da China, os sistemas e políticas aplicados na Região Administrativa Especial de Macau, incluindo os sistemas social e comércio, o sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos seus residentes, os sistemas executivo, legislativo e judicial, bem como as políticas com eles relacionadas, baseiam-se nas disposições desta Lei”.

Nenhuma lei, decreto-lei, regulamento administrativo ou ato normativo da Região Administrativa Especial de Macau pode contrariar esta Lei.

## 5. A soberania da presença

Para o alcance do bom entendimento da Declaração Conjunta e da Lei Básica entre China e Portugal, desenvolveu-se muita paciência nas negociações.

O modo de discussão não foi o ocidental, no qual as duas partes se sentam uma defronte da outra, de cada lado da mesa. Para o secretário Jorge Rangel, o efeito de encontros e mais encontros com oportunidade para comer e viajar juntos antecede às reuniões formais. Portugal soube usar de muito jeito e paciência para fechar os principais pontos da Declaração Conjunta.

A própria imprensa ressaltou o sentimento de harmonia e conciliação com os portugueses em oposição às dificuldades encontradas com os ingleses na discussão sobre o retorno de Hong Kong. Nas entrelinhas, percebe que as principais questões da Declaração Conjunta não foram acertadas na formalidade das reuniões. Chineses e portugueses realizaram encontros, apresentaram propostas; viajavam para depois retornarem à discussão.

A paciência parece ter sido o segredo das negociações. Leve-se em consideração que a cultura chinesa é milenar e tem fundamento em Confúcio. E lembre-se que, historicamente, Macau resultou de um entreposto comercial engendrado pelos portugueses com o entendi-

mento dos chineses; por isso afirmam os macaenses que

“o consenso é a trave-mestra do sistema político e social de Macau que, à luz da Declaração Conjunta, entre Portugal e a China, assinada em abril de 1987, é território chinês sob administração portuguesa”.

O secretário Jorge Rangel confirma as diretrizes educacionais e, em especial, a situação do ensino da língua portuguesa, conforme documentos da área de comunicação social do governo. Fechado o ciclo de construções da infra-estrutura, incrementam-se cada vez mais a educação, a cultura e a ação social para a melhoria do padrão de vida da população.

A situação da língua e cultura lusas mereceu, logicamente, um lugar especial. Tenha-se em vista o seu ensino atual, no momento de transição e, projetivamente, no futuro. Atinente “à última flor do Lácio plantada”, a Lei Básica sentença: “Além da língua chinesa, pode-se usar também a língua portuguesa nos órgãos Executivo, Legislativo e Judicial da Região Administrativa Especial de Macau, sendo também o português língua oficial” (art. 9º). Em bem lançada comunicação ao Liceu Literário Português do Rio de Janeiro, Rangel explanou exatamente acerca de “A língua e a cultura portuguesa em Macau e as instituições ao seu serviço no presente e no futuro”, de cujo discurso, merece registro o seguinte excerto:

‘Para se perceber a situação da língua portuguesa em Macau, forçoso é lembrar que, apesar de velha de mais de quatrocentos anos, a forma de estar dos portugueses sempre assumiu características do que poderemos designar por uma ‘soberania de presença’. A comunidade portuguesa, numericamente muito pequena se comparada com a chinesa, nunca impôs a sua língua à população local; as comunidades em presença, embora coexistindo lado a lado e respeitando-se, viveram, durante muito tempo, por imposições das circunstâncias, como que fechadas sobre si mesmas e de acordo com as suas heranças culturais que, apesar de tudo, aqui e ali se foram interpenetrando. Daqui deriva que, além da pequena comunidade portuguesa, ali radicada ou nascida, muito poucos eram os outros habitantes que falavam e aprendiam o português, sendo também pou-

cos os portugueses que falavam e escreviam o chinês”.

A Lei Básica assegura o uso da língua portuguesa e a palavra “Macau” no emblema:

“Art. 9. Além da língua chinesa, pode usar-se também a língua portuguesa nos órgãos executivos, legislativo e judiciais da Região Administrativa Especial de Macau, sendo também o português língua oficial.

Art. 10. Além da bandeira nacional e do emblema nacional da República Popular da China, a Região Administrativa Especial de Macau pode também exibir e usar a bandeira e o emblema regionais”.

A bandeira regional da Região Administrativa Especial de Macau é verde, tendo ao centro o desenho de cinco estrelas, flor de lótus, ponte e água do mar, circundado pela inscrição “Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China” em chinês, e a palavra “Macau”, em português.

Em conclusão, essa “soberania de presença” explica muito do entendimento e do relacionamento entre dois povos de raízes e culturas tão diversas. Portugal sempre virado para o mar, com seus descobrimentos e novas terras a conquistar. A China sempre muito mais virada para o interior do que para o exterior, continua Luís Durão (1995):

“(…) negligenciando por isso o seu litoral, cujos mares se encontravam por isso mesmo infestados de piratas, e muito embora possa consistir numa explicação aceitável do fenómeno, o certo é que os chineses sempre prezaram o seu solo, e a aceitação de estrangeiros nela, mesmo na periferia, é questão que ultrapassa uma explicação única”.

## 6. A fórmula Macau

Segundo Afonso Camões, diretor do gabinete de Comunicação Social do governo de Macau, a Cidade do Nome de Deus de Macau nunca foi conquistada. Serviu, sim, de porto de abrigo para fugir de tempestades e secar mercadorias, passando a entreposto comercial entre a China e o Japão a partir da segunda metade do século XVI.

Por isso, Macau é trânsito e abrigo. Não foi conquistada dos chineses, ao contrário de Hong

Kong, que séculos depois, em 1842, passou a ser colônia britânica, por imposição do Tratado de Nanquim, conseqüência da Guerra do Ópio. Ocupação de mais de um século que se refletiu nas negociações para o seu retorno à China.

Macau teve toda uma outra história. Depois de algumas tentativas, como a de Tomé Pires, a pequena península no delta do Rio das Pérolas e do Rio do Oeste foi cedida aos portugueses. Considere-se que a China sempre esteve mais voltada para o interior do que para o exterior, sem negligenciar, contudo, o seu solo. E Macau permaneceu sempre lusitana, em pleno Pacífico, junto ao Império do Meio, o centro do mundo; de um lado, a Europa e do outro, a América. O melhor entendimento é considerar o Reino do Meio colocado entre o Céu e a Terra; então, não resultou de nenhuma conquista, não teve estatuto de colônia ou de protetorado. É, juridicamente, um território chinês administrado por Portugal, tornando-se corriqueiro ouvir-se falar, administrativamente, no “Território”.

Macau manteve sua lealdade a Portugal, mesmo quando o país e todos os seus domínios caíram no jugo espanhol, de 1580 a 1640. Instala-se a questão dinástica sucessória de Portugal, que conduziu Felipe II, da Espanha, ao trono português, em virtude de ser ele neto de dom Manuel I, o Venturoso. Felipe II, como filho de Carlos V e Isabel de Portugal, reivindicou e obteve, pela linha direta de parentesco com a família real portuguesa, a primazia na sucessão régia. É a chamada União Ibérica, pela reunião de Portugal e Espanha sob a tutela dos Habsburgo. Macau quedou-se fiel. Pela lealdade, a Câmara Municipal foi intitulada de Leal Senado, por Dom João IV, restaurador da soberania portuguesa.

A união ibérica trouxe conseqüências bélicas imediatas, tanto para Macau como para o Brasil. O Leal Senado lembra o antigo Senado da Câmara, casa de Câmara e cadeia da época colonial, importantíssima na efetivação da independência do Brasil, na Bahia. Para Carlos Moraes José:

“Outro aspecto tem de ser também tido em consideração. O modo ímpar na História como os portugueses se fixaram em macau, sem guerra, apenas com esporádicos sobressaltos, explanando no terreno uma política de sedução e não de confrontação. Claro que na palavra se-

dução está implícita uma característica bem portuguesa: a mimesis com os outros povos, na medida em que o sedutor mima e se transforma nos desejos do seu objecto. Esta é uma capacidade bem nacional e que, no caso de Macau, nos valeu uma presença de quatro séculos. Não deixa, contudo, de haver mérito da parte chinesa pelo modo como souberam acomodar os portugueses, abrindo assim, com esta experiência, um novo capítulo na história das suas relações diplomáticas”.

## 7. Uma fórmula de convivência

Atinente à convivência sino-portuguesa, passados mais de quatrocentos anos de relacionamento, em entrevista a Francisco Belard, “Propostas para o Século XXI”, Kai Cheong Fok (*Expresso*, Lisboa, 6 maio de 1995), professor universitário e consultor para projetos culturais, em relação a Macau, opina:

“Começaria pelo que chamamos a ‘fórmula Macau’ na história. Os portugueses foram os primeiros europeus a chegar à China, pelo que os chineses compreendem bem que os portugueses influenciaram com sua atitude e com a sua política os restantes países ocidentais. Assim, este primeiro encontro entre Portugal e a China constituiu uma experiência muito importante para mim como historiador das relações sino-ocidentais. E nessa perspectiva, Macau desempenha um papel muito importante: pouco depois da chegada dos portugueses, estes transformaram Macau num verdadeiro centro de intercâmbio cultural entre o Ocidente, particularmente representado nessa época pela cultura ibérica e a China. Macau transformouse, também, num porto internacional florescente. Podemos dizer que se tornou rico, no século XVI e até no início do século XVII. O sucesso deste mini-estado (ou enclave português em solo chinês) dependeu muito do facto de ambos os lados terem tentado encontrar uma fórmula de coexistência. E penso que esta fórmula tem muito a ver com a posição de Macau e com a sua herança cultural e histórica absolutamente singular e distinta”.

Insiste o professor Fok:

“Do meu ponto de vista como historiador, isto é algo de grande importância, pois significa quatrocentos anos de coexistência entre duas etnias. Ao longo destes quatro séculos houve algumas ocasiões em que ambos os lados tiveram algum atrito mútuo, mas para tanto tempo tivemos muito poucas desavenças. Não chegou a morrer uma centena de pessoas de ambos os lados nessas ocasiões de atrito”.

Conclui, então:

“Logo, é muito importante para nós aprender com esta história da coexistência humana: como é que duas etnias conseguiram viver em tal harmonia ao longo de um período tão prolongado? É uma experiência importante não só do ponto de vista das relações sino-portuguesas, ou do futuro de Macau, mas enquanto experiência geral para toda a humanidade”.

## 8. Macau e Hong Kong

Diferindo bastante da presença inglesa em Hong Kong, Kai Cheong Fok cita o exemplo do governador Henessy, que em finais do século XIX, em relatório para Londres, apontava: “A forma como os portugueses se têm comportado em Macau e como conseguiram ganhar a confiança da população chinesa durante tanto tempo, é algo com que temos que aprender”. E muito!

De fato, os portugueses souberam incrementar o comércio, trazendo impostos e beneficiando a economia local sem constituir ameaça para a segurança nacional da China. A fórmula, segundo Fok, funcionou muito bem durante quatrocentos anos sem ameaça à soberania chinesa e, raramente, os chineses interferiram na atividade dos portugueses. A administração pelo Senado da Câmara, o Leal Senado, desempenhava com autonomia o poder local. Dadas as circunstâncias históricas, a maneira como a China trata os problemas de Macau é bastante diferente de Hong Kong:

“Macau nasceu de uma fórmula bem sucedida para congregar as necessidades de ambas as partes (...) penso que deveríamos capitalizar as excelentes relações sino-portuguesas a fim de conseguirmos mais para Macau”.

Exemplifica Fok que, nas negociações, os por-

tugueses conseguiram a aprovação imediata para a construção do aeroporto de Macau, o mesmo não sucedendo com os ingleses. É a hábil estratégia da paciência ou que outro nome tenha a tolerância.

Ressalte-se a abertura de Macau para o mundo exterior, principalmente durante o conflito bélico com o Japão quando Hong Kong foi tomada pelos nipônicos, na Segunda Grande Guerra. Macau funcionou como uma janela aberta da China, traço de união entre os emigrantes – chineses ultramarinos – e a terra natal. Frequentemente, voltam a Macau, a exemplo do congresso das comunidades macaenses. Organizações culturais tentam preservar a herança histórica como o Instituto de Estudos Latinos, criado pelo governador Vasco Rocha Vieira, e sugestões outras de estudos sino-lusos, ensino do idioma português e da língua chinesa que, escrita da mesma forma, é pronunciada de diferentes maneiras.

Há uma estratégia do desenvolvimento que conduziu ao ciclo das obras de infra-estrutura: o aeroporto internacional, a Ponte da Amizade, o Porto de Ká-Hó, a central de incineração do lixo e a de tratamento de águas residuais. Para tanto, a República Popular da China participa financeiramente dos grandes investimentos tanto em Hong Kong como em Macau, contando com volumosa poupança pública e privada. A moeda macaense, cujo nome é muito conhecido dos brasileiros – pataca –, estável e autônoma, é cotada ao câmbio do dólar de Hong Kong. Recorde-se a antiga moeda portuguesa de prata, do valor de 320 réis, que circulou por muito tempo no Brasil até o Império. Pois bem, é a pataca a unidade monetária no Território, dividida em cem avos. Os brasileiros da geração que nos sucede, na sua maioria, não conhecem a pataca. Os que nos antecederam, poucos talvez se lembrem. A sua geração (e minha) não lidou com a pataca. Ou será que já a esqueceram no tempo?

## 9. A triangulação econômica

Macau tem a oferecer ao Brasil uma série de serviços, em especial a sua experiência comercial. Em face das facilidades da mesma língua e cultura, Macau aparece como uma perspectiva clara de ingresso do Brasil no promissor mercado chinês e efetivação da presença ativa no Pacífico. Usando as palavras dos macaenses, o Território pode vir a ser uma plataforma financeira e de *marketing* para os inves-

timentos no Sul da China.

Macau é uma península com 21km<sup>2</sup>, situada no Sul da China, precisamente no delta formado pelo Rio das Pérolas (Zhu Yiang) e pelo Rio do Oeste (Xoi Yang), junto à província chinesa de Guangdong (Cantão província). Dista 70 quilômetros rio acima de Guanzhou (Cantão cidade).

O Território é constituído pela península de Macau, que se liga ao continente chinês por um istmo, fronteira a seco, onde se encontra o arco simbólico das Portas do Cerco. Além da península, Macau compreende as ilhas da Taipa e Coloane, que formam outro município. A primeira é bastante povoada, ligando-se à península por duas pontes. Na ilha da Taipa localizam-se a Universidade de Macau e o Jockey Club. Já a outra ilha, a de Coloane, comunica-se com Taipa por um istmo de dois quilômetros, cujas terras estão em pleno processo de consolidação. Nela se erguem a igreja de São Francisco Xavier, com relíquias deste santo, um templo budista, parques e praias. Coloane, com proteção ecológica, mantém uma certa tranqüilidade. Em frente à ilha da Taipa, encontra-se o aeroporto internacional de Macau, construído sobre um aterro e conectado por duas vias, para cuja construção houve a participação financeira da China. Existe um projeto de unir as duas ilhas por aterramento.

Macau conta com, aproximadamente, 450 mil habitantes; todavia, os que vivem no exterior tornam este número bem maior. Do ponto de vista demográfico, é preciso levar em consideração que boa parte dos emigrantes, chineses ultramarinos, estão presentes em todo o Pacífico – Filipinas, Indonésia, Cingapura, Malaca – e são eles os agentes do movimentado comércio dessa região. Transações econômicas lideradas pelos de fala chinesa alcançam o outro lado do Pacífico, notadamente na costa oeste dos Estados Unidos e do Canadá e, especialmente, na província da Columbia Britânica, em Vancouver, onde se encontram euro-asiáticos (principais indicadores demográficos anexos).

Com US\$ 17.000,00 de renda *per capita*, evidentemente que só se pode compreender o dinamismo de Macau, como influenciada pela economia de Hong Kong, no conjunto formado pela província chinesa de Guangdong (Cantão província). A abertura da República Popular da China para a economia de mercado, não obstante ser um país socialista, permitiu a formulação de políticas em três primeiras zonas

econômicas especiais: Zhuhai, na fronteira contígua a Macau, do outro lado das Portas do Cerco; Shezhen, perto de Hong Kong e Shantou, logo depois, Xiamen.

Macau “cresceu com os vizinhos”, conforme Ho Wai Hey (*Macau*, 1995, 4). Tais iniciativas foram inspiradas nas *Export procession Zones* e nas *Free Trade Zones*. Demarcadas geograficamente, são tidas como estufas de desenvolvimento econômico e servem de experiência para a China ganhar em conhecimentos, maneiras e atitudes a fim de atuar no sistema capitalista. Enfim, são laboratórios empíricos que comprovam o princípio “um país, dois sistemas”, segundo a fórmula cunhada pelo pragmatismo de Deng Xiaoping. Os chineses ultramarinos, originários da província de Cantão, são motivados a investirem na mãe-pátria, a China, contribuindo para a sua melhoria e obtenção de lucros: são os “capitalistas patrióticos”.

A principal realidade econômica da Ásia/Pacífico é a emergência do que os especialistas designam por “triângulos de crescimento”, zonas transfronteiriças ou economias de proximidade, que buscam vantagens em comum na colaboração econômica e no entrelaçamento financeiro, comercial, tecnológico e de recursos humanos.

Para Jorge Nascimento Rodrigues, Macau tem o privilégio de ser parte de um desses chamados “triângulos de crescimento”, precisamente do triângulo formado com Hong Kong e Cantão-cidade, no delta do Rio das Pérolas, no Sul da China:

“Tais minirregiões adquirem massas críticas que as afirmam na cena mundial como placas giratórias de mercadorias e fluxos de informação e de pessoas, e como pontos de entrada privilegiados para a economia global dos dias de hoje” (*Macau*, 1995, 24).

Macau, como produtora de serviços, destaca-se em turismo, jogo, indústria têxtil, vestuário, calçado, brinquedo e na construção civil. A movimentação econômica de Hong Kong, de Macau e das zonas econômicas especiais transformaram Cantão na mais rendosa província com salários e lucros os mais elevados. Para tanto, contando com a Universidade de Macau, o Instituto Politécnico, Macau vem-se preparando, científica e tecnologicamente, com outras entidades acadêmicas para o melhor desempenho em negócios com o Centro de

Produção e Transferência de Tecnologia, o Instituto de Promoção do Investimento e o World Trade Center; para tanto, eficiente sistema educacional vem desenvolvendo.

## 10. O Sistema educativo

Amplio sistema de formação de quadros em todos os níveis de ensino – fundamental, médio e superior – foi desenvolvido. Macau tem no ensino regular quase cem mil alunos que, se agregados àqueles que frequentam os programas de educação profissional e de educação de adultos, alcança-se um terço da população. São três conjuntos curriculares tendo por base a língua correspondente: o chinês, o inglês e o português, que, evidentemente, acompanha o sistema de ensino luso.

Do informe *Educação e ensino*, pôde-se retirar alguns parágrafos atinentes ao sistema educativo.

“Ensino superior – O desenvolvimento do ensino superior, com uma ampla diversificação e uma aposta na qualidade, a criação e consolidação de um sistema educativo próprio e a extensão da escolaridade gratuita ao ensino privado têm sido as grandes prioridades da área de educação.

“O ensino particular – O ensino privado está especialmente desenvolvido em Macau, abarcando mais de 90% da população escolar, razão por que o Governo decidiu estender o ensino gratuito às escolas particulares. Aderiram já, voluntariamente, a este importante projecto educativo, introduzido no ano lectivo de 1995/96, mais de 60% das escolas particulares. Ao mesmo tempo, com o envolvimento activo e participado de todos os sectores ligados ao ensino, foi-se operando, desde 1991, uma profunda reforma educativa, visando dar ao Território o seu próprio sistema de ensino, agora em fase de consolidação.

“A formação docente – A formação docente é outra área que tem merecido particular atenção, ao mesmo tempo que se desenvolve um novo programa de construções escolares. Presentemente, cerca de 700 docentes servem nas escolas oficiais e 3.000 estão nas instituições educativas particulares dos ensinos básico e secundário.



“Recursos financeiros – Ao longo dos últimos anos, a Administração de Macau, beneficiando de contrapartidas no âmbito dos contratos de desenvolvimento da habitação e das concessões de terrenos, tem estado a realizar um vasto programa de novas construções escolares, ao mesmo tempo que canaliza importantes verbas para o reapetrechamento das atuais escolas.

“Ensino superior – Uma atenção especial tem vindo a ser dada ao ensino superior, com a criação, em 1991, da Universidade de Macau e do Instituto Politécnico de Macau. A Universidade ministra mais de duas dezenas de cursos de licenciatura e está a desenvolver as suas acções de pós-graduação (mestrado e doutoramento) e o ensino superior politécnico, enquanto via profissionalizante, complementa a sua actividade. Neste nível, as medidas levadas à prática traduzem-se num significativo avanço no sentido da formação e valorização de quadros locais, muitos dos quais obtêm também formação superior fora do Território, através de bolsas de estudo, cada vez em maior número.

“As outras instituições públicas de ensino superior do Território são a Escola Superior das Forças de Segurança de Macau, que forma os oficiais para a Polícia de Segurança Pública, Polícia Marítima e Fiscal e Corpo de Bombeiros, e o Instituto de Formação Turística, que procura dotar Macau de quadros superiores no âmbito desta importante actividade do Território.

“Também funcionam no Território um Instituto de Estudos Europeus e o Instituto Internacional de Tecnologia de *Software* da Universidade das Nações Unidas.

“A administração do Território apoia também duas instituições privadas de ensino superior: a Universidade Aberta Internacional da Ásia (Macau), que ministra cursos de ensino à distância, e o Instituto Inter-universitário de Macau e pela Universidade Católica Portuguesa.

“No campo do ensino das línguas têm sido dados passos importantes, estando as línguas oficiais do Território incluídas nos planos curriculares das escolas.

“Além do Instituto Português do Ori-

ente e do Centro de Difusão de Línguas da Direcção dos Serviços de Educação e Juventude, com milhares de alunos a aprenderem português, a Televisão Educativa emite diariamente, em horário pós-laboral no canal chinês, aulas de português. O objetivo é dotar os residentes de língua materna portuguesa do conhecimento mínimo da língua chinesa, sobretudo para os que pretendem continuar no Território depois de 1999 e possibilitar aos residentes de língua materna chinesa a aprendizagem do português, que continuará a ser língua oficial após 1999.

“Declarada como área prioritária da acção governativa, mais de 10% da despesa pública (incluindo os planos de investimentos da Administração) é assumido pela área educação”.

Para o pleno crescimento da oferta de ensino, foi instituída a Universidade de Macau.

## 11. Uma universidade trilingüe

A Universidade de Macau (UM) é um conjunto de oito edifícios, situados na Ilha da Taipa, com seis unidades: Faculdade de Gestão de Empresas; Faculdade de Ciências Sociais e Humanas; Faculdade de Ciências e Tecnologia; Faculdade de Direito; Faculdade de Ciências da Educação e o Instituto de Estudos Portugueses, equivalente a uma faculdade. Tem um Centro de Estudos Pré-Universitários e outros de Extensão Educativa. Do ponto de vista arquitetónico, é uma construção vertical. Oferece cursos de bacharelado, licenciatura, mestrado e conta com mais de três mil alunos. Como toda universidade moderna, investiga, mantém intercâmbio internacional com outros países, associa os estudantes e oferece serviços de computação. A Universidade distribui bolsas de estudos aos descendentes de chineses ultramarinos, incluindo brasileiros.

Um problema curioso é o ensino do Direito; com a linguagem técnico-jurídica derivada do latim, como transmiti-lo em língua chinesa? Para Rufino Ramos, administrador e membro do conselho de gestão da Universidade de Macau, quando é ministrado em língua chinesa, tinha apoio de tradutores para os termos específicos, em face da peculiaridade da terminologia do sistema continental do direito. Igual esforço de adaptação do vocabulário era tam-

bém realizado quando o Direito é lecionado em português para chineses. Em síntese, há licenciatura em Direito, em língua portuguesa, e licenciatura em Direito, em língua chinesa. O ensino jurídico tem a colaboração dos professores das Universidades de Coimbra, Técnica de Lisboa e Nova de Lisboa. Em face do futuro de Macau, o objetivo é “adotar quadros com formação jurídica adequada aos desafios do período de transição, nomeadamente os relacionados com a permanência dos valores garantidos pela Declaração Conjunta” (*Universidade de Macau*, 1996).

Como no Brasil, a origem do ensino superior de Macau remonta aos jesuítas no século XVI, com o Colégio de São Paulo. Foi o primeiro estabelecimento de ensino a conferir graus superiores, em Letras e Teologia, em todo o sudeste da Ásia. No Brasil, como em Macau, a expulsão dos padres da Companhia de Jesus, no século XVIII, provocou o fim da educação superior.

Na nota introdutória escrita pelo reitor, professor doutor Mário Nascimento Ferreira (1996), recolhi mais informações acadêmicas. Já neste século, uma empresa privada de Hong Kong fundou a Universidade da Ásia Oriental (UAO). Com o desenvolvimento social e econômico, surgiu a idéia de se criar uma Universidade para Macau. Na década de 80, o governo comprou a UAO, transformando-a conforme as exigências da comunidade macaense. Criou-se a Universidade de Macau, em 1991, uma entidade pública de inspiração européia com o objetivo de servir aos estudantes do Território durante e após o período de transição, cuja Universidade, considerando as características culturais de Macau, mantém os cursos em três línguas: português, chinês e inglês.

Acrescenta o reitor, na esclarecida introdução:

“É primordial manter vivas as nossas relações com o mundo português, cuja presença em Macau durante mais de quatrocentos anos deu a esta cidade longas tradições e uma distinta herança cultural”;

justifica, assim, a promoção de cursos em língua portuguesa, como o Direito, Língua e Literatura Portuguesa. Igualmente, integra-se Macau na China com vários programas lecionados em língua chinesa – Ciências da Educação, Língua e Literatura Chinesas.

E, também pela sua vocação internacional, Macau, situando-se no delta do Rio das Péro-

las, vai mais além na bacia do Pacífico e, por isso, a Universidade cultiva a língua inglesa, como acontece nos cursos de Gestão de Empresa, Economia, Engenharia e outros. Observe-se a expressão lingüística conforme as ciências, confirmando Lavoisier:

“qu'on ne peut perfectionner le langage sans perfectionner la science, ni la science sans le langage, quelques certains que fusset les faits (...)”.

Para concluir, com o reitor:

“A comunidade que constitui a Universidade reflete a singular diversidade étnica de Macau (chineses, portugueses, macaenses, americanos, ingleses e outros). Essa situação contribui para que a UM seja uma instituição verdadeiramente internacional e multicultural. A UM pode, assim, assumir o papel tradicional de Macau, onde se fundem civilizações e culturas”.

A visão do *campus* vertical, dos laboratórios de informática e da biblioteca satisfaz a minha curiosidade acadêmica. A biblioteca é 100% informatizada e tem classificado o seu acervo de acordo com a Biblioteca do Congresso. O diretor, Rodolfo Azedo, publicou *A abelha da China*, edição fac-similar da coleção de jornais de 1822 e 1823, uma edição do próprio Centro de Publicações da UM.

## 14. Conclusão: Macau, plataforma para o Brasil

Respondendo ao convite do Presidente Fernando Henrique Cardoso, o governador de Macau, general Vasco Rocha Vieira, visitou o Brasil de 18 a 29 de abril de 1997. O objetivo não era firmar contratos. A vinda de uma comitiva de empresários macaenses que o acompanhou deveria ter chamado a atenção dos brasileiros para as possibilidades oferecidas por Macau, principalmente a proximidade com Hong Kong, Zuhai e outras zonas econômicas especiais de comércio da China que podem proporcionar negócios lucrativos para os investidores brasileiros.

Rocha Vieira visualizou Macau na ligação Ocidente e Oriente, servindo de plataforma, no Pacífico, para os países de cultura européia, em especial aqueles de cultura lusófona, como o Brasil, interessados em investir ou em comercializar com a China. Macau sempre foi abri-

go e trânsito, alternativa e porta, em sintonia de propósitos e de intenções entre China e Portugal.

A Declaração Conjunta estabeleceu grandes linhas, projetos ambiciosos a longo prazo. Além do que Macau conta com uma universidade trilingüe – português, inglês e chinês – e faz parte de várias organizações internacionais: Organização Mundial de Comércio (COM); Comissão Econômica e Social das Nações Unidas para a Ásia e Pacífico (ESCAP); Conselho de Cooperação Aduaneira (CCA); Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco); Organização Mundial do Turismo (OMT); Associação de Turismo da Área do Pacífico; Associação de Turismo da Ásia Oriental; Organização Mundial de Saúde – Comitê Regional para o Pacífico Ocidental (OMS-CRPO); Organização Marítima Internacional (IMO); Instituto Internacional de Estatística (ISI); Comitê Olímpico Asiático (COA); União Internacional dos Organismos Familiares (UIOF) (*Macau 2: 1995*).

É evidente que o Brasil não precisa de Macau para penetrar em Hong Kong e na China, mas o custo de produção e a competição são menores; bem assim, a mão-de-obra é mais acessível em Macau. Além do português con-

tinuar como língua oficial até 2049, um claro facilitador nas transações comerciais de acordo com o romanístico sistema do direito continental adotado em Macau, Portugal e Brasil.

É preciso ter bem claro que todo investimento realizado em Hong Kong, Macau e na província de Guangdong (Cantão) integrar-se-á ao enorme mercado chinês depois de 1999. Assim, as oportunidades a partir de Macau, situada no estuário do Rio das Pérolas, têm futuro, são alvissareiras.

Os empresários brasileiros têm dois anos e meio para desenvolverem suas atividades dentro de um esquema de livre mercado. Os acordos assinados entre Portugal e China privilegiaram a Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) por um período de cinquenta anos e será regida por um estatuto autônomo, permanecendo a atual estrutura política representativa com os poderes Executivos, Legislativo e Judiciário.

Em síntese, em face da presença de Macau, na China e no Pacífico, é preciso que os brasileiros não percam as facilidades dessa participação econômica no Oriente, como procedem no Canadá, nos Estados Unidos e no Chile, país com o qual o Brasil não tem fronteiras físicas, mas tem uma amizade sem limites.

## Anexo I – Indicadores

<i>Principais indicadores demográficos</i>		1993	1994	1995
População em 31 de dezembro	milhares	395,3	410,5	424,4
Taxa de crescimento efetivo	%	+3,8	+3,9	+3,4
Homens	milhares	192,9	200,0	205,4
Mulheres		202,4	210,5	219,0
Com menos de 15 anos	%	23,9	25,4	25,0
De 15 a 64 anos		69,5	67,5	67,8
Com 65 e mais anos		6,6	7,1	7,2
<i>Estatísticas vitais</i>				
Nascimentos	unidades	6.267	6.115	5.876
Óbitos		1.531	1.330	1.351
Casamentos		3.397	2.742	2.146
Divórcios		190	253	249
Taxa de crescimento natural	%	1,2	1,2	1,1
Nascimentos por 1.000 hab.	unidades	16,2	15,2	14,1
Óbitos por 1.000 hab.		8,8	6,8	5,1
Divórcios por 1.000 hab.		0,5	0,6	0,6

*Nacionalidade*

62,2% nacionalidade chinesa  
 26,7% nacionalidade portuguesa  
 4,1% outras nacionalidades

*Língua*

95,7% utilizam a língua chinesa  
 2,8% utiliza a língua portuguesa

*Tempo de residência*

36,5% residiram sempre em Macau  
 49,6% viveram em outros países

*Local de nascimento*

40,2% nasceram em Macau  
 50,4% nasceram na China  
 9,4% nasceram em outros países

Fonte: *Macau informações*, Governo de Macau, Gabinete de Comunicação social, 1996, p. 5 e 6.

## Anexo II – Informações sobre educação e ensino

Só no ensino curricular Macau tem quase cem mil alunos nos vários graus de ensino e, se lhes juntarmos os que frequentam cursos de formação profissional e de educação de adultos, verificaremos que quase um terço da população do Território está na escola.

### *Alunos de língua materna chinesa que estudam português em instituições educativas de Macau*

Escolas luso-chinesas de educação pré-escolar .....	532
Escolas luso-chinesas de ensino primário .....	2.120
Escolas luso-chinesas secundárias .....	627
Escolas privadas de língua veicular chinesa, com o apoio do Centro de Difusão de Línguas .....	4.890
Escolas oficiais de língua veicular portuguesa .....	370
Total .....	8.539

Além desses alunos, mais de seis mil outras pessoas de língua materna chinesa estudam português em cursos de língua portuguesa, nos seus variados níveis, no Instituto Português do Oriente e nas instituições de ensino superior.

<i>Alunos matriculados nos estabelecimentos de ensino</i>	<i>94/95</i>	<i>95/96</i>	<i>96/97</i>
Ensino pré-escolar (totais)	92.966	94.267	97.727
Pré-escolar	20.467	19.620	18.945
Básico	45.153	46.568	46.813
Secundário	20.624	22.205	23.809
Secundário técnico-profissional	1.189	1.233	1.368
Superior*	5.533	5.641	6.792
Educação especial	349	272	833
Educação de adultos**	38.456	44.002	43.639
Total geral	131.771	139.541	142.199

\* Além desses, mais de seiscentos fazem cursos superiores em Portugal, República Popular da China e outros países, como bolseiros do Território.

\*\* Inclui cursos de formação e aperfeiçoamento de funcionários públicos, formação de trabalhadores e cursos de educação contínua.

## Bibliografia

- A ABELHA da China, 1822-1823: Macau, 1994. Edição do exemplar original do Instituto da Biblioteca Nacional e do Livro.
- ARCANJO, Rafael. Fim do Império; Ásia; Macau quer ser porta de entrada no Oriente. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 18 maio 1997.
- ARCHER, Maria. *Terras onde se fala português*. Rio de Janeiro : Casa do Estudante do Brasil, 1957.
- BELARD, Francisco. Macau ; Propostas para o século XXI; Macau, como modelo de convivência cultural, terá futuro? Gary Nakai e Kai Cheong Fok pensam que sim. *Expresso*, Lisboa, 6 maio 1995 (entrevista).
- BOAVENTURA, Edivaldo. A fórmula Macau. *A Tarde*, Salvador, 24 abr. 1997. Opinião, p. 6.
- . Macau de pedra e cal. *A Tarde*, Salvador, 30 jul. 1997, Cad. A Tarde Turismo.
- CAMÕES, Luís de. *Os Lusíadas*. Lisboa : Parceria Antonio Maria Pereira, 1905.
- CHACON, Vamireh. *Goa e Macau*: diário de uma viagem aos confins da luso-tropicalidade. Recife : Fundação Joaquim Nabuco; Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1995.
- CHINA. Conselho Consultivo. *Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China*. Macau : Companhia de Tipografia San Ngai de Macau, 1993.
- DURÃO, Luís António. *A política da salvaguarda do património em Macau*. Macau, 1997. (xerox).
- . De pedra e cal; Macau : a sedução da diferença. M.s., 1995, p. 5-15.
- FERREIRA, Mário Nascimento. *Universidade de Macau*, Macau, 1996. Nota introdutória pelo Reitor.
- FREYRE, Gilberto. *Aventura e rotina*. Rio de Janeiro, 1953.
- . *O mundo que o português criou*. Rio de Janeiro, 1940.
- HENG, Ho Wai. *Macau 4*: uma economia de charneira. Macau : Direcção dos Serviços de Turismo, 1995. p. 5-7: Macau cresce com os vizinhos.
- JOSÉ, Carlos Moraes. “O poeta no seu santuário (Camilo Pessanha)”. *JL/Macau*, a. 16, n. 687, p. 10-11, fev. 1997.
- LIMA, Simone. Macau, um tigre asiático português. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 27 abr. 1997.
- MACANESE. Culinary Delights. [s.d.].
- . Assembléia Legislativa. *20 anos da Assembléia Legislativa de Macau : 1976-1996*. Macau : Tipografia Martinho, 1996.
- MACAU 1 : um legado para o futuro. Macau : Direcção dos Serviços de Turismo, 1995.
- MACAU 2 : os desafios da transição. Macau : Direcção dos Serviços de Turismo, 1995.
- MACAU 3 : à flor da pele. Macau : Direcção dos Serviços de Turismo, 1995.
- MACAU 4 : uma economia de charneca. Macau : Direcção dos Serviços de Turismo, 1995.
- MACAU 5 : a sedução da diferença. Macau : Direcção dos Serviços de Turismo, 1995.
- MACAU. Textos de Wenceslau de Moraes; Prefácio e seleção de textos de Eugênio de Andrade ; Poesias de Camilo Pessanha, Fernando Pessoa ; Fotografias de Ana Esquível. Macau, 1995.
- MACAU. informação. Macau, 1996.
- MACAU oferece acesso ao imenso mercado chinês. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 26 abr. 1997.
- MARGOLIS, Mac. Hong Kong, China : a volta da filha próspera. *Ícaro Brasil*, Rio de Janeiro, n. 152, p. 29-41, 1997.
- PESSANHA, Camilo. *Contos, crônicas, cartas recolhidas e textos de temática chinesa*. [s.l.] : Publicações Europa-América, 1988: Macau e a gruta de Camões.
- PINTO, Fernão Mendes. *Peregrinação* : aventuras extraordinárias de um português no Oriente. Adaptação de Aquilino Ribeiro ; Ilustrações de Martins Barata. 12. ed. Lisboa : Sá da Costa, 1994.
- PIRES, Benjamin Videira. *Macau 5* : a sedução da diferença. Macau, Direcção dos Serviços de Turismo, 1995. p. 19-21: As influências mútuas portuguesas e chinesas.
- QUINTO Império. *Revista de cultura e literatura e língua portuguesa*, Salvador, v. 1, n. 7, 1996.
- RANGEL, Jorge. A língua e a cultura portuguesa em Macau e as instituições ao seu serviço no presente e no futuro. *Confluência, revista do Instituto de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, [s.d.]. Separata.
- RODRIGUES, Jorge Nascimento. *Macau 4* : uma economia de charneca. Macau : Direcção dos Serviços de Turismo, 1995. p. 10-11: Passaporte para a China
- SPITZCOVSKY, Jaime. Pequeno Tigre : última colônia portuguesa, no sul da China, investe em cassinos e turismo antes de voltar ao controle chinês. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 20 abr. 1997. Mundo, p. 21.
- UNIVERSIDADE DE MACAU. *Relatório de atividades 1995*.
- . *Universidade de Macau*. 1996.