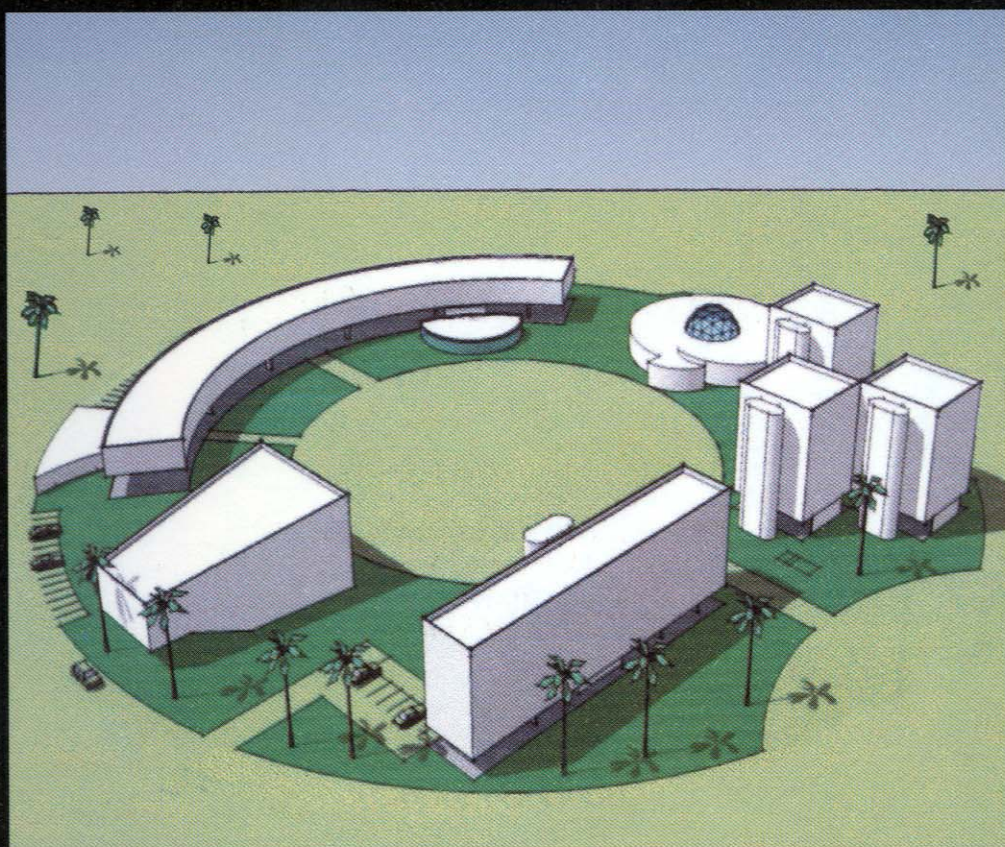


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Abril-Junho/2005 – Ano 42 – Nº 166
Edição Especial – Universidade do Legislativo Brasileiro
Curso de Especialização em Direito Legislativo



**Croqui da futura sede da Unilegis.
Projeto do Arquiteto Oscar Niemeyer.**

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 42 • nº 166
abril/junho – 2005

UNILEGIS

Universidade do Legislativo Brasileiro

**Artigos apresentados pelas 1ª e 2ª turmas do
Curso de Especialização em Direito Legislativo**

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: (61) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (61) 311-4258. E-Mail: ssetec@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Angelina Almeida Silva

CAPA: Renzo Viggiano

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

© 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)

Membros do Conselho Superior da Unilegis

Reitor

Senador RENAN CALHEIROS
Presidente do Senado Federal

Conselheiros

Senador JOSÉ SARNEY
Senador EFRAIM MORAIS
Senador ANTERO PAES DE BARROS
Senador ROBERTO SATURNINO
Senador PEDRO SIMON
AGACIEL DA SILVA MAIA
Diretor-Geral do Senado Federal
RAIMUNDO CARREIRO SILVA
Secretário-Geral da Mesa
FLORIAN AUGUSTO COUTINHO MADRUGA
Diretor-Executivo do ILB
SÉRGIO FRANCISCO PIRES DE OLIVEIRA PENNA
Consultor-Geral Legislativo

Conselho Universitário

Presidente

VÂNIA MAIONE ALVES NINA

Vice-Reitor Executivo da UNILEGIS

AGACIEL DA SILVA MAIA
Diretor-Geral do Senado Federal

Diretor Executivo ILB

FLORIAN AUGUSTO COUTINHO MADRUGA

Consultor-Geral Legislativo SF

SÉRGIO FRANCISCO PIRES DE OLIVEIRA PENNA

Representantes do Corpo Técnico-Docente

CLÁUDIA LYRA NASCIMENTO
FÁBIO REZENDE SCARTON COUTINHO
EUSTÁQUIO JUVÊNCIO DE LACERDA

Secretário

Aderson Pimentel de Alencar Filho

Equipe

Assessoria do Conselho Universitário

Alexandre Paiva Damasceno
James Raymundo Menezes

Secretárias

Maria do Socorro Costa Furtado
Luciana Claudino

APRESENTAÇÃO

O Senado Federal, como Casa da Federação, vem cada vez mais aperfeiçoando suas relações com a sociedade organizada. O Senado da República, portanto, já não é mais apenas um fórum legiferante. Produzimos sim leis, mas nos lançamos ao desafio de aproximar o nosso processo legislativo das reais necessidades do País.

Nesse contexto, estamos lançando a presente Edição da Revista de Informação Legislativa, com 21 artigos selecionados dentre os trabalhos produzidos pelos alunos das duas primeiras turmas do Curso de Especialização em Direito Legislativo, realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro (UNILEGIS), em parceria com a Universidade Federal do Mato Grosso do Sul.

Os trabalhos desenvolvidos se referem a temas de interesse de todos aqueles que participam do processo de feitura das leis ou dele fazem uso. Assim, parlamentares, técnicos de Assembléias Legislativas e das Câmaras Municipais do Brasil, servidores dos Tribunais de Contas, além de outros profissionais, poderão aqui identificar fontes qualificadas para suas pesquisas e trabalhos. Para o cidadão, será útil pelo fato de o conjunto de informações e conhecimentos enfocados nesta edição estarem intimamente ligados a questões de relevo para o País.

Na certeza de que os esforços do Senado Federal, no campo da democratização do conhecimento, por meio da Universidade do Legislativo Brasileiro (UNILEGIS), do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e do Programa INTERLEGIS, atuam verdadeiramente em prol da cidadania, desejamos aos leitores uma proveitosa caminhada pelas páginas que se seguem.

Senador Renan Calheiros
Presidente do Senado Federal
Reitor da UNILEGIS

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 42 · nº 166 · abril/junho · 2005

Alexandre Navarro Garcia	Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa 9
Alvaro Augusto Pereira Mesquita	O papel e o funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro: problemas e soluções 23
Artenor Luiz Bósio	Contribuições para a história legislativa da criação da Província do Paraná 41
Celso Antonio Martins Menezes	A importância dos tratados e o ordenamento jurídico brasileiro 65
Cláudia de Góes Nogueira	A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras 79
Eduardo Andres Ferreira Rodriguez	Coisa julgada inconstitucional 95
Eugênia Kimie Suda Camacho Pestana	Ingerência humanitária: um novo paradigma em formação? 113
Flávia Lima e Alves	O Tratado de Petrópolis: interiorização do conflito de fronteiras 131
Ilana Trombka	Ouidoria parlamentar: uma proposta para o Senado Federal 151
Janice de Carvalho Lima	O Direito Internacional e o Poder Legislativo na condução da política externa 165
José Mendonça de Araújo Filho	Medida provisória legislativa 181
Júlio Roberto de Souza Pinto	Processo legislativo no Estado Democrático de Direito 193
Jurandir dos Santos de Oliveira	Os institutos de controle da democracia brasileira ainda carentes de aperfeiçoamento 205
Léa Marta Geaquinto dos Santos	O desafio do combate à lavagem de dinheiro 221
Márcia Fortuna Biato	Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima 233
	Harmonização tributária e consolidação do Mercosul

Maria Terezinha Nunes	253
Meiriane Nunes Amaro	O processo de reformulação da previdência social brasileira (1995-2004) 267
Robson José de Macedo Gonçalves	A polícia do Senado Federal 293
Ruy dos Santos Siqueira	O processo de institucionalização da supremacia da ordem econômica e jurídica na constituição do Estado democrático 307
Tarciso Aparecido Higino de Carvalho	A produção de provas no inquérito parlamentar na Câmara dos Deputados 329
Valéria Ribeiro da Silva Franklin Almeida	A comunicação do Senado e o direito à informação 347

Destaque da Subsecretaria de Edições Técnicas

Carlos Homero Vieira Nina	A Comissão Parlamentar de Inquérito nas Constituições brasileiras 367
---------------------------	---

Democracia semidireta

Referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa

Alexandre Navarro Garcia

Sumário

Considerações iniciais; 1. Democracia semidireta; 1.1. Referendo; 1.2. Plebiscito; 1.3. Iniciativa popular; 2. Mecanismos e registros anotados; 3. A participação da vontade popular e dos grupos de pressão; 4. Experiência brasileira e legislação participativa; Conclusões.

Considerações iniciais

O exercício da democracia direta remonta as cidades-Estado da Grécia antiga, entre os séculos IV e V a. C. No século XIII, os suíços já realizavam os *Landsgemeinde*¹, hoje ainda praticados nos cantões de Appenzell, Glaris e Unterwald. Na Nova Inglaterra (séc. XVIII), os puritanos realizavam as assembleias municipais.

A partir dos movimentos revolucionários, iniciados no fim do século XVIII e princípio do século XIX, por meio do contratualismo russo-seauniano² e da filosofia dos jusnaturalistas³, esses princípios de democracia semidireta ou participativa ganharam maior dimensão e filiados.

A partir dessas experiências, consumadas na prática, foi que as formas atuais mais aperfeiçoadas de democracia semidireta – basicamente referendo e iniciativa direta – difundiram-se na Suíça, Itália, França e Estados Unidos, por meio da espécie de legislação direta, notadamente no Estado da Califórnia, caso mais estudado.

Para Bobbio (1987, p. 459), democracia direta engloba “todas as formas de partici-

Alexandre Navarro Garcia é Chefe da Assessoria Parlamentar do Ministério da Ciência e Tecnologia, professor de Processo Legislativo do Centro de Formação da Câmara dos Deputados e especialista em Assessoria Parlamentar pela Universidade de Brasília.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. ALEXANDRE PAIVA DAMASCENO.

pação no poder”, com prevalência do agente popular sobre o político. Diferentemente, na democracia semidireta, repousa um sistema mais bem-sucedido, pois contempla equilíbrio pela operação, de um lado, da representação política e, de outro, da soberania popular direta.

Maria Victoria Benevides⁴ (1996, p. 15) sublinha: “a expressão democracia direta, quando utilizada isoladamente – e sem outras referências históricas – pode prestar-se a equívocos”.

Bonavides (2003, p. 275) reforça a ação equilibrada da democracia semidireta dizendo que sua prática limita a “alienação política da vontade popular”. Nessa esfera, “a soberania está com o povo, e o governo, mediante o qual essa soberania se comunica ou exerce, pertence ao elemento popular nas matérias mais importantes da vida pública”.

No Brasil, a Constituição de 1988 introduziu três mecanismos de democracia semidireta: referendo, plebiscito e iniciativa popular (art. 14). Figuras que se situam no campo da participação política, como orientadores dos princípios fundamentais da República brasileira e compõem o binômio representação-participação, também denominado princípio democrático: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único).

1. Democracia semidireta

O termo democracia, mais voltado para o exercício democrático dos antigos gregos e o seu contemporâneo, democracia semidireta, aplicados em maior ou menor instância, fornecem, para as Estados atuais, os meios mais importantes para ampliação da participação popular.

Direcionam para um Estado atuando sob a vigilância da coletividade, impondo o alargamento do princípio democrático a diferentes formações da vida social, econômica

e cultural, incorporando instrumentos de participação direta, reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática.

Na definição de Pimenta Bueno (1958, p. 475), permite ao cidadão o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado – inclusive oferecimento de proposições para fomento de atos e espécies legislativas –, conferindo-lhe atributos da cidadania e inserindo-o no

“*status activae civitatis*: prerrogativas, atributos, faculdades, ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos. São o *jus civitatis*, os direitos cívicos, que se referem ao Poder Público, que autorizam o cidadão ativo a participar na formação ou no exercício da autoridade nacional.”

O referendo, o plebiscito e a iniciativa popular exprimem o desejo de complementar a democracia representativa com elementos de democracia semidireta, podendo haver, até mesmo, o desejo de substituir a democracia representativa por esses elementos de democracia.

Esses institutos, diferentemente de sua execução internacional, enfrentam no Brasil resistências de aplicação. De um lado, aspectos estruturais como as desigualdades sociais e os limites colocados pela cultura são obstáculos ao incremento da participação popular. De outro, a própria autorização legal para seu exercício que, no mais das vezes, cria obstáculos formais intransponíveis. Esse ou aquele terminam colaborando para uma tendência dos representados de dar ampla legitimidade aos representantes, que acabam deliberando sobre questões públicas com reduzida consulta a seus eleitores.

1.1. Referendo

O referendo representa a forma clássica e tradicional de exercício direto de poder.

Para Darcy Azambuja, o referendo “é o que mais aproxima o Governo da democracia pura, mas também é o mais complexo, tanto por sua intimidade com outros instrumentos, como o plebiscito e o veto popular, como pelas diferentes classificações que abriga” (AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 27. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988. p. 228 apud OLIVEIRA, Régis Fernandes de; FERREIRA, José Rodrigues, 1996, p. 97).

Em sentido lato, consiste na consulta à população sobre emendamentos constitucionais ou até sanção de leis ordinárias, quando esta inferir sobre interesse público nacional.

Como lembra Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 154), a origem do *referendum* se encontra nas antigas Dietas das Confederações Helvéticas, que reservava a certas localidades suíças, como os cantões de Valais e Grisons, desde o século XV, a capacidade de aprovar todas as leis “ad referendum do povo. Em certos casos, as Constituições de alguns Estados modernos exigem que se faça o referendum, sendo ele considerado obrigatório, o que se dá quase sempre quanto a emendas constitucionais; em outros, ele é apenas previsto como possibilidade, ficando a cargo das assembléias decidir sobre sua realização, sendo ele chamado de facultativo ou opcional”, como no caso brasileiro.

Sobre essas espécies, Santi Romano (1977, p. 318) vincula a obrigatoriedade a apenas alguns tipos de leis e seu exercício fundado por algumas constituições dos Estados Unidos e nos cantões suíços, onde a lei somente abrigará perfeição após a decisão dos cidadãos. Até a decisão popular permanece como simples projeto. Ao tipo facultativo coaduna-se o instituto do veto, mecanismo pelo qual, “dentro de um determinado prazo, um certo número de cidadãos declara opor-se a uma lei deliberada pela Assembléia Legislativa”, cabendo a estes, então, a decisão final sobre sua aprovação ou rejeição.

Para Bonavides (2003, p. 282), “com o referendum, o povo adquire o poder de san-

cionar leis”, cabendo ao Parlamento apenas elaborar a lei e à população a capacidade de torná-la juridicamente perfeita e obrigatória, depois de sua aprovação por sufrágio.

A respeito desse modelo, o contestador Bobbio (1983, p. 69) referendou:

“Creio que, hoje, ninguém pensa em contestar a importância e utilidade de um tal modo de se obter decisões coletivas, e nem mesmo sua legitimidade democrática, ainda que algumas restrições possam ser feitas à concepção atomizante do corpo eleitoral, no qual o instituto do referendum se baseia, e a dificuldade de reunião através da discussão política”.

Inobstante sua posição geralmente contundente, nesse caso, não há margem para contradições, mesmo partindo de Bobbio. Como fato incontestado, anote-se que um dos mais importantes eventos históricos italianos, na sua longa história, decorre do referendo pré-constitucional de junho de 1946 (convocado pelo Conselho de Libertação Nacional, composto por seis partidos antifacistas), para o qual a população foi convocada para decidir sobre a forma do regime: monarquia ou república. Dessa pergunta nasceu a República Italiana, com 54,3% dos votos.

1.2. Plebiscito

Para Bonavides (2003, p. 154), a espécie plebiscito (da antiga Roma, onde a plebe votava sobre determinado assunto, por convocação do tribuno) consiste numa “consulta prévia à opinião popular”, perante a qual, dependendo de seus resultados, adotar-se-ão providências legislativas ficando reservadas dificuldades para sua diferenciação de referendos.

Diferentemente do Brasil, onde referendo e plebiscito encontram-se em fases processuais distintas e inversas de consulta, aquele convalidando ou não decisões implementadas pelo Congresso e este criando espaço para a aferição do sentimento popu-

lar, nos países onde surgiram se confundem e não têm aplicação definida entre as diferentes classificações, como anota Bobbio (1995, p. 937):

“a noção de plebiscito é controversa. É, pois, uma vontade popular sobre assuntos de relevância constitucional, sendo, por isso, um instrumento de democracia direta, se bem que, como todos os dispositivos deste tipo, possa ser instrumentalmente usados por correntes autoritárias ou totalitárias para legitimar o seu poder autocrático. Ora, tal definição poderá parecer parcial e incompleta, já que não permite estabelecer uma clara distinção entre plebiscito e um instituto análogo, o referendun. O dois termos são, a rigor, sinônimos. Apenas pode-se observar uma certa diferença histórica no uso de um ou outro termo”.

Seguindo a interpretação nacional, Marcello Cerqueira (2001, p. 138), apartado da opinião que mistura referendo e plebiscito, julga que é mais correto situar o plebiscito como “o elemento propulsor da atividade interna constitucional (adesão a determinada forma de governo, a designação de uma dinastia ou de quem irá reinar, por exemplo), enquanto o referendo é empregado para ratificar as leis já aprovadas pelo Legislativo”.

Pela linha da anterioridade, também se pronunciam Régis Fernandes de Oliveira e José Rodrigues Ferreira (1996, p. 97): “é, assim, uma consulta anterior à formalização do ato ou à conduta a ser adotada pelo Estado. O texto constitucional reforça esse entendimento. Sempre que se refere ao plebiscito, deixa claro que deve ocorrer antes da medida que se pretende adotar”, o que fica consolidado pelo artigo 2º da Lei nº 9.709, de 1998, que disciplinou os incisos da democracia semidireta, na forma do artigo 14 da Constituição Federal: “O plebiscito é convocado com anterioridade ao ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha

sido submetido” (§ 1º); “O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição” (§2º).

1.3. Iniciativa popular

Para o tipo iniciativa popular, Bonavides (2003, p. 290) sinaliza que, “de todos os institutos da democracia semidireta o que mais atende às exigências populares de participação positiva nos atos legislativos é talvez a iniciativa”, o que, a partir do autor, representa um modelo que confere ao cidadão maiores condições para participar da produção legislativa.

Configura-se, assim, num direito do eleitorado de propor ao Poder Legislativo, projetos de lei, iniciando, ao lado de outros agentes políticos (presidente da República, Tribunais Superiores, deputados e senadores), o processo legislativo.

Pelo quadro constitucional brasileiro, entretanto, nem o referendo nem a iniciativa popular permitem aos cidadãos introduzir mudanças na Constituição ou vetar leis ordinárias. Podem ocorrer mudanças constitucionais mediante plebiscito, porém, só o Congresso pode convocá-lo (o Executivo pode, no máximo, enviar mensagem ao Parlamento propondo a convocação, mas é o Legislativo que decide se convoca ou não).

Devido à complexidade do processo de participação, que engloba redação do texto (moção, projeto de lei ou emenda constitucional), coleta de assinaturas, controle de constitucionalidade e aprovação da matéria, o sucesso varia muito, visto que são materializadas itens como questões culturais e nível de democratização da informação (cf. BENEVIDES, 1996, p. 157).

Paolo Biscaretti di Ruffia, por sua vez, registra a existência, no direito comparado, de duas modalidades de iniciativa popular: “a simples e a formulada. Na simples, também chamada pura, o eleitorado apresenta apenas uma moção ao Parlamento, para que aprove lei com determinado conteúdo; na formulada, o projeto é elaborado pelas cida-

dados, que já o apresentam de forma articulada” (BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1965. p. 421 apud OLIVEIRA, Régis Fernandes de; FERREIRA, José Rodrigues, 1996, p. 95).

2. Mecanismos e registros anotados

Na Suíça, país que começou a utilizar o referendo em 1848, a Constituição dizia que toda decisão nacional importante deveria ser submetida ao voto popular, através de uma dupla maioria: maioria dos votantes e dos cantões.

Embora o marco date do século XIX, tanto o referendo como a iniciativa legislativa popular (modelo diferenciado no Brasil), começaram a ser usados com maior intensidade no final do século XX (1970).

A partir de 1975, o referendo tem sido utilizado principalmente vinculado a questões de soberania nacional e para a política interna dos países envolvidos, onde tendem a prover decisões políticas a curto prazo ou questões *ad hoc*, e não como um mecanismo permanente do processo de tomada de decisão.

Em relação às limitações formais das iniciativas, Santi Romano (1977, p. 317) lembra que, nos cantões suíços, num andar paripassu entre iniciativa (primeiro estágio) e referendo (segundo estágio), os populares podem dirigir-se à Assembléia, por meio de assinaturas de cem mil cidadãos, solicitando que esta elabore determinada lei sobre matéria específica. Se a deliberação legislativa for pela rejeição, caberá à votação popular decidir se a lei deverá ou não ser editada, referendando-a ou não (arts. 138-142, Constituição Suíça).

Com escopo mais amplo, em alguns Cantões, “os cidadãos podem apresentar um projeto completamente redigido e então a Assembléia legislativa é obrigada a submetê-lo à aprovação do povo”, devendo apresentar os motivos de sua oposição ou até encaminhar um novo texto.

Assim, na Suíça, onde o povo, ao qual está reservada a aprovação final, é permiti-

da, além da iniciativa de projeto completamente redigido, a solicitação de revisão parcial de legislação vigente. Se as Câmaras concordarem com a revisão, o projeto é “submetido à aprovação do povo e dos cantões; se, ao invés disso, não existir tal acordo, a proposta é apresentada ao povo e, se este o aprova, a revisão é feita, em conformidade com tal aprovação, pela Assembléia Federal” (ROMANO, 1977, p. 312).

Maria Victoria Benevides (1996, p. 170) ressalva que essa postulação, entretanto, que proponha uma revisão legislativa, parcial ou total, somente pode ser solicitada, geralmente, quatro anos após a promulgação da lei, enquanto a coleta de assinaturas deve estar encerrada em dezoito meses. Para decisão da revisão a Assembléia tem três anos. Ultrapassado esse prazo, o Conselho Federal é chamado para realizar a consulta popular sobre a mudança pleiteada; “se a resposta for negativa, a iniciativa é abandonada; se for positiva, o Parlamento é obrigado a elaborar projeto permitindo a realização de outra votação”.

Roberto Rosas (1970, p. 35), abordando a iniciativa popular na Itália, assevera que o instituto está, como no Brasil, no próprio texto constitucional (art. 71), exigindo dos cidadãos italianos, para apresentação de proposições formuladas e articuladas, apoio mínimo de cinquenta mil pessoas, metade do quorum cobrado dos suíços. Admite, ainda, a Constituição Italiana (art. 75), desde que apoiada por 200 mil eleitores ou por cinco Conselhos Regionais, a convocação de referendos - mecanismo usual - para revisões, totais ou parciais, ou revogação de leis aprovadas pelo Parlamento e regulamentos administrativos de caráter local, em caráter ab-rogatório.

Na França, a Constituição de 1958 (art. 11) retirou do Parlamento o poder soberano, transformando-o em poder constituinte, com competência constitucional limitada. Em contrapartida, acentuando a importância da participação semidireta, confere ao “*referendum* popular não somente a permis-

são de rejeitar uma lei votada pelo parlamento, mas ainda de realizar uma reforma legislativa” (ROSAS,1970, p. 37). O chamado, entretanto, para a consulta referendária, é prerrogativa do presidente da República ou das duas Câmaras congressuais.

Nos Estados Unidos, o primeiro Estado a adotar o modelo de legislação direta foi South Dakota, em 1898, porém a primeira unidade federativa americana que a efetivou foi o Estado de Oregon, em 1904. Entre esses dois Estados, Butler e Ranney (1978,

Adoção da iniciativa popular nos Estados Unidos, por Estado

Estado	Ano
South Dakota	1898
Utah	1900
Oregon	1902
Oklahoma	1907
Maine, Missouri	1908
Arkansas, Colorado	1910
Arizona, Califórnia, Montana, Novo México	1911
Idaho, Nebraska, Nevada, Ohio, Washington	1912
Michigan	1913
North Dakota	1914
Kentucky, Maryland	1915
Massachussetts	1918
Alaska	1959
Wyoming	1968
Illinois	1970
Florida	1972

Fonte: *Iniciative and Referendum: Its Status in Wisconsin and Experiences in Select States*, Informational Bulletin 76-Ib-4 (Madison, Wis.; Legislative Reference Bureau, State of Wisconsin, 1976)

p. 70) incluem o aparecimento da unidade de Utah, em 1900, como segue:

Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 154) encontra dois tipos desse instituto nos Estados Unidos, quando é conferido a um determinado número de eleitores a possibilidade de oferecer emendas constitucionais ou leis ordinárias, quais sejam:

“iniciativa direta, pela qual o projeto de constituição ou de lei ordinária contendo a assinatura de um número mínimo de eleitores deve, obrigatoriamente, ser submetido à deliberação dos eleitores na próxima eleição; e iniciativa indireta, que dá ao Legislativo estadual a possibilidade de discutir e votar o projeto proposto pelos eleitores antes que ele seja submetido à aprovação popular”.

Em termos de mecanismos de legislação direta, a Califórnia, que os utiliza desde o início dos anos 70, é o caso mais importante. Lá, os instrumentos de legislação direta, criados em 1911, já previam os quatro tipos de mecanismos de legislação direta, mas o referendo destinado a introduzir mudanças na Constituição estadual foi o mais usado pelos eleitores.

Entre 1970 e 1976, cento e quatro iniciativas de mudanças na legislação ordinária foram submetidas ao voto popular na Califórnia, tendo como principais temas as questões governamentais e relativas ao processo político (21%), impostos e questões morais – aborto – (19%), direitos trabalhistas (17%), saúde, habitação e previdência social (14%) e direitos civis (5%).

No Estado (art. 2º, seção 8), o processo de iniciativa popular começa com a reda-

ção do texto pelos populares. A segunda fase cabe ao Procurador-Geral do Estado, que escreve o título e faz um resumo da sugestão, para serem usados na campanha e no horário eleitoral. Para essas despesas os responsáveis pela iniciativa pagam US\$ 200. Iniciada a divulgação da iniciativa, os promotores têm, pelo menos, cento e trinta e um dias para conseguir as assinaturas. Após esse prazo são conferidas as assinaturas e, vencidas as limitações formais (número e período), o Secretário do Estado sujeita o texto à votação estadual, que decide o processo por maioria simples.

Sua Constituição prevê que o referendo, solicitado por projeto formulado de iniciativa, pode tanto convalidar como rejeitar leis ou partes de leis, com exceção daquelas de natureza urgente, eleitorais, de despesas orçamentárias correntes ou instituidoras de alíquotas de tributos. Como regra, uma vez publicada a lei, a população têm noventa dias para apresentar o projeto peticional com o apoio de cinco por cento dos eleitores (art. 2º, seção 9).

Ademais, os mecanismos de legislação direta têm sido antídoto para o imobilismo ou paralisia relativa do legislativo local. Se levarmos em conta que, além da iniciativa, os californianos contam com instrumentos de reforma constitucional ao seu dispor, pode-se afirmar que o potencial da legislação direta adquire uma importância realmente extraordinária.

Independentemente do Estado, uma iniciativa constitucional somente pode ser alterada por outra da mesma espécie. Mesmo podendo ser emendada, exige maioria para o aditamento e nova apreciação popular dessa alteração.

Com variações em função do eleitorado de cada Estado, o número de assinaturas necessárias para iniciativa nos Estados Unidos, diferentemente da Suíça, onde o total é único, pode ter como base um valor fixo ou o número de votantes nas últimas eleições na circunscrição. Para apresentação de iniciativas constitucionais, exige-se quatro

por cento em North Dakota e quinze por cento em Wyoming. Para legislação ordinária local, North Dakota exige apenas dois por cento. Adepto do mecanismo desde 1914, o Estado registrou, de 1950 a 1970, setenta e cinco ocorrências de textos ordinários. Na Califórnia, são necessários, para alteração legislativa local, cinco por cento do eleitorado que votou nas últimas eleições para governador. Se a mudança for constitucional o quorum é de oito por cento.

3. A participação da vontade popular e dos grupos de pressão

O processo, contudo, gera, para alguns, descrença em relação ao resultado material das iniciativas. Como argumento contrário, centralizam as discussões nos Estados Unidos e na Suíça a capacidade de grupos superorganizados, privados, sindicalizados ou de lobby, influírem na apresentação, por meio da manipulação da coleta de assinaturas mínimas para proposição, mediante a cooptação o convocação de grupos sociais organizados que apoiem a medida, que nem sempre atende ao interesse daquele grupo.

Sobre isso, a professora Elisabeth Gerber, da Universidade da Califórnia (San Diego), em recente estudo publicado sobre a ação de grupos de interesse e aplicação de dinheiro no processo de iniciativa concluiu que, independentemente das vastas somas empregadas em campanhas políticas, no intuito de influenciar o resultado de uma iniciativa na votação popular, geralmente esses artifícios não são bem sucedidos. Essas impressões estão baseadas em exames extensivos das atividades e movimentações de grupos de interesse e em registros de finanças de cento e sessenta e oito campanhas de legislação direta em oito Estados americanos. No estudo, Elisabeth Gerber descobriu que as iniciativas abarcadas por grupos de interesses econômicos são menos bem sucedidas, em aprovação, do que aquelas apoiadas por grupos da sociedade civil. Uma análise de cinquenta e sete votações,

entre 1988 a 1992, revelou que somente trinta e um por cento das iniciativas encampadas por grupos econômicos foram aprovadas, contra cinquenta e um por cento das campanhas defendidas por cidadãos.

Para fazer frente a isso, os próprios grupos de pressão, como observa Elisabeth Gerber, passaram, com o aprendizado das derrotas, a se valer de proposituras de iniciativas que atendessem relativamente bem os grupos civis e, em amplitude maior, a seus interesses. Além de fortalecer laços sociais, encontram militância e autoria para suas propostas, convalidando seus interesses. Exercem, ainda, pressão sobre legisladores estaduais que se posicionem previamente contra suas iniciativas.

Mandatos em Estados onde existe legislação direta, incluindo Califórnia, aprovam leis diferentes daqueles onde não há o poder de iniciativa. Essas diferenças reproduzem-se, notadamente, nas matérias relativas a taxação, transporte, seguro de saúde e crime ambiental. Nas unidades federativas onde não existe iniciativa, a materialização desses assuntos conduz a legislações muito mais próximas do interesse privado do que do interesse da sociedade, mesmo naquelas votações onde é visível a operação de algum grupo particular sobre a iniciativa de populares.

Magleby, posicionado entre os descrescetes para com a soberania do povo em casos de legislação direta, sentencia:

“o poder efetivo cabe àqueles que estabelecem a agenda de questões a serem decididas pelo eleitor nas próximas eleições. Manda, mesmo, quem resolve, em primeira instância, aquelas propostas que serão apresentadas ao eleitor, para aprovação ou rejeição. Daí pode resultar que as questões levadas à votação não sejam aquelas que o povo elege como seus problemas cruciais – como inflação, desemprego, questões econômicas em geral – mas, sim, aquelas do interesse dos grupos mais organizados, como mo-

vimentos antitabaco, antiusinas nucleares ou por reformas nos serviços públicos” (MAGLEBY, David B. *Direct legislation*. Baltimore/London : The John Hopkins University Press, 1984 apud BENEVIDES, Maria Victoria, 1996, p. 100).

Maria Victoria Benevides (1996, p. 177) lembra que, na Suíça, como contraponto dessa interferência:

“existe um rigoroso controle sobre todos os aspectos formais da proposta e da credibilidade dos promotores, mas a coleta de assinaturas é facilitada ao extremo. No plano local – justamente para evitar o monopólio da coleta por grupos organizados – existe um prazo de seis meses para instalação de pontos de coleta em praças públicas; e o eleitor pode votar até pelo correio. Nos Estados Unidos, as assinaturas são conferidas por amostragem, quando a margem de segurança é muito pequena. Mas, em caso de dúvida, a averiguação é rigorosa: em 1982, vinte e cinco mil assinaturas foram anuladas no Colorado sob suspeita de fraude e o processo foi denunciado”.

Na verificação de Elisabeth Gerber, em comparação à de Maria Victoria Benevides, com controle judicial, ou na de Magleby, com predomínio da pressão organizada e viés econômico, percebe-se uma relação não estanque, mas paralela, agindo, de um lado, as parcelas sociais e, de outro, as políticas de Estado. Pedro Sampaio Malan (1981, p. 113) concebe essa interdependência: “o Estado não é o único local de conflito, nem tampouco a única arena da dominação de classe. Há várias outras funções mediadoras, que em certa literatura assumem o nome de aparelhos ideológicos de Estado (partidos, imprensa, universidades, associações de classe etc.), os quais são também, eles mesmos, arenas de luta política e ideológica”.

Tomado isoladamente, o poder organizativo e econômico pesa na definição da

iniciativa, mas não é condição única, como infere Malan. Grupos de voluntários da Califórnia têm obtido resultados positivos nas disputas pela aprovação de iniciativas, como nos casos da fixação do inglês como língua nacional (proposta 63) e tratamento de aids (64) – que chegaram à qualificação final para urnas em novembro de 1986. Três anos antes, em São Francisco, militantes antitabaco venceram a disputa com poderosas empresas de cigarro, mesmo estas aplicando dez vezes mais recursos na campanha.

Como demonstração de força deste instituto, entre 1980 e 1986, os cidadãos da Califórnia apresentaram cento e quarenta e sete propostas de iniciativa popular. Dessas, vinte e duas foram qualificadas para votação, doze aprovadas e dez rejeitadas. Elisabeth Gerber recorda que, na Califórnia, as introduções políticas mais importantes da última década – questões referentes à imigrações, ação afirmativa e instrução bilíngue – foram decididas pelo processo de iniciativa.

4. *Experiência brasileira e legislação participativa*

No Brasil, a experiência plebiscitária de 1963 sobre o parlamentarismo, configurou-se como um expediente com vistas a impedir a posse de João Goulart, que era evitado por grupos militares e forças conservadoras. Por vias adversas ao intuito de uma consulta popular, buscou-se limitar, com o parlamentarismo, a ação do presidente reformista.

Diferentemente disso, restaurar o presidencialismo era reforçar o impulso em direção às reformas econômicas, sociais e políticas que ele desejava introduzir. Foi assim que o eleitorado interpretou a situação ao votar maciçamente pelo retorno do presidencialismo.

O plebiscito de 1993 já estava previsto na Constituição de 1988, cujo artigo 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Tran-

sitórias, estabelecia: “Art. 2º No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) a vigorarem no País.”

Essas experiências são, na maioria das vezes, importantes, pois mostram que os plebiscitos são quase sempre um meio de promover o apoio ou rejeição da opinião pública em relação a um determinado esquema de poder. Diferentemente dos referendos, que se integram à dinâmica de funcionamento do processo político, os plebiscitos são feitos *ad hoc* e não foram consumados para ampliar a participação, mas apenas para canalizá-la em um determinado momento.

Em relação à iniciativa popular, os constituintes brasileiros, apartados dos movimentos externos, estabeleceram no texto nacional o instituto nas três esferas de governo: estadual; federal; municipal.

Nos Estados, a Constituição (art. 27, § 4º) cobra lei ordinária para regular a iniciativa popular. Em alguns Estados a iniciativa já está regulamentada, assim, a Constituição paulista prevê a possibilidade de sua alteração por proposta de cidadãos, mediante iniciativa popular assinada por, no mínimo, um por cento dos eleitores do Estado. Na Bahia (art. 31), Alexandre de Moraes (2003, p. 1109) diz que a Carta local “aumenta a possibilidade de participação social, pois permite a iniciativa para propositura de emendas à Constituição estadual e para projetos de lei”.

Nos municípios e na União, diferentemente, o exercício da iniciativa popular independe de norma regulamentadora, posto que num ou noutro caso as limitações formais e materiais já estão postas. Podem os populares do município apresentar proposições às Câmaras de Vereadores sobre assuntos locais, desde que obtenham assinaturas de cinco por cento dos eleitores.

Na União, inobstante não pedir regulamentação para detalhar limitações,

materiais, formais ou circunstâncias, pois o artigo autorizador já contém os requisitos, o texto do dispositivo de iniciativa, ao cobrar uma matéria já formulada, com esboço ao Parlamento, apõe uma extenuante limitação formal para sua consecução: assinatura de um por cento do eleitorado nacional, distribuído ao menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento de eleitores em cada um deles (cf. SILVA, 1995, p. 498).

Diferentemente dos exemplos externos anotados, nos Estados Unidos e na Suíça, a autorização brasileira para apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de iniciativa popular não alcança matéria constitucional, apenas legislação ordinária e complementar.

Como lembram Luciana Botelho Pacheco e Paula Ramos Mendes (1998, p. 145-146), esse amontoado de rubricas deve passar, internamente, após ordenação por Município, Estado, Território e Distrito Federal, pelo crivo da conferência, uma a uma, com legibilidade e registro de identificadores eleitorais confirmados.

Sobre essa transposição, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 207) vaticinou: “Sendo rigorosas essas exigências, não será fácil sejam apresentados projetos de lei de iniciativa popular. Trata-se de instituto decorativo”.

Passados quinze anos da promulgação da Carta, esse mecanismo não transformou-se em um “instituto decorativo”, mas fortemente limitado, pois apenas uma proposição, oriunda da Comissão de Justiça e Paz a Confederação Nacional dos Bispos Brasileiros, referente ao apenamento para compra de votos, foi aprovada. Outra, criando o Fundo Nacional de Moradia Popular continua em apreciação, desde 1991. Dessa espécie, mesmo sendo diferente o agente, já que não requer assinaturas de um número volumoso de cidadãos, caso da iniciativa popular constitucional, surgiu, tanto na Câmara Federal, inicialmente, como no Senado Federal, a Comissão Permanente de Legislação Participativa (CLP), autorizado-

ra de entidades da sociedade social organizada apresentarem ao Legislativo proposições de lei.

Comparando com o instituto de iniciativa, conforme texto constitucional e a possibilidade do exercício da democracia por via dessa Comissão, assim se pronunciou a deputada Luiza Erundina (primeira presidente do órgão):

“Chegou a hora, portanto, de colocar em prática o que dispõe a Constituição Federal de 1988, que consagra, em seu artigo 1º, parágrafo único, o princípio da soberania popular pelo qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, e que, também, estabelece mecanismos de participação popular, como, por exemplo, a Iniciativa Popular Legislativa. Não obstante essa importante conquista incorporada ao texto constitucional, muitas são ainda as barreiras que impedem sua plena e total concretização. Daí o extraordinário significado da recém-criada Comissão Permanente de Legislação Participativa, que possibilita que associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades da sociedade civil apresentem Sugestões de Iniciativa legislativa” (GARCIA, 2001, p. 15).

Independentemente de passar por processo de reestruturação regimental na Câmara, a CLP avançou, sobremaneira, em relação à iniciativa popular constitucional, em amplitude, oportunidade e flexibilidade processual, conquanto exige do cidadão e suas associações procedimentos céleres e mais simples para apresentação de proposições ao Congresso Nacional (leis ordinárias, complementares e até emendas à lei orçamentária anual).

Na Câmara de Vereadores de São Paulo, assim como em outras doze Assembleias, municipais ou estaduais, onde já existe a Comissão de Legislação Participativa, por decorrência federal, já é admitido esse modelo mais fluido de democracia semidireta:

“todas as iniciativas que se enquadrem na competência das comissões permanentes da Câmara Municipal de São Paulo, ou seja, projetos de emenda à Lei Orgânica, projetos de resolução e emendas ou substitutivos à qualquer projeto que esteja tramitando na Câmara Municipal, inclusive à Lei Orçamentária Anual”.

Diferentemente da previsão constitucional de iniciativa, as sugestões legislativas poderão ser apresentadas diretamente à Comissão por associações e órgãos de classe, sindicatos, organizações não-governamentais, demais entidades organizadas da sociedade civil e mesmo órgãos oficiais que disponham, em seus conselhos, paridade de representação entre civis e servidores. Bastando, para isso, a apresentação de documentos que confirmem a atuação e o registro da entidade.

No Senado Federal, a CLP, inobstante mais recente, já foi capaz de prever, no próprio regulamento de funcionamento, a possibilidade de recebimento de propostas populares de emenda à Constituição (art. 6º), conquanto cumpram as limitações formais previstas no artigo 60 da Carta Federal. Além disso, já receberam deliberações favoráveis, por parte do Plenário da Comissão, seis sugestões, dentre as quais um projeto que estabelece diretrizes e normas para a assistência de crianças em quadro de desnutrição e outro que estipular o oferecimento de passe livre para idosos com idade superior a sessenta e cinco anos.

Não obstante restrições à implementação, um ou outro mecanismo apresenta vantagens. Primeiramente, criam a possibilidade efetiva de se alcançar a legitimidade requerida pelo processo de tomada de decisões relevantes num regime democrático. Em seqüência, permitem que o povo intervenha sem mediações nos assuntos de seu interesse. Por fim, combatem a apatia e alienação políticas.

No caso brasileiro, em oposição, os adversários das três iniciativas ou pessoas indiferentes às mesmas, ressaltam que as pes-

soas comuns no Brasil ainda não estão preparadas para participar do processo de tomada de decisões, buscando lembrar que a tradição política brasileira leva a crer que tais iniciativas não terão o apoio popular necessário para mudar o sistema político, além de os mecanismos enfraquecem os princípios representativos.

Apesar de apresentarem vantagens e desvantagens, os modelos representam o caminho mais efetivo de participação popular. No caso levantado, a Comissão da Câmara, com pouco mais de dois anos de funcionamento, já se mostrou representativa e efetiva processualmente, transformando-se em instrumento de consecução de democracia semidireta, sem os obstáculos da iniciativa popular. Nesse período, de noventa e duas sugestões apresentadas, trinta foram aprovadas e vinte e duas viraram proposições legislativas.

Dez das sugestões apresentadas, ora referenciadas, são emendas à lei orçamentária, destinando recursos a entidades como o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMMR), Centro de Desenvolvimento e Capacitação Profissional da Paraíba (Cenpa), Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), Centro em Defesa da Vida (CDV), Cáritas Brasileira e União de Negro por Igualdade (Unegro). Os valores aprovados totalizaram R\$ 37 milhões. Para o próximo, aguardam decisão da Comissão Mista de Orçamento, mais R\$ 475,6 milhões.

Das oitenta e duas proposições em tramitação, a primeira delas, proposta pela Associação dos Juizes Federais (Ajufe), foi aprovada em menos de nove meses pelo plenário da Câmara e já encontra-se no Senado Federal para apreciação. Depois da análise dos Senadores, a matéria será mandada à sanção presidencial e permitirá a comunicação de atos e a transmissão de peças processuais por meio eletrônico na esfera da Justiça brasileira.

No Senado da República, em apenas um ano, receberam deliberações favoráveis, por

parte do Plenário da Comissão, seis sugestões, dentre as quais um projeto que estabelece diretrizes e normas para a assistência de crianças em quadro de desnutrição e outro que reduzia a idade para oferecimento de passe livre a idosos, matéria essa posteriormente acatada pelo Estatuto do Idoso.

Conclusões

Os instrumentos de democracia semidireta, como apostos atualmente, são resultado não só de construções políticos-processuais. Perpassam limitações formais ou materiais e exigem, como pressuposto, até para se fazê-la consecutar, de formação social consistente, em toda sua complexidade, agindo como mecanismo indutor e controlador, impetrando meios de freios e contrapesos, de *accountability*⁵, nesse via de exercício da cidadania, afora o tripé de Poderes constituídos.

Essa construção social, até pela amplitude de história, é mais facilmente notada e exercitada em países europeus, Suíça, com seus *Landsgemeinde*, prática inveterada desde o século XIII, Itália e França, depuradores iniciais das tarefas de democracia direta. A posteriori, e por decorrência do aprendizado europeu e base grega, os americanos, com sua legislação direta, hoje medida reincidentes no exercício de democracia semidireta.

Seu exercício, nesses países, ultrapassa a premissa de oferecimentos de projetos, petições, veto populares por meio de referendos ou alterações constitucionais. Servem, quando não usados diretamente, como instrumento para fazer com que proposições sociais ou, em muitas vezes, postulações privadas, sirvam de instrumento de pressão para fazer expresso algum direito alienado.

Como lembram David Butler e Austin Ranney, em muitas oportunidades, na Suíça, os casos mais bem sucedidos do uso referendo são daqueles que não ocorrem. Os círculos que defendem a modificação legal

apenas ensejam a expectativa de realização de referendo sobre o assunto. Resulta disso, a inexigência do ato processual. A própria Assembléia se incumbem de regular aquele assunto, sem a necessidade de consulta.

Nos Estados Unidos, não obstante a presença constante de grupos econômicos, como inserem Magleby e Elisabeth Gerber, resultados expressivos têm sido alcançados por meio da legislação direta, notadamente em questões ambientais, antitabaco, emigrações e linguísticas.

No Brasil, em compensação à limitada utilização de institutos como o plebiscito e referendo, a capacidade de iniciativa popular, como texto originário, e a apresentação formal mais célere por meio da legislação participativa, apresentam mecanismos para construção de uma cultura popular de democracia semidireta.

Como instrumento inovador de engenharia parlamentar, até para os parâmetros europeus e americanos, dada sua limitação formal reduzida, a legislação participativa, oriunda da Câmara Federal e já presente no Senado da República e em várias Assembléias Estaduais e Câmaras de Vereadores poderá, além de fortalecer a organização e presença popular no Legislativo, responder a um dos maiores gargalos da democracia contemporânea, qual seja a incapacidade, numa sociedade de massas, de aproximar os representantes do representado, o eleito do eleitor.

O então deputado Aécio Neves, mentor da criação da Comissão abalizou:

“Quando assumi o compromisso de criá-la, ainda como candidato à Presidência da Câmara, guiava-me por um mandamento não-escrito e só ignorado pelo autoritários: o de que, muitas vezes, os representantes estão à frente de seus representantes. Inspirou-me, também, a lição histórica de que, aprisionada em suas rotinas e divorciada da vontade popular, a apresentação parlamentar serve ao esvaziamento da política, à descrença

em seus atores e, por decorrência, ao enfraquecimento da democracia” (GARCIA, 2001, p. 15).

Mesmo apresentando resultados efetivos, do ponto material e, principalmente, pela sua disseminação pelas demais Câmaras, a concretização desse postulado de democracia, que torna a lei cinza, exige, ainda, o envolvimento da sociedade civil, que, por falha de comunicação do Congresso Nacional, não foi informada da sua capacidade de promover alterações em seu bojo e nas práticas de seus parlamentares, ação essa que, desencadeada, trará ao representando, como anotou Aécio Neves, não o falso antagonismo entre sociedade e Parlamento, nem a utopia ingênua de que a revolução tecnológica aposta por uma sociedade midiática ressuscitará uma espécie de democracia direta informativa, mas, sim, uma atualização da democracia representativa.

Notas

¹ Assembléias populares instituídas pelo Pacto da Confederação Helvética em 1921 que são, até hoje, realizadas na Suíça como instituto de democracia direta. Como no modelo dos antigos gregos, a população decide sobre vários assuntos, votando leis, modificando mecanismos de varrição e limpeza pública, nomeando servidores públicos e até elegendo parlamentares.

² Doutrina decorrente do pensamento do filósofo francês, nascido na Suíça, Jean-Jacques Rousseau, que defende um Estado baseado na associação entre cidadãos livres, regulado por um contrato resultante do consenso geral.

³ Doutrina segundo o qual existe e pode ser conhecido um “direito natural”, ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). Este direito natural tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, é ele que deve prevalecer.

⁴ Professora titular da Faculdade de Educação (Departamento de Filosofia da Educação e Ciências da Educação) da Universidade de São Paulo (USP) e membro titular do Conselho da Cátedra Unesco/USP de Educação para a Paz, os Direitos Humanos, a Democracia e a Tolerância.

⁵ Mecanismos de fiscalização e responsabilização das instituições oficiais, por elas próprias, numa

política de freios e contrapesos, e pela própria população.

Referências

BENEVIDES, Maria Victoria. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo?: debate de uma alternativa*. Tradução de Iza de Salles Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

_____. *Estado, governo, sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 8. ed. Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados: aprovado pela Resolução nº 17, de 1989*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. *Regimento Interno: Resolução nº 93, de 1970*. Brasília, Senado Federal, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1998.

BUENO, Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: Nova Edição, 1958.

BUTLER, David; RANNEY, Austin. *Referendus: a comparative study of practice and theory*. Washington: American Enterprise Institute, 1978.

CAETANO, Bruno. *A lei é participar: cartilha comissão de legislação participativa*. São Paulo: Câmara Municipal, Secretaria das Comissões, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GARCIA, Alexandre Navarro et al. *Cartilha: comissão permanente de legislação participativa*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

GERBER, Elisabeth. *Well-heeled interest groups usually don't succeed in buying elections, says UC San Diego Po-*

litical Scientist. San Diego, 4/10/1999. v. 26, n. 3, 2004. Disponível em < <http://ucsdnews.edu/news-rel/soc/dgerber.htm/>> Acesso em: 10 fevereiro 2004.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Colaboração de Marcello Cerqueira. São Paulo: Malheiros, 2001.

LAMOUNIER, Bolívar; WEFORT, Francisco; BENEVIDES, Maria Victoria (Orgs.). *Direito, cidadania e participação*. Colaboração de Pedro Sampaio Malan. São Paulo: T. A. Queiroz, 1981.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de; FERREIRA, José Rodrigues. *Processo Legislativo: uma contribuição ao*

debate. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1996.

PACHECO, Luciano Botelho. *Questões sobre processo legislativo e regimento interno*. Marcos Magro Nardon (Org.). Colaboração de Paula Ramos Mendes. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1998.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROSAS, Roberto. O poder de iniciativa das leis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 7, n. 26, p. 35-37, abr./jun. 1970.

SILVWA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

O papel e o funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro

Problemas e soluções

Alvaro Augusto Pereira Mesquita

Sumário

Introdução; O Estado Regulador; As Agências reguladoras no contexto internacional; As Agências reguladoras no Brasil; e Conclusões Gerais.

1 – Introdução

As agências reguladoras são de criação recente no Brasil. Surgiram na última metade da década de 90, fruto das transformações do Estado brasileiro que passou a dar ênfase à sua função reguladora, interferindo indiretamente na ordem econômica, ao invés da função de Estado produtor, intervindo diretamente nessa mesma ordem. No modelo de intervenção direta, quem fixa a política é o Poder Executivo, por meio de seus ministérios. No modelo regulatório, a política é fixada pelo Congresso Nacional por meio de lei.

Nesse processo de transformação do Estado ocorreu a desestatização de parte da prestação de serviços públicos, notadamente nos setores de telecomunicações e energia elétrica, e a flexibilização do monopólio do petróleo.

Essa nova configuração do Estado pressupõe, além da participação privada na prestação dos serviços públicos; a separação das tarefas de regulação das de exploração de atividades econômicas que venham a remanescer; orientar sua intervenção para a defesa do interesse público; a busca do equilíbrio nas relações de consumo no setor

Alvaro Augusto Pereira Mesquita é Superintendente de Relações Institucionais da ANEEL. Eng^o Eletricista – UFPA. Pós-Graduado em Engenharia Econômica – UDF. Pós-Graduado em Direito Legislativo – UNILEGIS.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. HENRIQUE SAVONITTI MIRANDA.

regulado, envolvendo usuários ou consumidores e prestadores de serviços; e o exercício da autoridade estatal por mecanismos transparentes e participativos.

É nesse contexto, portanto, que surgem as agências reguladoras, órgãos criados por leis específicas na condição de autarquias ditas especiais, dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial um pouco mais amplas do que as demais autarquias. Seus dirigentes são indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, para um mandato fixo e não coincidente, em geral de quatro anos, permitida uma recondução e proibida a demissão imotivada.

As agências reguladoras foram idealizadas para atuar num ponto equidistante em relação aos interesses dos usuários, dos prestadores dos serviços concedidos e do próprio Poder Executivo, de forma a evitar eventuais pressões conjunturais, principalmente quando as empresas estatais convivam com empresas privadas na prestação do serviço público, como acontece nos setores de energia elétrica, petróleo e gás.

Passados quase seis anos da implantação das agências reguladoras e com a ascensão de um novo governo, vários temas polêmicos surgiram sobre a atuação desses órgãos, que vêm sendo debatidos pela academia, por especialistas de direito público, políticos, agentes públicos e privados, pelo próprio governo e pela mídia, entre outros. Os debates envolvem, principalmente, temas relacionados ao limite do poder regulamentador das agências vis-à-vis o direito brasileiro, ao grau de autonomia, ao controle a que devem estar submetidas, ao mandato de seus dirigentes e ao caráter constitucional desses órgãos.

Nesse debate se vê, de um lado, aqueles que defendem o modelo de agências reguladoras como entes de Estado, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial e controle pelo Congresso Nacional e, de outro, aqueles que defendem uma redução dessa autonomia pela atuação mais presen-

te do governo sobre esses entes, a redução de suas atribuições em favor dos ministérios e um forte controle social.

Esses debates ganharam maior importância a partir da declaração do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, de que “terceirizaram o poder político no Brasil” – numa referência a atuação das agências. Outros fatores impulsionadores dos debates foram o forte contingenciamento orçamentário imposto pelo governo federal a esses entes; a instalação de grupo de trabalho interministerial para estudar e propor ao Presidente da República a alteração na gestão, estrutura e competências das agências reguladoras; a colocação em consulta pública, pelo governo, de dois anteprojetos de lei que refletem os estudos realizados pelo grupo de trabalho. O debate voltou a ganhar dimensão em 2004 com a edição, em dezembro de 2003, da Medida Provisória (MP) nº 155, dispondo sobre o plano de carreiras das agências, e o envio pelo governo ao Legislativo do Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, tratando da gestão, organização e controle das agências reguladoras. Tal Projeto foi derivado dos anteprojetos colocados em consulta pública.

Essas discussões vêm sensibilizando o Congresso Nacional que debate com interesse esses temas.

Foi efetivamente no Congresso Nacional que se produziram as primeiras propostas concretas visando a alterar ou aperfeiçoar o funcionamento das agências reguladoras. Assim, encontram-se em tramitação nas duas Casas Legislativas 13 projetos de lei e sete propostas de emenda à Constituição.

Outra iniciativa de parlamentares federais foi a criação da Frente Parlamentar das Agências Reguladoras, criando um espaço de debate mais organizado sobre o tema e sendo um instrumento de diálogo com o Poder Executivo. A atuação da Frente no Senado colaborou para a aprovação de emendas ao Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 15, de 2004, derivado da MP nº 155, mas que foram, na sua maioria, rejeitadas

pela Câmara dos Deputados. A Frente continua atuando debatendo o PL nº 3.337, de 2004, e a proposta de Substitutivo apresentada em junho deste ano pelo relator, Deputado Leonardo Picciani.

É diante desse quadro, sem a presunção de se esgotar o tema, que se pretende desenvolver um estudo que analise o papel e a atuação das agências reguladoras no contexto do Estado brasileiro, oferecendo contribuições para o debate. Assim, serão enfocados os temas polêmicos em discussão, a partir da opinião de especialistas e juristas sobre a matéria e apresentadas algumas alternativas para o bom funcionamento desses entes, inclusive sua adequada inserção no direito brasileiro, visando aos interesses maiores da sociedade.

O estudo começa contextualizando o Estado regulador. Em seguida, faz uma abordagem das agências reguladoras em âmbito internacional para, depois, entrar na discussão das agências no Brasil, focando nas três primeiras agências criadas e que atuam em setores estratégicos da infra-estrutura nacional, ou seja, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

2 – O Estado Regulador

2.1 – Contextualização, objetivos e instrumentos

Para a adequada compreensão deste e dos demais itens desse estudo, convém caracterizar bem a diferença entre a função reguladora ou atividade regulatória e a função regulamentar ou regulamentação. Essa diferença faz-se importante, pois muitas vezes os vocábulos regulação e regulamentação são usados como sinônimos. Quando isso acontece, a ação reguladora, muito mais ampla, fica restrita ao seu caráter meramente normativo.

Enquanto que a função regulamentar consiste em disciplinar uma atividade me-

diante a emissão de atos ou comandos normativos, a função reguladora ou a regulação estatal, além de envolver a função regulamentar, envolve as atividades de fiscalização, de poder de polícia, adjudicatórias, de conciliação, bem como a de subsidiar e recomendar a adoção de medidas pelo poder central no ambiente regulado. Como cita Marques (2003, p. 15) “sem essa completude de funções não estaremos diante do exercício de função regulatória”.

Quando se estuda ou se quer caracterizar o Estado regulador e o Estado provedor ou produtor de serviços, ficam evidenciadas as duas formas de intervenção do Estado na ordem econômica.

A atuação do Estado regulador caracteriza-se pela intervenção indireta do Estado na ordem econômica, regulamentando e fiscalizando a prestação de determinado serviço, inclusive serviços públicos, como forma de equilibrar os interesses dos usuários ou consumidores e os do mercado, em prol do interesse público. Assim, só é efetiva a existência da função reguladora do Estado em um ambiente em que há a participação do capital privado na prestação de serviços de interesse da coletividade.

A atuação do Estado provedor ou produtor de serviços caracteriza-se pela chamada intervenção direta do Estado na ordem econômica, produzindo bens e serviços por meio de suas empresas, em sistema de monopólio ou em competição com a iniciativa privada.

Constata-se, portanto, que essas duas funções do Estado não são excludentes ou incompatíveis. Podem se complementar ou estar mais presentes uma ou outra dependendo das necessidades da sociedade, da capacidade econômica do próprio Estado e da vertente política dominante, entre outros fatores.

A convivência dessas duas formas de intervenção do Estado no domínio econômico pode ser verificada no Estado brasileiro, em função do que prevê a Constituição de 1988.

A intervenção direta fica evidenciada no art. 173 da Constituição, *in verbis*:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Já o art. 177, que disciplina o monopólio da União nas atividades do setor de petróleo e gás, prevê a possibilidade de essas atividades serem contratadas com empresas estatais e privadas, além de prever a criação do órgão regulador do monopólio. Vê-se aí, claramente, a convivência das duas formas de intervenção.

A intervenção indireta do Estado fica mais evidente no art. 174 da Constituição, pois não só o caracteriza “como agente normativo e regulador da atividade econômica” como também dá a Ele, entre outras, as funções de fiscalização.

Merecem também destaque as possibilidades de intervenção do Estado brasileiro no domínio econômico, capituladas no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição, já que tanto a exploração dos serviços de telecomunicações como a dos serviços e instalações de energia elétrica podem ser feitas diretamente pela União ou mediante os instrumentos da concessão, autorização ou permissão. A possibilidade do uso desses instrumentos evidencia a intervenção indireta do Estado, pois os serviços em questão, de competência da União, poderão ser executados por particulares, mediante delegação. Nessa condição, aparece a necessidade da ação reguladora do Estado. A própria Constituição deixa isso claro quando estabelece em seu art. 20, inciso IX, que a lei tratará da organização dos serviços de telecomunicações, bem como da criação do órgão regulador setorial.

Abordando historicamente o tema, vê-se que o Estado regulador sempre existiu (Cf. Vital Moreira, 1997, p. 17-26). Mesmo na época do liberalismo econômico (século XIX), em que o mercado se auto-regulava, já era colocado em prática o instituto da con-

cessão, que pressupõe a ação reguladora do Estado estabelecendo normas para manter a execução dos serviços, fiscalizando o cumprimento destas pelas concessionárias, podendo aplicar penalidades, intervir, retomar a concessão por inadimplemento ou motivo de interesse público e fazer a reversão de bens.

No período intervencionista, iniciado em fins do século XIX, o Estado regulador aparece com evidência para corrigir o funcionamento do mercado, já que este, auto-regulado, não fora capaz de criar os mecanismos de competição que favorecessem a adequada prestação do serviço aos usuários e consumidores. Assim, toda a economia passa a ser regulada (Cf. Di Pietro, 2003, p. 32).

Já no início do século XX, ainda que existindo a intervenção indireta do Estado por meio da regulação, prepondera a intervenção direta pela multiplicação de empresas estatais tanto nos Estados Unidos, como em países da Europa e da América Latina, em resposta à crise social surgida após a 1ª Guerra Mundial e à crise de 1929 nos Estados Unidos. Como decorrência, o instituto da concessão ficou relegado a segundo plano. A intervenção indireta (regulação) atuava mais na ordem econômica para evitar cartéis e qualquer forma de dominação do mercado que prejudicasse a concorrência, enquanto a prestação de serviços públicos era praticamente feita pelo Estado. Caracterizou-se, portanto, a fase do Estado providência, produtor de bens e serviços, denominado, nos Estados Unidos, de Estado do Bem-Estar ou Estado Social.

É no período dito neoliberal, instaurado nas décadas de 70 e 80 do século passado, sob a liderança dos Estados Unidos e Inglaterra, que surge de forma preponderante o Estado regulador. As empresas estatais passam a ser controladas pela iniciativa privada, num processo de desestatização, e há a quebra de monopólios estatais. O instituto da concessão retorna e se introduz algo de novo, a competição na prestação dos serviços públicos.

Dessa forma, a atuação do Estado regulador é voltada para a criação de mecanismos que favoreçam a competição, onde possível, ao mesmo tempo em que dá ao mercado a liberdade para escolher os mecanismos mais adequados à prestação do serviço público concedido. Na ocorrência de monopólios naturais, a ação do Estado passa a ser mais forte, com a regulação atuando para simular uma virtual competição nesse ambiente. Nessa situação, prepondera a regulação econômica que busca introduzir um sinal de eficiência a ser perseguido pelos concessionários prestadores de serviços. Aliado a isso, surgem novas formas de regulação incorporando a percepção dos usuários e consumidores nas regras estabelecidas. Passa também a ser utilizado o instrumento da mediação pelo Estado nas relações entre usuários ou consumidores e os prestadores de serviço público. São, então, mecanismos e instrumentos que descaracterizam as formas impositivas presentes quando o Estado intervém diretamente na ordem econômica. Nesse quadro, passam a conviver a regulação voltada para o mercado competitivo, a regulação pública, voltada para os monopólios e ao exercício do poder de polícia, e a auto-regulação exercida pelos prestadores do serviço. Esse sistema predomina atualmente no mundo capitalista variando de grau dependendo dos governos.

2.2 – A moderna regulação

A ação moderna do Estado regulador não pressupõe substituir a forma de intervenção direta do Estado na ordem econômica. O que é relevante na ação reguladora do Estado é a separação entre os entes operadores estatais e o ente regulador do respectivo setor, criando condições para que operadores estatais e privados compitam entre si, sob as mesmas regras, de forma a oferecer um serviço adequado a usuários e consumidores – qualidade e preços justos.

Segundo Marques (2003, p. 12),

é essencial à noção de moderna regulação que o ente regulador estatal dia-

logue e interaja com os agentes sujeitos à atividade regulatória buscando não apenas legitimar a sua atividade, como tornar a regulação mais qualificada, porquanto mais aderente às necessidades e perspectivas da sociedade. Fruto da própria dificuldade do Estado, hoje, de impor unilateralmente seus desideratos sobre a sociedade, mormente no domínio econômico, faz-se necessário que a atuação estatal seja pautada pela negociação, transparência e permeabilidade aos interesses e necessidades dos regulados. Portanto, o caráter de imposição da vontade da autoridade estatal (que impõe o interesse público selecionado pelo governante) dá lugar, na moderna regulação, à noção de mediação de interesses, no qual o Estado exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências.

Dessa visão de Marques depreende-se a necessidade da atuação estatal reguladora buscando o equilíbrio entre todos os interesses presentes no sistema regulado, em prol do interesse público contextualizado pela sociedade e consignado nas leis.

Portanto, o sucesso da ação reguladora estatal passa a depender do equilíbrio entre os interesses privados e os objetivos de interesse público.

Nesse contexto, diferentemente do que ocorreu no início do período neoliberal, a ação do Estado regulador não significa apenas sua intervenção indireta no domínio econômico (regulação econômica), mas também na ordem social (regulação social).

3 – As agências reguladoras no contexto internacional

3.1 – Origem

As agências reguladoras têm sua origem histórica nos Estados Unidos, em 1887, com o início do período intervencionista do Es-

tado (intervenção por meio da regulação), após o liberalismo, para enfrentar os monopólios e a concorrência desleal então ferozmente conduzidas pelas ferrovias americanas.

Foi, no entanto, a partir da ascensão de Roosevelt, em 1933, que houve a proliferação das agências denominadas *Independent Regulatory Comissions* com as mesmas preocupações, mas ampliadas para outros setores da economia – o controle monopolista e a concorrência desleal nos diversos mercados.

3.2 – Caracterização

Nos Estados Unidos existem três tipos de agências: agências reguladoras independentes – *Independent Regulatory Comissions*; agências reguladoras quase independentes; e as agências executivas.

As Agências Reguladoras independentes (*Independent Regulatory Commission*), na terminologia mais usual do direito dos EUA são entidades administrativas autônomas e altamente descentralizadas, com estrutura colegiada, sendo os seus membros nomeados para cumprir um mandato fixo do qual eles só podem ser exonerados em caso de deslize administrativo ou falta grave (*for cause shown*). Esse é um dos principais instrumentos de proteção contra pressões políticas. A duração dos mandatos varia de agência para agência e não raro é fixada em função do número de membros do colegiado, de sorte que os membros de uma agência composta de cinco Diretores (*Commissioners*) têm mandatos de cinco anos escalonados de tal maneira que haja uma vacância a cada ano. A nomeação, inclusive a do presidente do colegiado (*Chairman*), cabe ao Chefe do Executivo com a prévia aprovação do Senado. A independência dessas agências pressupõe, também, a discricionariedade técnica por terem suas posições baseadas em critérios puramente técnicos.

As agências de regulação independentes, caracterizam-se também pela especificidade, pois atuam em setores específicos da

atividade econômica, principalmente em serviços públicos, tais como água, energia elétrica, gás e telecomunicações.

As agências reguladoras independentes não se confundem com as agências executivas. No direito dos EUA, as agências executivas têm as mesmas características jurídicas das autarquias no Brasil. São entidades administrativas dotadas de personalidade jurídica própria, criadas por lei com a atribuição de gerenciar e conduzir, de forma especializada e destacada da Administração Central, um programa ou uma missão governamental específica. Apesar de gozarem formalmente de autonomia funcional no setor específico de atividades que lhe é atribuído, são entes vinculados à Administração Central, estão sujeitas à supervisão e à orientação do Presidente e do Ministro de Estado (*Secretary*) responsável pelo setor em que se enquadra a respectiva atividade estatal. Mais do que isso, sua direção, em cuja cúpula em geral (mas nem sempre) tem assento um único agente estatal, pode ser exonerada a qualquer momento pelo Presidente, embora para a nomeação seja invariavelmente imprescindível a aprovação do Senado.

Constata-se, portanto, que o fator decisivo de distinção entre uma *Executive Agency* e uma *Independent Regulatory Commission* reside no seu relacionamento com o Chefe do Executivo. Se o Presidente dos EUA tem total controle sobre as agências executivas, tendo competência legal para ditar-lhes a política a ser seguida e até mesmo exonerar a qualquer momento os seus dirigentes, o mesmo já não ocorre em relação às agências tipicamente reguladoras, que são independentes no estabelecimento da regulamentação do setor de atividade governamental que lhes é atribuído por lei, gozando os seus diretores, para tanto, de estabilidade funcional garantida pelo fato de a nomeação ser efetivada para um mandato fixo.

O modelo norte-americano de agências reguladoras acabou por influenciar os demais países que copiaram ou adaptaram esse

modelo introduzindo-o na estrutura administrativa do Estado.

4 – Contextualização das agências reguladoras no Brasil

4.1 – Surgimento das agências

Como visto no capítulo 2, item 2.1, a Constituição de 1988 deu ao Estado brasileiro a possibilidade de ser mais ou menos intervencionista. Em outras palavras, ser mais ou menos regulador.

As transformações ocorridas no final da década de 80 do século passado com a queda do muro de Berlim e a globalização nas suas vertentes econômica, política e cultural, provocaram mudanças na forma de atuação do Estado em grande parte das nações. Essas mudanças privilegiaram a forma de intervenção indireta do Estado em detrimento da intervenção direta, ambas discutidas no capítulo 1.1 anterior.

No Brasil não foi diferente. A partir de 1995, tem lugar entre nós o fortalecimento do papel regulador do Estado. Note-se que não houve um desaparecimento absoluto da intervenção direta; apenas, esta foi reduzida como por exemplo nos setores de energia elétrica e de petróleo e gás em que, apesar da participação de capital privado, continuaram a atuar as empresas estatais. A exceção é o setor de telecomunicações, totalmente operado por empresas privadas mediante os instrumentos da concessão, autarquia e permissão.

É nesse contexto que são criadas, no Brasil, as chamadas agências reguladoras como sendo um instrumento de atuação do Estado regulador que foi desenhado tendo em conta os pressupostos da moderna regulação, tratada no capítulo 2, item 2.2, deste estudo.

Os primeiros setores a terem agências reguladoras foram os de energia elétrica, telecomunicações e o de petróleo e gás. Foram criadas a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), em dezembro de 1996, a

Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), em julho de 1997, e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), em agosto de 1997.

4.2 – Características e funções básicas

As agências reguladoras no Brasil assemelham-se às agências independentes norte-americanas quanto às suas características e funções, descritas no capítulo 3, item 3.2, deste estudo. O termo “agências” deriva também do direito americano.

A figura das agências reguladoras não faz parte da tradição constitucional brasileira. Apenas algumas agências foram previstas na Constituição Federal de forma específica, como é o caso da ANATEL e da ANP, denominadas de órgãos reguladores. A primeira vez que a denominação “agência reguladora” surgiu na legislação foi quando da edição da MP nº 155, de 2003, que instituiu o plano de carreiras desses entes. A legislação conferiu às agências reguladoras brasileiras o formato jurídico de autarquias especiais, de forma a poderem ser classificadas entre os entes da administração pública previstos na Constituição Federal e no Decreto-lei nº 200, de 1967. Por serem autarquias, devem ser criadas por lei, como determina o art. 37, XIX, da Constituição. Em razão do princípio da simetria, sua extinção também só pode se dar mediante lei específica e por motivos de interesse público

A palavra “autarquia” origina-se do grego “*autárkeia*”, qualidade do que executa qualquer coisa por si mesmo. O Decreto-lei nº 200, de 1967, define em seu art. 5º, inciso I, autarquia como:

o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeira, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

As autarquias são, portanto, pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei,

com autonomia patrimonial, financeira e de gestão, sem subordinação hierárquica, sob controle estatal e atribuições especificadas na lei de criação.

As agências reguladoras são reputadas autarquias “especiais” por possuírem características peculiares, são elas: a) poder regulador (normativo ou regulamentador, fiscalizador, poder de polícia e mediador) como caracterizado no capítulo 2, item 2.1; b) independência política dos seus dirigentes, investidos de mandatos e estáveis no cargo por determinado prazo (são eles indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado; c) independência decisória, na medida em que suas decisões não são passíveis de recursos hierárquicos; d) ausência de subordinação hierárquica; e) função de poder concedente, por delegação, nos processos de outorgas de concessão, autorização e permissão, no caso das agências que atuam nos setores de infra-estrutura, como aquelas mencionadas neste estudo.

O mandato dos dirigentes das agências terminará apenas em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, sendo que a lei de criação de cada agência poderá prever outras condições para a perda do mandato (art. 9º da Lei nº 9.986/2000).

4.3 – Ações e resultados esperados da atuação das agências

Caracterizado o Estado regulador e as agências reguladoras como um dos principais instrumentos dessa função do Estado, cabe agora analisar o que deve se esperar da atuação desses entes, por investidores, usuários, consumidores e a própria sociedade, para que todos ganhem e o interesse público derivado da sociedade seja satisfeito.

Para os usuários e consumidores e a própria sociedade, a atuação das agências deve estar voltada primordialmente para: a) a garantia dos seus direitos, devidamente ex-

plicitadas em regulamento e nos contratos de concessão de serviços públicos; b) a prática de tarifas ou preços justos; c) a melhoria contínua da qualidade do serviço e do atendimento prestado pelos concessionários; d) o desenvolvimento tecnológico e práticas eficientes que contribuam para a modicidade tarifária; e) a proteção ao meio ambiente; f) a implementação das políticas setoriais como a universalização dos serviços; e g) a atuação descentralizada, de forma a aproximar a ação reguladora dos consumidores ou usuários.

Para os investidores ou operadores (concessionários), a atuação das agências reguladoras deve repercutir em: a) regras claras e estáveis; b) remuneração adequada de seus investimentos; e c) cumprimento dos contratos e dos regulamentos.

Para que essas expectativas se configurem, é necessário que as agências tenham em conta nas suas ações o seguinte: a) equilíbrio de interesses (neutralidade); b) tratamento isonômico; c) prestação de contas; d) transparência; e) imparcialidade; f) gestão ágil e eficiente; g) credibilidade; h) participação de usuários ou consumidores e operadores no processo regulatório; i) diálogo e comunicação permanente com todos os segmentos que interajam com o setor regulado.

Uma questão que indubitavelmente surge dessa análise é se as agências vêm atendendo a essas expectativas, a partir da implementação das ações que lhes são próprias e aqui identificadas.

A resposta a essa questão é a de que as agências vêm atendendo em parte as expectativas que a sociedade deve esperar da atuação desses entes. É possível identificar resultados positivos da atuação das agências como: aumento dos investimentos nos setores regulados (eletricidade, telecomunicações, petróleo e gás), ampliação do acesso aos serviços, principalmente nos setores de telecomunicações e de energia elétrica e a melhoria da qualidade do serviço, quando comparado ao período anterior à desestatização. Por outro lado, falta às agências um

plano de comunicação mais efetivo para que a sociedade possa melhor compreender seus papéis e delas cobrar efetividade no processo de regulação. Outro ponto a destacar, vinculado ao anterior, que necessita de maior investimento pelas agências é o de reduzir e até eliminar o desnível de informação existente entre usuários e agentes regulados no processo de participação na atividade regulatória. Esses últimos, até pela obrigação que tem com o Estado, estão bem mais preparados para esse processo. Outro ponto de melhoria diz respeito aos mecanismos de transparência. Apesar do reconhecido esforço das agências em divulgar seus atos e decisões, faz-se necessário criar novos instrumentos que dêem maior visibilidade e compreensão das ações das agências, dada a heterogeneidade existente na sociedade em termos de recursos e conhecimentos.

Nesse balanço geral, pode-se afirmar que a atuação das agências trouxe mais benefícios do que problemas para a sociedade. A atuação efetiva desses entes reguladores dependem, fundamentalmente da eliminação de entraves e problemas, externos aos mesmos, os quais serão analisados no capítulo seguinte, uns estruturais outros conjunturais. Eliminados os principais entraves, as agências reguladoras terão plenas condições para dar à sociedade os benefícios da moderna regulação.

4.4 – Problemas enfrentados

4.4.1 – Geral

Um problema que parece pouco relevante, mas que acaba por trazer inconvenientes às agências reguladoras é o próprio termo “agência” para designar esses órgãos de Estado (Cf. MARQUES, 2003, p. 22).

A primeira inconveniência decorre do fato de que no direito americano o termo *agencies* é utilizado para designar tantos as agências independentes (*independent regulatory agencies* ou *independent regulatory commission*) quanto às agências não dotadas das características dos órgãos regula-

dores (*executive agencies*). Isso acabou contribuindo para que alguns analistas, doutrinadores e mais recentemente o próprio governo federal defendessem a aplicação de mecanismos de controle para as agências reguladoras, idênticos aos utilizados para as agências executivas.

A outra inconveniência é a derivada da tradição do termo “agência” no direito brasileiro para designar outros entes que não exercem a função reguladora, como as agências de desenvolvimento e as agências de fomento.

Por fim, a terceira crítica a denominação usada diz respeito ao não alinhamento do termo com a designação utilizada na Constituição para expressar os entes reguladores. Assim é que a Constituição utilizou o termo “órgão” regulador e não agência, o que acarreta alguma desconformidade entre a Constituição e a legislação ordinária, que acabou consagrando o termo na MP nº 155, de 2003.

Isso pode ter contribuído, de certa forma, para que o governo federal propusesse no Projeto de Lei que trata da gestão, organização e controle das agências reguladoras, a aplicação do contrato de gestão a esses entes de Estado. Como se sabe, o referido contrato na legislação brasileira é próprio para ser aplicado às denominadas agências executivas, nos termos do disposto no art. 37, § 8º, da Constituição.

4.4.2 – Estruturação

As agências foram criadas sem um plano de carreiras para o seus quadros de pessoal (técnicos e administrativos). Para que pudessem operar até que o plano de carreiras fosse criado e os concursos públicos realizados, a legislação permitiu que as agências efetivassem contratação temporária de pessoal.

Somente após dois anos e meio da implantação da primeira agência, foi publicada a Lei nº 9.986, de 2000, dispondo sobre a gestão de recursos humanos dos entes reguladores, incluindo o plano de carreiras.

O regime de emprego público foi o adotado para a efetivação do pessoal concursado. Logo esse regime foi considerado inconstitucional, a partir de liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, em dezembro de 2000, então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), *ad referendum* do conselho de ministros, sendo que o mérito ainda não foi julgado. Isso inviabilizou a realização de concurso público pelas agências e a efetivação dos concursados da ANEEL, única agência a promover concurso público para ingresso de pessoal no regime de emprego público. Como decorrência, houve a necessidade de prorrogação das contratações temporárias, além de novas contratações nesse regime.

Essa situação afetou sobremaneira o clima organizacional, com prejuízo para o desempenho institucional das agências reguladoras. Outro fato originado deste foi a perda de servidores treinados, ainda que temporários, para o mercado regulado, em função, principalmente, dos fatores remuneração, pelo lado dos servidores, e da competência técnica percebida pelos agentes do mercado.

Já no atual governo, foi editada, em dezembro de 2003, a MP nº 155 tratando do plano de carreiras das agências reguladoras, fato relevante se não fosse, como dizem as próprias agências e especialistas, sua inadequação em função de não atender às exigências básicas inerentes aos entes reguladores, onde a qualificação técnica em setores complexos, como os de infra-estrutura, exigem remuneração, entrada e ascensão adequada na carreira.

Da referida MP derivou Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 15, de 2004, aprovado na Câmara, sem modificações substanciais que permitissem uma melhoria acentuada do plano de carreiras, segundo avaliação feita pelos mesmos segmentos.

No Senado, o referido PLV foi aprovado com um conjunto de emendas que atenderam grande parte das demandas das agências reguladoras, mas no retorno do Projeto à

Câmara tais medidas foram rejeitadas. O Projeto aprovado, sem modificações substanciais, deu origem a Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004.

4.4.3 – *Independência e autonomia*

Para a adequada compreensão de onde se situam os problemas relativos à independência e à autonomia, convém fazer uma diferenciação entre esses dois atributos, que se complementam e constituem pilares para a atuação das agências. A importância dessa distinção também faz-se necessária, pois muitos que discutem as agências colocam esses instrumentos sob uma mesma definição.

Para tanto, utilizar-se-á a definição metafórica feita pelo professor Floriano de Azevedo Marques, Doutor em direito público pela Universidade de São Paulo (USP), quando de sua exposição em evento na ANEEL, em outubro de 2003.

De acordo com o conceito de Marques, o atributo da independência das agências é um avanço no regime geral de autonomia das autarquias. O professor costuma ilustrar para os seus alunos de graduação a diferença entre independência e autonomia fazendo a relação entre a imagem de um avião e a de um pássaro. O avião tem autonomia de vôo, que é ditada pelo quanto de combustível ele tem e pela característica da aeronave. Se em algum momento acabar o combustível ou o avião deixar de ser abastecido, a sua autonomia de vôo é zero. O pássaro, por outro lado, tem independência, tem liberdade de vôo, para ir de um lugar a outro, vai descer no momento que cansar e vai retornar. Eventualmente, o pássaro não terá a capacidade para voar tão longe. Mas não é porque ninguém deixou de dar algo para ele; é porque ele não tem capacidade física ou aerodinâmica de voar.

Em geral, a autarquia é o avião - tem autonomia de vôo, dependendo de quanto combustível se der, e poderá ser mais ou menos livre ou capaz de vencer distâncias. Compara-se aqui com as agências executi-

vas. Mas, se num determinado momento, se resolve tirar o combustível o avião perde sua autonomia. A independência da agência é a do pássaro, aquela que é dada por lei. Pela lei da natureza, ainda que um pássaro não seja capaz de voar milhares de quilômetros, ele conseguirá voar uma dada distância, independente do combustível que alguém resolva lhe dar. É a lei natural que define, *a priori*, quanto ele poderá voar. A agência será independente, à medida que a lei der competências para ela. Assim, no caso das agências, tem-se, por exemplo, a independência decisória (instância administrativa final) e a independência política (mandato de seus dirigentes) complementadas pela autonomia financeira (recursos advindos da taxa de fiscalização recolhida pelos operadores e pagas pelo consumidor ou usuários na tarifa), patrimonial e de gestão.

Essa visão de importância, ou até de novidade sobre a autonomia e a independência das agências, não é um consenso. Alguns administrativistas, como Celso Antonio Bandeira de Melo, criticam esses atributos afirmando que “independência administrativa”, “ausência de subordinação hierárquica” e “autonomia administrativa” são elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, nada acrescentando ao que lhes é inerente. Portanto, nada de especial existiria no instituto das agências reguladoras, segundo o doutrinador. O que ocorreria seria um grau mais ou menos intenso desses caracteres.

A par dessa discussão, a primeira problemática com relação à independência surge com a ANEEL, por ter sido a primeira agência a ser criada.

Enquanto a lei que criou a ANATEL (Lei nº 9.472, de 1997) estabelece que cabe à agência implementar a política para o setor de telecomunicações, claramente definida na mesma lei, a legislação que criou a ANEEL (Lei nº 9.427, de 1996) estabelece que a finalidade do órgão regulador é “regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em

conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal”. Ou seja, para o setor de telecomunicações tem-se a política setorial definida em lei, pactuada entre os Poderes Executivo e Legislativo, a qual deverá ser implementada pela ANATEL, enquanto para o setor elétrico é dada uma delegação legislativa, por lei, ao Executivo para fixar as políticas que a ANEEL deverá seguir. Como disse o Ministro Nelson Jobim em sua palestra no seminário “Quem controla as agências reguladoras de serviços públicos?”, realizado em 2001:

É preciso deixar claro que o grau de independência vai decorrer, exatamente, do nível de clareza dos objetivos. Se tivermos objetivos fixados exclusivamente pelo Governo, o nível de independência da agência é próximo a zero.

Em outras palavras, a ANEEL está sob as rédeas do Poder Executivo e não sob as rédeas da lei.

Um outro problema com relação à independência, apesar de aparentemente resolvido, diz respeito aos mandatos dos dirigentes das agências. Com a assunção do atual governo, abriu-se uma discussão sobre a legalidade de o Presidente da República, eleito pelo voto popular, nomear os dirigentes das agências, ainda que em vigência os mandatos dos atuais dirigentes. Apesar de o Supremo Tribunal Federal já ter se posicionado a respeito, a partir do caso da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), garantindo o mandato dos dirigentes e impedindo, assim, a demissão imotivada, esse assunto é retomado quando o governo, de alguma forma, sente seus interesses prejudicados em face do poder legal das agências reguladoras. A legalidade da interrupção do mandato dos dirigentes das agências reguladoras tem guarida na posição de juristas conceituados como Celso Antonio Bandeira de Melo que defende a legalidade da medida.

No entanto, essa questão parece estar superada na medida em que o Projeto de Lei

sobre as agências reguladoras, encaminha-
do pelo governo ao Congresso Nacional,
preserva o mandato dos dirigentes.

Na questão da autonomia, o problema
mais grave está nos contingenciamentos
orçamentários e financeiros e na submissão
das agências às normas gerais da Adminis-
tração Pública Federal. É bem verdade, nes-
se último caso, que muitas das agências dei-
xaram de editar seus procedimentos de ges-
tão, o que as obrigou a adotar as normas
gerais.

Especificamente sobre o contingencia-
mento, agências como a ANEEL e a ANA-
TEL têm como fonte de receita os recursos
provenientes da taxa de fiscalização, reco-
lhida pelos prestadores de serviço (conces-
sionários, autorizados e permissionários) e
paga, nas tarifas, pelos consumidores e usu-
ários. Por ser uma taxa, requer a contrapre-
stação dos serviços pela agência nos termos
definidos nas suas leis de criação. Assim, o
contingenciamento orçamentário imposto às
agências implica que os consumidores ou
usuários ficam sem usufruir a plenitude dos
serviços, como, por exemplo, a fiscalização
e o tratamento adequado de suas reclama-
ções. Por outro lado, pelo ordenamento jurí-
dico (Lei de Responsabilidade Fiscal), a taxa
se caracteriza como recurso vinculado, não
podendo ser aplicada em objeto diferente
daquele para a qual foi criada. Em outras
palavras, os recursos contingenciados ficam
paralisados nas contas das agências, geran-
do superávits que não são devolvidos ao
consumidor ou usuários e nem utilizados
como fonte de receitas nos orçamentos de
exercícios seguintes. São valores que são
contabilizados para o superávit primário.

4.4.4 – Aspectos jurídicos e constitucionais

Um dos problemas jurídicos que mais
tem gerado polêmica e tem sido objeto de
estudos dos doutrinadores, principalmente
dos administrativistas, é o poder regula-
mentar das agências reguladoras em face
do princípio da legalidade, capitulado no
art. 5º, II, da Constituição Federal (ninguém

será obrigado a fazer ou deixar de fazer al-
guma coisa senão em virtude de lei).

De fato, a criação, por lei, de agências
reguladoras dotadas da atribuição de elab-
orar regras de observância obrigatória para
os agentes regulados, tem conduzido os
operadores do direito a dúvidas sobre a even-
tual violação à garantia de que ninguém será
obrigado a fazer qualquer coisa, a não ser
em virtude de lei.

É do saber jurídico e está na Constitui-
ção Federal, como aqui mencionado, que os
particulares podem fazer tudo aquilo que a
lei não lhes proíbe, ao passo que à Adminis-
tração Pública só é lícito agir de acordo com
o que a lei expressamente autoriza. A dife-
rença, portanto, reside em que a mera inex-
istência de proibição não basta para am-
parar a licitude da conduta da Administra-
ção Pública. Dessa forma, toda a atividade
regulamentar só tem validade se subordi-
nada à lei.

No Brasil, devido à divisão constitu-
cional de poderes delineada pela Constituição,
também não são concebíveis os chamados
regulamentos autônomos, que criam obri-
gações à revelia da existência de lei, mas só
se permitem aqueles que se destinam a sua
fiel execução.

O professor Carlos Mário da Silva Vello-
so analisa o mesmo problema à luz do direi-
to positivo constitucional brasileiro:

O sistema constitucional brasilei-
ro desconhece, em verdade, a figura
do regulamento autônomo que a
Constituição Francesa admite. Fomos
buscar, aliás, na Constituição da Fran-
ça, de 1958, justamente no regulamen-
to autônomo, inspiração para a insti-
tuição, na Constituição Brasileira de
1967, do decreto-lei. (CF, art. 55). O
decreto-lei, todavia, já ficou claro, não
se confunde com o decreto regulamen-
tar. No Brasil, o regulamento é sim-
plesmente de execução.

Nesse contexto, cumpre investigar pos-
síveis respostas às questões aqui formula-
das: a) Se só a lei pode criar obrigações, como

justificar que, por meio de simples regulamentação, possam as agências reguladoras impô-las aos entes regulados? b) Seria possível que o legislador delegasse sua função legiferante a um órgão da Administração, sem ofensa ao Princípio da Separação de Poderes? c) Em que medida a possibilidade de restringir a liberdade de particulares por meio de instrumentos normativos infra-legais é compatível com o Estado de Direito? d) O poder regulamentar das Agências, atribuído ao seu órgão diretor, é inconstitucional em face da competência regulamentar privativa do Presidente da República, na forma do art. 84 da Constituição Federal?

Antes de enfrentar as indagações postas, faz-se mister consignar que não existem, ainda, respostas não contestáveis a nenhuma delas. Alguns autores, contudo, vêm buscando explicações minimamente aceitáveis dentro de uma perspectiva dogmática do direito, com o propósito de manter íntegra a unidade do sistema fundada na legalidade.

Desse modo, recorre-se a J. J. Gomes Canotilho que denota:

As leis continuam como elementos básicos da democracia política (...), mas deve reconhecer-se que elas se transformaram numa política pública cada vez mais difícil, tornando indispensável o afinamento de uma teoria geral da regulação jurídica. (...) A idéia de que a lei é o único procedimento de regulação jurídico-social deve considerar-se ultrapassada (A. Rhinow, N. Achterberg, U. Karpen, E. Baden). A lei é, ao lado das decisões judiciais e das “decisões” da administração, um dos instrumentos da regulação social.

Na direção dessa mesma reflexão invoca-se o instituto da delegificação (Aragão, 2002). Por este instituto, o legislador, no uso da sua liberdade para dispor sobre determinada matéria, atribui um largo campo de atuação normativa à Administração, que permanece, em todo caso, subordinada às

leis formais. Os regulamentos, assim expedidos, não podem revogar leis anteriores e são revogáveis por leis posteriores. Por isto, há o entendimento que não podem ser impugnados mediante o argumento de ter havido delegação de poder legislativo – integram o Direito positivo, mas não possuem força de lei.

Por este entendimento, menciona Alexandre Santos de Aragão que

não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?

Estas observações decorrem do princípio da essencialidade da legislação, pelo qual, segundo J.J. Gomes Canotilho a teoria da legislação

deve contribuir para a clarificação da forma dos actos normativos, quer na escolha da forma entre os vários escalões normativos (exemplo: opção entre a forma legal ou a forma regulamentar) quer dentro da mesma hierarquia normativa (exemplo: opção por lei ou decreto-lei, decreto regulamentar ou portaria). Uma das orientações hoje sugeridas é a de que, no plano das decisões estaduais, interessa não só ou não tanto o reforço da legitima-

ção democrática, mas que a decisão seja justa. A 'justeza' da decisão dependerá, em grande medida, de se escolher o 'órgão' mais apetrechado quanto à organização, função e forma de procedimento para tomar essa decisão.

Há, contudo, opiniões que sustentam que tal deslocamento de sede normativa só pode ser operado pela própria Constituição, isto é, que a liberdade do legislador, em um regime de Constituição rígida, não pode chegar ao ponto de abrir mão dos seus poderes, delegando-os. Para essa assertiva, pouco importaria que a Constituição vede ou não, expressamente, a delegação de poderes, vez que a vedação decorreria da própria divisão constitucional de competências. Sendo assim, afirmam esses autores, a delegificação por via legislativa implicaria a derrogação infraconstitucional de competências fixadas pelo Poder Constituinte.

No entanto, diante da existência de agências reguladoras autônomas e independentes, é possível entender que, apesar de ambas as posições possuírem grande plausibilidade, após um primeiro momento de perplexidade por parte de setores da doutrina e da jurisprudência brasileiras, contumazmente infensos a mudanças de posições tradicionais, as necessidades práticas de uma regulação social ágil e eficiente irão, em um espaço de tempo não muito largo, impor o amplo acatamento do instituto da delegificação, até porque, além das razões de ordem prática, reveste-se de sólidos argumentos jurídicos.

Com efeito, devemos observar que o Poder Legislativo, face à complexidade, dinamismo e tecnicização da sociedade, tem distinguido os aspectos políticos, dos de natureza preponderantemente técnica da regulação econômica e social, retendo os primeiros, mas, consciente das suas naturais limitações, transpassando a outros órgãos ou entidades, públicas ou privadas, a normatização de cunho marcadamente técnico. Porém, mesmo nesses casos, resguarda o Po-

der Legislativo o balizamento e a coordenação destas regulações.

Nota-se, com isto, a grande conexão existente entre os ordenamentos setoriais, as entidades reguladoras independentes e a proliferação de sedes normativas não parlamentares, aí inclusas, com destaque, as propiciadas pelas delegificações. Todos estes fenômenos constituem o reflexo no Direito da complexidade da sociedade contemporânea.

A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das agências independentes, ao que se pode acrescentar o fato da competência normativa integrar o próprio conceito de regulação.

Desta forma, parece que, em princípio, as leis criadoras das agências reguladoras implicam, pelo menos em matéria técnica, em deslegalização em seu favor, salvo, logicamente, se delas se inferir o contrário.

Neste sentido, Giuffrè (1999, p.187) sustenta que:

mesmo quando as entidades reguladoras independentes não tiverem sede constitucional, se deve admitir que a atribuição de funções de regulação e decisão, a serem exercidas por meio do exercício conjunto de competências normativas, executivas e contenciosas, a órgãos postos em uma posição, mais ou menos intensa de distância ou separação do poder político-partidário, e caracterizados por uma elevada especialização no respectivo setor, demonstra como o 'mandato em branco' conferido pelo Parlamento a outros centros de competência normativa representa a afirmação da incapacidade do legislador em dominar, por si próprio, o complexo cada vez menos decifrável dos interesses sociais.

Ressalta-se que, mesmo para os que não acolhem a delegificação por via legislativa, o instituto tem grande importância no Direito positivo brasileiro, já que, em diversos

casos, é a própria Constituição que delegifica matérias para entidades estatais e não estatais: em favor das entidades desportivas privadas (art. 217, I), dos órgãos reguladores da prestação dos serviços de telecomunicações (art. 21, XI) e da exploração do petróleo (art. 177, § 2º, III), das universidades em geral (art. 207) etc.

Em todas essas hipóteses, por sua sede constitucional, tem-se uma reserva inquestionavelmente legítima de poder normativo delegificado em favor de órgãos ou entidades estranhas ao Poder Legislativo. E mais, como essas esferas normativas autônomas fundamentam-se diretamente no Poder Constituinte, estão protegidas contra as ingerências que a elas venham a ser impostas, ressalvada, naturalmente, a incidência de normas da própria Constituição, mormente as concernentes à Administração Pública, e a possibilidade de balizamento e coordenação de caráter político – não técnico – pelo Poder Legislativo.

Finalmente uma observação deve ser feita para evitar qualquer posição que, partindo de uma interpretação literal e isolada do art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, entenda que o poder regulamentar só possa ser exercido pela administração central do Estado, em última instância, pelo Chefe do Poder Executivo.

Muitas vezes a lei confere poder regulamentar a titular de órgão ou a entidade da Administração Pública distinta da Chefia do Poder executivo. Trata-se, na expressão de Dantas (1953, p. 203) de “descentralização do poder normativo do Executivo” para órgãos ou entidades “tecnicamente mais aparelhados”. Afirma ainda o grande jurista brasileiro, que:

o poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados,

a um órgão da Administração pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias.

Fixada a legitimidade da atribuição de competência normativa a órgãos específicos da Administração Direta ou a entidades da Administração Indireta, notadamente se titulares de autonomia propriamente dita – descentralização material, independência –, a ingerência do Chefe do Poder Executivo neste campo normativo consistirá em violação da respectiva norma legal ou constitucional.

4.4.5 – Controle

As agências são submetidas ao controle dos três Poderes da União, Executivo, Legislativo e Judiciário, além do controle social exercido pela sociedade por intermédio de organizações não governamentais de defesa do consumidor, e do Ministério Público.

O grande problema existente está na superposição desses controles. Assim é que a Secretaria Federal de Controle e o Tribunal de Contas da União muitas vezes auditam os mesmos pontos. Isso acarreta o deslocamento da já insuficiente força de trabalho das agências para o atendimento às demandas dos controladores em detrimento de suas atividades fim.

Um outro problema está no controle judicial das decisões das agências, esse talvez mais sério, pois esse controle se dá no âmbito da primeira instância do judiciário, o que causa, invariavelmente, uma demora na manifestação da Justiça.

Esse é um problema atual, que não só afeta as agências, mas o País de modo geral. Porém, torna-se mais grave no caso das agências reguladoras, na medida em que está se tratando de interesses de um universo enorme de usuários e de prestadores de serviço que investem vultosos recursos quando se trata de serviços públicos, bem como o risco de que uma decisão colegiada, tomada com base em variáveis técnicas, possa ser questionada permanentemente por

uma decisão de primeira instância, que poderá levar vários anos até uma definição.

Um exemplo desse problema é o que acontece com as decisões da ANP no segmento de distribuição de revenda de combustíveis, onde uma quantidade enorme de liminares é expedida por Juiz Federal de primeira instância, muitas vezes derrubadas em seqüência.

Outro aspecto importante nessa área de controle que se apresenta como um problema potencial é a proposta do governo federal, contida no Projeto de Lei sobre as agências, mantida na proposta de Substitutivo do relator, que define o contrato de gestão como mais um instrumento de controle e cria a figura do ouvidor, deslocado em parte de suas funções próprias para, na realidade, ser um fiscal do Poder Executivo atuando nas agências. A ação do ouvidor foi atenuada no Substitutivo apresentado, mas ainda necessita de aprimoramentos.

Apesar de, na lei da ANEEL, estar consignada a figura do contrato de gestão, esse instrumento nunca funcionou na prática como meio de controle e até de relacionamento com o Poder Executivo. Por outro lado, o contrato de gestão foi idealizado exatamente para ampliar a autonomia de órgãos da Administração Pública, que nesse caso seriam enquadrados como agências executivas. Tendo em conta que as agências são por definição legal dotadas de uma “autonomia especial”, fica evidente que o contrato de gestão é uma ferramenta não aplicável às agências.

5 – Conclusões e recomendações

Do exposto, conclui-se que as agências reguladoras são instrumentos indispensáveis para a ação do moderno Estado regulador, que cada vez ocupa mais espaço em países em desenvolvimento como o Brasil em função da necessidade crescente de capital privado para o desenvolvimento econômico e social.

A importância das agências reguladoras é reconhecida, atualmente, quase de forma unânime. Basta ver algumas citações de trabalhos produzidos no próprio governo que, enquanto na oposição, tinha uma visão muito crítica e negativa desses órgãos de Estado.

Assim é que na “Proposta de Modelo Institucional do Setor Elétrico” do Ministério de Minas e Energia, recentemente aprovada pelo Congresso Nacional, encontra-se a seguinte citação: “Para o bom funcionamento do modelo, os seus organismos, em particular a ANEEL, (.....) deverão dispor de recursos humanos e materiais suficientes e adequados, para o desempenho de suas funções”.

Por outro lado, o relatório do grupo de trabalho interministerial que estudou a reformulação das agências tem as seguintes citações:

1) a presença das agências reguladoras é indispensável para o sucesso dos investimentos privados, que são centrais para suprir o déficit de investimentos em infra-estrutura existente no Brasil”. 2) “segundo o ordenamento jurídico do país, é eminentemente federal a responsabilidade de assegurar que, em diversos setores chaves, os serviços públicos sejam ofertados na maior quantidade, melhor qualidade e menor preço aos consumidores. Isso aponta para a necessidade da ANATEL, ANEEL, ANP ANTT, ANTAQ e ANA (...), serem preservadas e fortalecidas;” e 3) “dentre as conseqüências de agências reguladoras fortalecidas nos setores de infra-estrutura estão sua contribuição para a diminuição do custo de capital nestes setores, com importantes reflexos nas tarifas finais e na própria disponibilidade e acesso aos serviços.

Ainda que essas citações não correspondam exatamente ao que se vê das propostas de reestruturação das agências, esse reconhecimento é um avanço importante na con-

solidação das agências reguladoras no Estado brasileiro. Mas, por tudo que foi abordado, cabem aperfeiçoamentos e desafios importantes a serem vencidos para essa consolidação.

As recomendações a seguir vêm nesse sentido, sem a pretensão de esgotá-las: a) dar abrigo constitucional às agências reguladoras introduzindo a visão do moderno Estado regulador, com vistas a eliminar as polêmicas hoje existentes no meio jurídico; b) definir em lei um estatuto geral comum para as agências reguladoras, diferenciando aquelas que exercem função de Estado daquelas que exercem função de governo; c) criar mecanismos adequados para a integração das agências ANEEL, ANP e ANATEL, que atuam em ramos de infra-estrutura que se inter-relacionam; d) controle jurisdicional das decisões das agências pelos Tribunais Regionais Federais – necessidade de Emenda Constitucional ao art. 108; e) controle social e político pelo Congresso Nacional; f) aprimorar mecanismos de transparência de suas ações, como, por exemplo, a reunião da diretoria aberta aos interessados como ocorre no Supremo Tribunal Federal; g) procuradoria própria ao invés de vinculada à Advocacia-Geral da União; h) recursos humanos adequadamente remunerados – poderia se ter como base a remuneração dos servidores do Banco Central; i) ampliar ou instituir a descentralização das atividades das agências federais para as agências de regulação dos estados; j) criar mecanismos de relacionamento com o governo, mas que não sirvam de controle; k) ampliar o diálogo com os usuários ou consumidores, os prestadores de serviço e a sociedade; l) reduzir a assimetria de informações hoje existente entre consumidores ou usuários e prestadores de serviço.

Entre os principais desafios para as agências reguladoras se impõem os seguintes: a) serem reconhecidas como instituições que atendem ao interesse público; b) atender às expectativas dos consumidores ou usuários, investidores e sociedade; c) disse-

minar a cultura da regulação; d) conquistar a independência e a autonomia; e) contribuir para delimitar as fronteiras entre agências, governo e mercado.

Enquanto não se fizer um debate profundo sobre o papel das Agências, eliminando ou minimizando o viés ideológico dos governos, esses entes de Estado não poderão cumprir com efetividade suas funções de regular setores complexos como os de infraestrutura, criando, assim, obstáculos importantes para a atração de investimentos privados que são reconhecidamente importantes para o desenvolvimento sustentável do País.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, 2002.

CANOTILO, J.J. Gomes. Relatório sobre Programa. Conteúdos e Métodos de Um Curso de Teoria da Legislação”, Separata do Vol. LXIII do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p.09 e 22/3.

DANTAS, San Thiago. Poder Regulamentar das Autarquias, constante da obra “Problemas de Direito Positivo”. Forense, 1953.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (organizadora). Direito Regulatório – Temas Polêmicos – Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GIUFFRÈ, Felice. Declínio del Parlamento-Legislatore”, constante da obra coletiva “Le Autorità Indipendenti: Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel Diritto Pubblico italiano”, 1999.

MARQUES, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras – Instrumentos do Fortalecimento do Estado. São Paulo: ABAR, 2003.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa. Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997.

Contribuições para a história legislativa da criação da Província do Paraná

Artenor Luiz Bósio

Sumário

Introdução; Ocupação e domínio da região; Primeiros movimentos pela emancipação; Antecedentes ao primeiro projeto; A revolução liberal de Sorocaba; Primeiro momento legislativo - Câmara dos Deputados, 1843; A quase retomada de 1848; Antecedentes à iniciativa no Senado; Segundo momento legislativo - Senado, 1850; Antecedentes à retomada da matéria na Câmara; Terceiro momento legislativo - Câmara dos Deputados, 1853; A aprovação final; Sanção da Lei nº 704, de 1853; Instalação da Província do Paraná; Conclusão; Notas; Referências.

Introdução

O Paraná era até 1853 uma das comarcas da Província de São Paulo, a Comarca de Curitiba. Sua emancipação deu-se pela edição da Lei nº 704, de 29 de agosto de 1853, que marcou o encerramento desse trabalho do Legislativo Imperial, desenvolvido em três diferentes períodos: 1843, 1850 e 1853.

Este artigo, baseado principalmente em documentos da Câmara dos Deputados e do Senado, busca aprofundar e esclarecer fatos e circunstâncias que cercaram a produção da Lei de criação da Província do Paraná, uma vez que a produção historiográfica sobre a emancipação do Paraná concentra-se nos movimentos ocorridos na própria Comarca de Curitiba, não privilegiando os acontecimentos relacionados à ação parlamentar. O trabalho explora, ainda que de relance, fatos históricos políticos, sociais

Artenor Luiz Bósio é Analista Legislativo da Câmara dos Deputados, Especialista em Direito Legislativo, em Marketing Empresarial e em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. ANTÔNIO JOSÉ BARBOSA.

e econômicos que influenciaram o curso da lei de emancipação da Província do Paraná.

Ocupação e domínio da região

O povoamento do litoral do Paraná teve início nas primeiras décadas do século XVII, com o surgimento de Paranaguá. Os campos de Curitiba tiveram povoação por volta de 1650. Já os planaltos próximos ao rio Paraná eram esparsamente habitados por índios, depois da ocupação espanhola e do abandono e da destruição de cidades e reduções jesuíticas em decorrência dos ataques de bandeirantes paulistas. Somente após 1810, seriam estabelecidas povoações nos campos do interior. (PILOTTO, 1953b, p.5-6).

Paranaguá esteve sob a jurisdição da capitania de Itanhaém até 1660, quando foi criada a capitania de Paranaguá, que existiu durante 50 anos. Em 1710 a região foi incorporada à Capitania de São Paulo (PILOTTO, 1953b, p. 7). Em 1723 criou-se a Comarca de Paranaguá, com jurisdição sobre toda a região sul do Brasil, desde a vila de Iguape até o rio da Prata. Embora em 1807 tenha sido criada a capitania-geral de São Pedro do Rio Grande do Sul, só em 1812 estabeleceu-se uma nova divisão judiciária, com a criação da Comarca de São Pedro do Rio Grande do Sul e Santa Catarina, ficando os limites da Comarca de Paranaguá ao sul determinados pelo rio São Francisco na costa e pelo Rio Negro no interior. Em fevereiro de 1812, a sede da Comarca é transferida de Paranaguá para Curitiba, passando a denominar-se oficialmente Comarca de Paranaguá e Curitiba (Cf. PILOTTO, 1953b, p. 9), mas chamada simplesmente “Comarca de Curitiba” ou “5ª Comarca de São Paulo”¹. Em 1842, as vilas de Iguape e Cananéia desligam-se da Comarca de Curitiba e passam a integrar a Comarca de Santos.

Primeiros movimentos pela emancipação

Nos primeiros anos do século XIX, Pedro Joaquim de Castro Correia e Sá, mora-

dor de Paranaguá, enviou à Corte Portuguesa uma carta solicitando a restauração da Capitania de Paranaguá. Foi esta a primeira iniciativa registrada pela emancipação (Cf. BELOTO, 1990, p. 55). Em 1811, a Câmara Municipal de Paranaguá fez uma representação ao então Príncipe Regente D. João VI, também pedindo a criação de uma nova Capitania e indicando o nome do mesmo Pedro Joaquim de Castro Correia e Sá para governador (CARNEIRO, 1954, p. 37-38). Nada resultou dessa representação — a não ser, talvez, a perda da sede da Comarca, transferida para Curitiba em 1812.

Em 15 de julho de 1821, quando do juramento às bases da nova Constituição que resultou da revolução portuguesa de 1820, ocorreu, também em Paranaguá, um movimento conhecido como Conjura Separatista. Escalado pelos conspiradores, o sargento Floriano Bento Viana aceitou o encargo de anunciar o manifesto pela autonomia da Comarca. Fez a proclamação prometida perante os membros da Câmara, mas ante a firme resposta negativa do juiz de fora, desistiram do intento. (Cf. PILOTTO, 1953a, p. 10-13).

Antecedentes ao primeiro projeto

A principal fonte de riqueza da Comarca de Curitiba por volta de 1840 era o transporte e a invernagem das manadas trazidas do Rio Grande e destinadas a Sorocaba. Em menor importância, vinham a indústria do mate, a importação e o comércio de gêneros e uma agricultura incipiente. A elite política da Comarca considerava que o governo provincial de São Paulo dava tratamento secundário à Comarca, apesar do seu razoável desenvolvimento econômico e considerável receita fiscal.

A falta de vias de transporte era um dos motivos apresentados para a emancipação da Comarca, que não tinha uma só estrada carroçável, fazendo-se o transporte apenas por mulas. Reclamava-se ainda da não aplicação na Comarca da mínima parte dos impostos provinciais arrecadados, principal-

mente daquele cobrado sobre os animais levados do Rio Grande a Sorocaba, cuja receita era avultada. MOREIRA (1974, p. 10) relata que recursos destinados à construção de estratégica estrada entre Guarapuava, no centro da futura Província, às barrancas do Paraná teriam sido desviados para fazer estradas em Sorocaba. E um liceu criado por lei imperial para ensino secundário na vila de Curitiba nunca funcionou regularmente por terem sido reduzidos, por lei provincial, os vencimentos dos professores.

Além disso, as relações com o Paraguai e a Argentina, limitrofes à Comarca, eram tensas, situação agravada pela indefinição dos limites com esses países. A Argentina ainda impedia o acesso brasileiro ao rio Paraná e seus afluentes pelo rio da Prata. Para complicar, haviam ainda as pressões das potências da época pela navegação interior nos rios da Prata e Paraná, o que não interessava ao Império em vista da existência de campos despovoados nas regiões entre Curitiba e rio Paraná. As únicas povoações eram a vila de Guarapuava e a freguesia de Palmas², além de umas poucas fazendas. A criação da nova província serviria para garantir a ocupação brasileira desses territórios.

A questão política também contribuiria para tornar realidade a emancipação. Na política da Comarca, pontificavam os comerciantes de Curitiba e Paranaguá e fazendeiros dos campos gerais. Entre esses últimos, embora integrantes da aristocracia fundiária, predominava a orientação liberal, ao passo que, entre os comerciantes, sobretudo do litoral, pertenciam os chefes do Partido Conservador (WESTPHALEN, 1996, p. 59). Nas povoações do planalto as câmaras tinham maioria liberal. A concessão bem administrada da autonomia poderia permitir a cooptação da elite da Comarca para os interesses conservadores. (Cf. BELOTO, 1990, *passim*).

A revolução liberal de Sorocaba

Em 17 de maio de 1842 rompeu em Sorocaba o movimento revolucionário chefiado

pelo brigadeiro Rafael Tobias de Aguiar. A região sul já estava conflagrada desde 1835 com a revolução Farroupilha e a proclamação da República do Piratini. O governo temia a adesão de Curitiba ao movimento e a ligação do movimento de Sorocaba com os revoltosos do sul.

Diante dessas circunstâncias, foi mandado organizar a defesa do governo nas vilas do sul paulista, o tenente-coronel da Guarda Nacional João da Silva Machado, tropeiro gaúcho, conhecedor da região e relacionado entre os curitibanos. [...] viu João da Silva Machado que poderia realizar eficientemente a sua missão e ao mesmo tempo as suas ambições, conseguindo que a 5ª Comarca ficasse neutra no conflito paulista em troca de sua elevação à Província. Os chefes conservadores estavam, por injunções partidárias, contra a revolução; e os liberais, seduzidos pelas vantagens que a elevação da Comarca à Província lhes proporcionaria, não tiveram dúvidas em se manter em neutralidade diante da agitação revolucionária irrompida na Província. (MARTINS, 1939, p. 386-387).

Abafada a revolução de Sorocaba, o presidente de São Paulo, Barão de Monte Alegre (José da Costa Carvalho) oficia, em 30 de julho de 1842, ao Ministro do Império, Candido José de Araújo Viana, defendendo a autonomia política e administrativa da Comarca. O sucessor do Barão de Monte Alegre, Visconde de Macaé (José Carlos Pereira de Almeida Torres), referendou essa proposta (MARTINS, 1939, p. 387-391). Recebendo o expediente do Barão de Monte Alegre, o Ministro do Império encaminhou-o ao Conselho de Estado que solicitou, em 12 de setembro de 1842, diligências para colher a opinião dos moradores sobre a elevação da Comarca a província e informações geográficas, econômicas e demográficas a respeito da Comarca (Cf. BALHANA, 1969, p. 106).

A resposta dos moradores de Castro segue em 31 de outubro, e a do círculo eleito-

ral de Paranaguá, Morretes, Antonina e Guaratuba data de 1º de novembro (Cf. BALHANA, 1969, p. 106). “A 4 de janeiro de 1843, a Câmara Municipal de Paranaguá respondia, em extenso relatório, às consultas feitas por aviso da Secretaria dos Negócios do Império” (PILOTTO, 1953a, p. 16).

Por essa época, o parnanguara Manuel Francisco *Correia Junior* e o curitibano Francisco de *Paula Gomes*, passavam a fazer propaganda separatista da Comarca por meio de folhetos e artigos na imprensa³ do Rio de Janeiro e São Paulo (Cf. WESTPHALEN, 1996, p. 54).

Primeiro momento legislativo – Câmara dos Deputados, 1843

As atividades da Câmara dos Deputados⁴, que normalmente ocorriam de maio a agosto, realizaram-se, em 1843, em duas sessões legislativas. A primeira, de janeiro a abril, substituía a 1842, que fora dissolvida pelo Imperador. Nessa primeira sessão legislativa, na reunião de 12 de abril de 1843, o deputado Joaquim José *Pacheco*, de São Paulo, apresenta requerimento pedindo as seguintes informações ao governo:

1º Todos os documentos e esclarecimentos acerca da pretensão dos povos da comarca de Curitiba, província de São Paulo, que consta terem requerido que a dita comarca seja elevada a província.

2º Informações de quanto produz aquela comarca para a renda geral, especificadamente a alfândega de Paranaguá, e sendo possível, quanto igualmente de renda produz para a renda provincial.

3º No caso de constar na secretaria de quaisquer documentos, qual a população, extensão e divisas da mesma comarca, e em geral tudo quanto convier a bem do deferimento ou indeferimento da mencionada pretensão. — *Pacheco*. (ANAIS-CD, 12 abr.1843, v.II, p. 767).

A resposta do ministro do Império é comunicada aos deputados na sessão de 27 de abril, informando-se a existência, na secretaria de Estado, de papéis com as informações solicitadas. (ANAIS-CD, 27 abr. 1843, v. II, p. 938).

Dois dias depois, na sessão de 29 de abril, o deputado paulista Carlos *Carneiro de Campos* apresenta o projeto que eleva a Comarca de Curitiba à categoria de Província. Em discurso, apresenta as razões da medida: a grande distância entre as localidades da Comarca e a administração da província de São Paulo; a população de mais de 60 mil habitantes; a considerável produção da Comarca, a importância de sua indústria e o movimento de exportação e importação; e principalmente, da proximidade com a guerra civil na província do Rio Grande do Sul, que justificaria a necessidade de se fixar ali, além de força militar, uma autoridade civil. (ANAIS-CD, 29 abr.1843, v. II, p. 982-983). É o seguinte o texto do projeto apresentado por *Carneiro de Campos*:

A assembléia geral legislativa decreta:

Art. 1º Fica criada uma nova província com a denominação — *província de Curitiba* — e com o território e limites que ora tem a comarca do mesmo nome, na província de São Paulo, que por isso fica desmembrada desta província.

Art. 2º A província da Curitiba dará um senador e um deputado à assembléia geral. A sua assembléia provincial será composta de 20 membros; e sua capital aquela povoação que esta escolher, enquanto esta escolha se não verificar, aquela que o governo geral marcar.

Art. 3º O governo fica autorizado para criar nesta província as estações fiscais indispensáveis para o expediente da administração das rendas gerais, submetendo tudo à apreciação da assembléia geral, logo que esta estiver reunida.

Art. 4º Ficam revogadas as leis e disposições em contrário.

Paço da câmara dos deputados, aos 29 de abril de 1843. — Carlos Carneiro de Campos (ANAIS-CD, 29 abr.1843, v. II, p. 983-984).

Carneiro de Campos apresenta nessa mesma sessão um segundo projeto, para anexar parte do território de Minas Gerais a São Paulo. A justificativa era a necessidade de uma melhor divisão entre aquelas províncias. (ANAIS-CD, 29 abr.1843, v. II, p. 982-983). Veremos que esta proposição terá implicação com o projeto da Província de Curitiba. Estabelecia o projeto:

Art. 1º Fica desmembrado da província de Minas Gerais e anexado à província de São Paulo o território daquela província, que atualmente faz parte do bispado desta. (ANAIS-CD, 29 abr. 1843, v. II, p. 983).

Somente um mês depois de apresentação, em 29 de maio entra em primeira discussão o projeto de lei que criava a *Província de Curitiba* (projeto nº 64, de 1843), que seria intensamente debatido em 15 sessões da Câmara. Na defesa da matéria destacaram-se, além do autor *Carneiro de Campos*, os deputados Joaquim José *Pacheco*, de São Paulo, e Bernardo Jacintho da *Veiga*, de Minas Gerais. Lideraria a oposição ao projeto o deputado José Manoel da *Fonseca*, secundado por Joaquim Octávio *Nebias*, Joaquim Firmino *Pereira Jorge* e João Evangelista de Negreiros *Sayão Lobato*, todos de São Paulo, além de Angelo Muniz da *Silva Ferraz*, da Bahia, e Joaquim Manoel *Carneiro da Cunha*, da Paraíba.

Em 3 de junho, é concluída a primeira discussão. Os debates seriam retomados, em segunda discussão⁵, na sessão de 14 de junho. Os opositores ao projeto aproveitam todas as oportunidades permitidas pelo regimento da Câmara para tentar o adiamento do projeto⁶ com pedidos de informação aos governos do Império ou da Província de São Paulo. O deputado Venâncio *Henriques de Rezende*, de Minas⁷, defendendo o primeiro pedido de adiamento, alegava a necessidade de examinar, “se, tirando-se de São Pau-

lo a comarca de Curitiba, poderá subsistir como província”, pois ouvira dizer que “a maior renda da Província de São Paulo provém da comarca de Curitiba, dos direitos sobre as bestas muares.” (ANAIS-CD, 29 mai. 1843, v. I, p. 396). Até o dia 19 de junho José Manoel da *Fonseca* e Joaquim Firmino *Pereira Jorge* apresentaram cinco pedidos de adiamento, todos rejeitados (Cf. ANAIS-CD, 29 mai.1843, v. I, p. 396; 30 mai. 1843, p. 415; 03 jun. 1843, p. 499; 19 jun.1843, p. 663, 664, 665, 668, 671).

Os deputados paulistas adotam, então, nova estratégia: incorporam ao projeto de emancipação de Curitiba um dispositivo incômodo à grande bancada mineira: a anexação a São Paulo do território de Minas que fazia parte do bispado de São Paulo. A região compreendia vários municípios da região do rio Sapucaí onde tomava importância a cultura do café. Assim, é lida e apoiada, na sessão de 19 de junho, a emenda do deputado José Manoel da *Fonseca*:

Ofereço o artigo único⁸ do projeto nº 65 (do mesmo autor) como o 1º do projeto nº 64 que divide a província de São Paulo, ficando o art. 1º do projeto em discussão como o 2º dele e o 2º como o 3º, e assim progressivamente. (ANAIS-CD, 19 jun. 1843, v. I, p. 674).

A emenda causou um sobressalto e durante 40 dias a matéria não é colocada em pauta. O projeto reaparece na ordem do dia só em 9 de agosto, ficando clara a controvérsia em relação ao tema, que interessava principalmente deputados paulistas e mineiros.

Joaquim Octávio *Nebias* contesta a criação da nova província e defende a anexação de parte da Província de Minas a São Paulo, alegando a maior distância da capital Ouro Preto e a “direção do comércio”, também favorável a São Paulo. Argúi que o comércio de Camanducaia e Pouso Alegre é feito pelo porto de Santos. (ANAIS-CD, 16 ago. 1843, v. II, p. 757). O deputado José Manoel da *Fonseca* defende a emenda como compensação a São Paulo pela perda de Curitiba (ANAIS-CD, 09 ago. 1843, v. II, p.

676). Joaquim José *Pacheco*, de São Paulo, declara-se não só a favor da emenda como também do projeto (ANAIS-CD, 14 ago. 1843, v. II, p. 734).

Os deputados mineiros Bernardo Jacintho da *Veiga* e Francisco de *Paula Candido* criticam a emenda. O primeiro alega que a região que se quer passar de Minas a São Paulo teria população de 130.000 habitantes, enquanto a Comarca de Curitiba teria somente 70 mil habitantes. (ANAIS-CD, 11 ago. 1843, v. II, p. 700; 17 ago. 1843, p. 778). O segundo reclama que sua Província já perdera parte de seu território⁹ para o Rio de Janeiro (ANAIS-CD, 14 ago. 1843, v. II, p. 733).

Na sessão de 17 de agosto, o artigo 1^o é aprovado¹⁰ por estreita margem: 35 votos contra 30. A emenda anexando a região do Sapucaí é rejeitada (ANAIS-CD, 17 ago. 1843, v. II, p. 779).

O caráter estratégico da nova Província é destacado pelo autor do projeto, *Carneiro de Campos*:

O território da comarca vai confinar com repúblicas vizinhas, toca, não só com o Rio Grande, onde têm já penetrado essas idéias anarquizadoras, como com essas repúblicas; portanto a invasão se poderá dar também ali, se não agora, em alguns anos. (ANAIS-CD, 31 mai. 1843, v. I, p. 433-436).

Carneiro de Campos apresenta dados sobre a população, produção, renda fiscal e despesas, concluindo pela viabilidade da nova Província (ANAIS-CD, 19 jun. 1843, v. I, p. 676-678). O deputado pelo Rio de Janeiro e ministro¹¹ da Marinha Joaquim José Rodrigues *Torres* defende a conveniência de emancipar a Comarca, “que limita com a república do Paraguai e de Entre-Rios”, contribuindo também para “sufocar movimentos revolucionários”. Sobre o território fronteiriço despovoado, recomenda “criar uma administração que se ocupe de colonizá-lo e fortificá-lo, evitando sua ocupação por colonos estrangeiros e criando para o futuro conflitos e contestações de limites”. Salienta que o aumento de despesa “não deve

obstar a medida que pode produzir resultados tão importantes para o País.” (ANAIS-CD, 1^o jun. 1843, v. I, p. 456-459). Outros deputados, principalmente os mineiros, também defendem o projeto.

Advertindo que a criação de uma província não é o meio mais eficaz de se evitar rebeliões, o deputado paulista Joaquim Octávio *Nebias* chama a atenção para os gastos a que estará sujeita como província (ANAIS-CD, 31 mai. 1843, v. I, p. 437-439). Mais tarde, questionaria porque dois deputados da Assembléia Legislativa de São Paulo, [João da Silva] Carrão e Almeida Faria, moradores em Curitiba, deixariam de promover a emancipação da sua Comarca (ANAIS-CD, 19 jun. 1843, v. I, p. 668, 670-671).

Silva Ferraz denuncia o projeto como fruto da transação política para desmobilizar a rebelião de Sorocaba e impedir sua ligação com a revolução do Rio Grande, feita entre uma “influência local”¹² e o ministério, que rendeu-se à ameaça feita por aquela “influência”, que teria dois mil homens sob suas ordens: “ou Curitiba seria província, ou ele se havia de decidir pelos rebeldes.” (Cf. ANAIS-CD, 31 mai. 1843, v. I, p. 449).

Questiona o deputado *Fonseca* a estimativa da população feita por defensores do projeto. Apresenta seus números sobre a receita da alfândega de Paranaguá e minimiza a renda da Comarca, baseada no mate, “que não se cultiva”, concluindo “não haver ali produção agrícola nem indústria, apenas algumas fazendas de criação de gado”. Informa que o mate de Curitiba “tem sofrido muito descrédito”, pois além de possuir qualidade inferior, começou-se a falsificar o produto, utilizando-se folhas de outras árvores: “se ficar franco o comércio do Paraguai, talvez desapareça o mate de Curitiba.” (ANAIS-CD, 14 jun. 1843, v. I, p. 634-636; 09 ago. 1843, v. II, p. 675-677).

O deputado José de *Barros Pimentel*, de Sergipe, alega opor-se ao projeto principalmente em função da despesa com autoridades, funcionários e edifícios para as repartições (ANAIS-CD, 19 jun. 1843, v. I, p. 673-

674). *Pereira Jorge* contesta as alegações de abandono e afirma que a Comarca de Curitiba é bem assistida pela Província de São Paulo, tendo aquela recebido 19:800\$000¹³ no orçamento de 1840-41, e 15:800\$000 no de 1841-42 para melhoramentos materiais, absorvendo no todo um terço da renda da Província (Cf. ANAIS-CD, 02 jun. 1843, v. I, p. 477-479; 19 jun. 1843, v. I, p. 674-676). O deputado *Sayão Lobato*, por sua vez, afirma que o projeto iria “ferir vitalmente os interesses da Província de São Paulo [...] tendo há pouco passado pela crise desastrosa por que passou, quando os espíritos ainda não se acham acalmados, e, pelo contrário existem em grande fermentação”, referindo-se à rebelião de Sorocaba. Considera “mais conveniente que se estabeleça uma carreira de barcas a vapor entre o porto de Santos e o de Paranaguá do que passe a separação de Curitiba”, ainda que às custas da Província de São Paulo, resolvendo-se assim o alegado problema de comunicação entre as duas regiões (ANAIS-CD, 11 ago. 1843, v. II, p. 701,702).

Continua, em 17 de agosto a discussão do projeto, agora do Artigo 2^o¹⁴.

O deputado *Silva Ferraz* propõe a redução do número de deputados por São Paulo, apresentando a seguinte emenda:

O número de deputados e senadores que der a nova província seja diminuído do número que atualmente dá a província que se desliga. — *Silva Ferraz*. (ANAIS-CD, 17 ago. 1843, v. II, p. 779).

Sayão Lobato e José Manoel da *Fonseca* contestam a emenda. Este considera o artigo supérfluo ou inconveniente: diz não haver na Comarca pessoas capazes para ocupar os cargos de deputados provinciais (ANAIS-CD, 17 ago. 1843, v. II, p. 780). *Fonseca* trata das divergências que surgirão na nova Província por conta da escolha da capital. Manifesta opção pela vila de Antonina, segundo ele muito bem colocada como porto de mar, “onde os barcos entram e saem com todos os ventos” e com “fácil estrada para serra acima”, ao contrário de Parana-

guá, que não teria tais condições. Curitiba, por sua vez, jamais deveria ser capital “porque é terra central que não promete crescer.” (ANAIS-CD, 09 ago. 1843, v. II, p. 678). Apresenta, em 17 de agosto, emenda nesse sentido, que não seria apreciada:

Seja a capital a vila de Antonina. [*Fonseca*]. (ANAIS-CD, 17 ago. 1843, v. II, p. 781).

Na sessão seguinte, João Evangelista de Negreiros *Sayão Lobato* apresenta seu requerimento¹⁵ de adiamento da discussão do artigo 2^o:

Requeiro que, adiada a discussão do art. 2^o do projeto¹⁶ que eleva a comarca da Curitiba à categoria de província, se peça [sic] ao governo informações acerca da população da província de São Paulo, e especialmente sobre a população da comarca de Curitiba, e da do Sapucaí da província de Minas Gerais. (ANAIS-CD, 18 ago. 1843, v. II, p. 796).

Apoiado o adiamento, o mesmo é aprovado sem debate (ANAIS-CD, 18 ago. 1843, v. II, p. 796), o que viria retardar, por dez anos, a emancipação da Comarca de Curitiba.

Entrando em discussão o artigo 3^o, *Henriques de Rezende* pede o adiamento de todo o projeto até que venham as informações requeridas. Considera que é inútil continuar a discussão do projeto. *Carneiro da Cunha*, José Manoel da *Fonseca* e Angelo da *Silva Ferraz* também defendem o adiamento. *Carneiro de Campos* e Jacintho da *Veiga*, por sua vez, opõem-se ao adiamento geral. (ANAIS-CD, 18 ago. 1843, v. II, p. 796-797).

A sessão de 21 de agosto marca o último passo do projeto nº 64, de 1843. É aprovado¹⁷ o artigo 3^o. O presidente informa que não se discutirá o artigo que revoga as disposições em contrário por ser consequência do vencido, “mas fica ainda dependente a discussão do projeto do artigo [2^o] que se acha adiado, até virem as informações que se pediram ao governo.” (ANAIS-CD, 21 ago. 1843, v. II, p. 826).

Como não há resposta ao pedido de informações do deputado *Sayão Lobato* que motivou o adiamento da discussão do art.

2º, o projeto não é mais colocado em pauta. A matéria só voltaria a ser tratada pela Câmara dos Deputados dez anos depois, em 1853.

A quase retomada de 1848

Passado uns poucos anos, porém, retomou-se o movimento pela emancipação, que chega à Câmara dos Deputados. Na sessão de 19 de junho de 1848, registra-se o encaminhamento, à comissão de estatística, de três representações¹⁸ pedindo o desmembramento da Comarca de Curitiba da Província de São Paulo. São moções da Câmara Municipal de Antonina, de moradores da Vila Nova do Príncipe (Lapa) e da cidade de Curitiba. (ANAIS-CD, 19 jul. 1848. v. II, p. 93). Diz este último documento, denominado “Representação dos Povos Curitibanos”:

Não é esta a vez primeira que no seio da Representação Nacional nós temos dirigido pedindo insistentemente a elevação desta Comarca à categoria de Província, medida esta já por vezes discutida e habilmente sustentada nesse Augusto recinto; não obstante isto, tem ela sempre infelizmente encontrada uma decidida oposição. [...] terá a Comarca de Curitiba elementos propícios à constituição de uma Província? A afirmativa não é uma ilusão, porquanto uma extensão de 100 léguas de comprimento 90 de largura; uma renda, compreendendo a geral e provincial que excede a R\$ 100:000\$, um solo fertilíssimo e próprio para todas as produções agrícolas; a erva-mate que espontaneamente cresce em suas matas, e de que exporta anualmente mais de 400 mil arrobas; o chá, cuja cultura há pouco ensaiada promete os melhores resultados; pastagens pingues para todas as criações, madeiras de construção entre as quais abunda um número inextinguível de pinheiros, que facilmente poderiam ser aproveitados [...] (CÂMARA-CEDI).

Na sessão de 29 de julho de 1848 poderia a Câmara dos Deputados ter retomado o projeto, que ficara parado desde 1843. A proposição recebera parecer da comissão de estatística pela inclusão nos trabalhos, mas a discussão foi adiada por pedir a palavra sobre a matéria o deputado Joaquim Nunes Machado¹⁹, de Pernambuco. (ANAIS-CD, 29 jul. 1848, v. II, p. 134).

Antecedentes à iniciativa no Senado

A historiografia paranaense não explora as razões que teriam levado o Senado a incluir a matéria na sessão legislativa de 1850, quando se discutia naquela Casa a criação da Província do Amazonas, aprovada ainda em 1843 na Câmara dos Deputados. Diversas questões internacionais estavam no centro das preocupações do governo, e algumas delas diziam respeito à Comarca de Curitiba: a instabilidade das relações com a Argentina²⁰ e o Paraguai e a pressão pela abertura à navegação dos rios Paraná e Paraguai tornavam emergente a povoação²¹ daquelas regiões. Além disso houvera grave estremecimento nas relações com a Inglaterra em razão do canhoneio, em 30 de junho, entre o cruzador inglês *Cormorant* e a fortaleza de Paranaguá, após aquele navio ter aprisionado — com base na Lei *Aberdeen*²² — vários barcos que se equipavam para o tráfico no interior do porto. (BETHEL, 2002, p. 374-376; PILOTTO, 1953b, p. 12).

O fato é que, poucos dias após o incidente *Cormorant* e da comoção nacional em torno dos acontecimentos²³, entraria em discussão no Senado o projeto de criação da Província do Amazonas, surgindo então a emenda criando também a Província do Paraná.

Segundo momento legislativo - Senado, 1850

Assim, em 22 de julho de 1850, presidindo o Senado²⁴ o *Barão de Monte Santo* (Luiz José de Oliveira Mendes), é incluída na or-

dem do dia o projeto da Câmara dos Deputados de 1843 que eleva a Comarca do Rio Negro à categoria de província, com o nome de Província do Amazonas (ANAIS-SENADO, 22 jul. 1850, v. 5, p. 402). Ao ser aprovado em primeira discussão o projeto, em 24 de julho de 1850, o senador Candido *Baptista de Oliveira*, do Ceará²⁵, apresenta a seguinte emenda:

Faça-se extensivo à comarca de Curitiba, o que se estabelecer para o Alto Amazonas, sendo capital da província a cidade de Curitiba. — *Baptista de Oliveira*. (ANAIS-SENADO, 24 jul. 1850, v. 5, p. 444).

Baptista de Oliveira justifica sua iniciativa pelo fato de Curitiba — além das razões apresentadas para o Alto Amazonas — possuir população maior e indústria mais desenvolvida, além de ter um bom porto de mar em Paranaguá (ANAIS-SENADO, 24 jul. 1850, v. 5, p. 444).

Atuariam no Senado pela aprovação da emenda de Curitiba, além do próprio *Baptista de Oliveira*, os senadores Honório *Hermeto Carneiro Leão*, de Minas Gerais e *Visconde de Abrantes* (Miguel Calmon Du Pin e Almeida), do Ceará. Contra a emenda, empenhou-se o senador Nicolau Pereira de Campos *Vergueiro*, de Minas, apoiado por Francisco de *Paula Souza* e Mello, de São Paulo e Antonio Francisco *Hollanda Cavalcanti*, de Pernambuco.

Carneiro Leão sugere razões estratégicas para a matéria: “não seria político discutir todas as razões de defesa externa a que é favorável a criação da Província de Curitiba [...] mas todos nós sabemos que na Comarca de Curitiba limita o império com a República do Paraguai, e porventura com a Confederação Argentina.” Informa que não é possível comunicar-se com o Paraguai, embora limítrofe, não só pela Província do Mato Grosso, como também pela Província de São Paulo, “porque nesses pontos o deserto nos separa; pelo Rio da Prata o governo da Confederação Argentina nos proíbe a comunicação, e pelo Rio Grande seria pre-

ciso passar por entre Rios e Corrientes, províncias pertencentes à Confederação Argentina.” (ANAIS-SENADO, 24 jul. 1850, v. 5, p. 448-449).

O senador *Paula Souza* afirma, opondo-se ao projeto, que Curitiba “por mar é tão perto, tanto da capital da Província como da corte, e que não confina com estados estrangeiros, senão passados sertões imensos e desertos”. Além disso, pela falta de rendas, teria que viver à custa do tesouro geral. (ANAIS-SENADO, 24 jul. 1850, v. 5, p. 445-446).

O senador liberal Nicolau Pereira de Campos *Vergueiro* combate o projeto e a emenda relativa a Curitiba: “a razão de ser fronteira não tem força nenhuma. Será necessário colocar tropa nesse lugar e ter quem comande [...], mas criar uma administração especial em um lugar que não a pode sustentar, não me parece razoável.” (ANAIS-SENADO, 30 jul. 1850, v. 5, p. 548). *Vergueiro* considera a renda fiscal da Comarca insuficiente para sustentar a nova Província. Sobre o imposto cobrado sobre os animais levados do Rio Grande do Sul para Sorocaba, diz que este ou deve continuar a pertencer à província a quem a assembléia geral deu o direito de cobrá-los, isto é, a São Paulo, “ou tais direitos não devem existir; e tirados esses direitos, a nova província não tem de onde lhe venha renda²⁶.” (ANAIS-SENADO, 05 ago. 1850, v. 6, p. 103). Já o senador *Carneiro Leão* justifica o projeto, mesmo com aumento de despesas necessárias à fortificação da fronteira e construção de estradas (ANAIS-SENADO, 24 jul. 1850, v. 5, p. 449).

O esquecimento da Comarca de Curitiba pelo governo de São Paulo é alegado por *Carneiro Leão*:

A comarca de Curitiba ordinariamente não influi nas eleições, e daí provém que, não obstante ser por ela que se arrecada maior parte da renda da província de São Paulo, ela tem estado quase abandonada. É muito fácil fazer uma estrada ou trânsito de carros para a vila de Paranaguá ou porto de Anto-

nina, mas a estrada que existe é a que existia desde tempos antigos. (ANAIS-SENADO, 24 jul. 1850, v. 5, p. 450).

Justificando o projeto, o senador *Carneiro Leão* defende a subdivisão das grandes províncias:

Julgo muito conveniente que se crie uma província em Curitiba. Na minha opinião muitas outras províncias se devem criar: a província de Minas dá três províncias; na província da Bahia, talvez mesmo na costa, se possa criar uma nova província; mas pelo menos no sertão, a comarca de São Francisco deve formar outra província [...]. (ANAIS-SENADO, 24 jul. 1850, v. 5, p. 451).

O senador *Vergueiro* chega a apresentar uma alternativa à criação da nova província:

[...] pois não valia mais uni-la a outra província pequena, como a de Santa Catarina, província que não pode desenvolver-se pela sua pequenez? [...] a comunicação de Paranaguá com Santa Catarina é muito fácil, é viagem de poucos dias. (ANAIS-SENADO, 30 jul. 1850, v. 5, p. 551).

O senador Antonio Francisco *Hollanda Cavalcanti* diz não poder votar pela emenda que desmembra a Comarca: “deve acaso subdividir-se a Província de São Paulo e deixar como está essa monstruosa Província de Minas?” Defende o senador uma nova divisão do império não com a criação de novas províncias, mas de unidades políticas menos dispendiosas, como distritos ou colônias (ANAIS-SENADO, 05 ago. 1850, v. 6, p. 93-94), contestando a opinião de *Visconde de Abrantes*, que entendera haver impedimento constitucional para a criação de territórios, como os existentes nos Estados Unidos (ANAIS-SENADO, 22 jul. 1850, v. 5, p. 405-406).

Contestando a viabilidade econômica da nova província, Nicolau dos Santos *Vergueiro* menospreza a produção da Comarca de Curitiba:

Exporta-se a erva-mate que não se cultiva, e algum gado, não muito. Todos os gêneros que lhe são necessários, como açúcar, aguardente, fumo, alguma farinha, café, etc., recebe-os das outras comarcas da província. Tal é o desenvolvimento que tem tido a indústria nesta zona, que ainda não achou um objeto que cultivasse. Dizem que há ali terrenos férteis, e eu creio, mas não se pode afirmar isso. O lavrador por onde conhece a fertilidade do terreno inculto é pelas madeiras; ora, sendo a Curitiba coberta de pinhais e de erva-mate, é claro que não são boas as terras. [...] Tudo isso prova pois que não está ali desenvolvida a indústria agrícola; quanto à fabril, não falemos nisso nem por pensamento. Como é pois que uma população em tanto atraso se pode julgar em estado de formar uma província? (ANAIS-SENADO, 30 jul. 1850, v. 5, p. 549-550).

Continuando, em 5 de agosto, a segunda discussão do projeto, considerou o senador *Vergueiro* uma afronta desmembrar a Província de São Paulo sem ouvi-la, justificando o requerimento de adiamento que propõe, o qual é lido e apoiado (ANAIS-SENADO, 05 ago. 1850, v. 6, p. 105):

Requeiro que se separe a emenda, ficando adiada até que o governo informe, ouvindo a assembléia provincial de São Paulo. — *Vergueiro*.

Senador *PaulaSouza* observa que a emenda a respeito da Comarca de Curitiba seria na verdade um artigo aditivo, e que como tal não poderia ser discutida conjuntamente com o artigo do projeto. Apresenta, por isso, um requerimento (ANAIS-SENADO, 05 ago. 1850, v. 6, p. 105):

Que a emenda sobre Curitiba, que é artigo aditivo, fique adiada para ser discutida separadamente depois do artigo do projeto original. — *Paula Souza*.

Discordando da proposta de transformar a emenda em artigo aditivo, o senador

*Carneiro Leão*²⁷ dá-lhe nova forma, por meio de emenda substitutiva. Pela primeira vez, aparece a denominação *Província do Paraná*²⁸ (ANAIS-SENADO, 05 ago. 1850, v. 6, p. 105):

Emenda ao art. 1º: As comarcas de Alto Amazonas, na província do Grão Pará, e a de Curitiba, na província de São Paulo, ficam elevadas à categoria de províncias, a primeira com a denominação de província do Amazonas, a segunda com a denominação de *província do Paraná*.

A extensão e limites das referidas províncias serão os mesmo das comarcas do Rio Negro, e Curitiba. — Carneiro Leão.

Esta nova emenda é apoiada, sendo retirada a emenda original, do senador *Baptista de Oliveira* e o requerimento de senador *Paula Souza* (ANAIS-SENADO, 05 ago. 1850, v. 6, p. 105).

Paula Souza informa que a Assembléia Legislativa Provincial de São Paulo “fez uma representação que passou por todas as discussões, faltando só aprovar-se a redação, o que se não fez por falta de tempo²⁹; e nessa representação faz ela ver as circunstâncias do negócio, mostra os prejuízos que a mesma comarca de Curitiba vai ter com tal desmembramento.” (ANAIS-SENADO, 05 ago. 1850, v. 6, p. 106).

Depois de quase vinte dias, é retomada, na sessão de 24 de agosto, a segunda discussão, que fora adiada em 5 de agosto, do art. 1º do projeto do Amazonas, com a emenda da Província do Paraná, e com requerimento de adiamento do Sr. *Vergueiro* (ANAIS-SENADO, 24 ago. 1850, v. 6, p. 320). É aprovada a emenda de *Carneiro Leão*, que cria a Província do Paraná, e rejeitado o requerimento de adiamento do senador *Vergueiro* (ANAIS-SENADO, 24 ago. 1850, v. 6, p. 320).

Os artigos 2º, 3º e 4º são aprovados com as seguintes emendas de *Visconde de Abrantes* (ANAIS-SENADO, 24 ago. 1850, v. 6, p. 320):

Ao art. 2º Seja a cidade de Curitiba a capital da nova província do Paraná, enquanto a respectiva assembléia provincial não resolver o contrário. — Visconde de Abrantes.

Ao art. 3º Aplique-se a sua disposição à nova província do Paraná — S. a R. — Visconde de Abrantes.

Ao art. 4º Em lugar de — na mesma província — diga-se — nas mesmas províncias. — Visconde de Abrantes.

O projeto é aprovado com as emendas, passando à terceira discussão (ANAIS-SENADO, 24 ago. 1850, v. 6, p. 320). Cumprido o interstício de quatro dias, o projeto retorna à pauta na Sessão de 28 de agosto de 1850. Pela última vez, bate-se contra o projeto o senador *Vergueiro*, oferecendo novo pedido de adiamento (ANAIS-SENADO, 28 ago. 1850, v. 6, p. 360-361):

Requeiro que a parte do projeto que trata da comarca de Curitiba, que agora se acrescentou por emenda, se destaque do projeto, e se peçam informações ao governo a respeito, ouvindo a assembléia da província de São Paulo. — Vergueiro.

Mas o requerimento não recebe o apoio regimental necessário e sequer é colocado a votos. O presidente, Barão de Monte Santo, coloca a matéria em votação, sendo aprovado o projeto da província do Amazonas e a emenda da província do Paraná. Ao anunciar o envio do projeto aprovado para voltar à Câmara dos Deputados, o senador *Visconde de Abrantes* apresenta requerimento propondo o desdobramento do projeto em dois, que é aprovado:

Requeiro que se separe o projeto relativo à criação da província do Alto do Amazonas do que é relativo à criação da província do Paraná, para que aquele suba à sanção, e este seja remetido à câmara dos deputados. — Visconde de Abrantes. (ANAIS-SENADO, 28 ago. 1850, v. 6, p. 361).

O expediente do senador *Visconde de Abrantes*, aproveitando-se da imprevisão do

Regimento do Senado, impediu o retorno da parte referente à Província do Amazonas à Câmara dos Deputados, onde o projeto fora aprovado em 1843. Essa parte, seguiu, então, à sanção imperial, sendo promulgado como Lei nº 592, de 5 de setembro de 1850. Assim, apenas a parte do projeto relativa à Província do Paraná é remetida à Câmara dos Deputados.

Antecedentes à retomada da matéria na Câmara

Na sessão de 30 de agosto de 1850 da Câmara dos Deputados é lido o ofício do secretário do Senado, enviando a proposição que eleva a Comarca de Curitiba à categoria de província, com a denominação de Província do Paraná. Segue-se o despacho: “A imprimir para entrar na ordem dos trabalhos.” (ANAIS-CD, 30 ago. 1850, v. II, p. 729). Mas o projeto só seria discutido e aprovado pela Câmara três anos depois.

No início da sessão legislativa de 1851, chega ao Senado a representação da Assembléia Legislativa de São Paulo protestando contra diversas medidas que desagradavam a Província, entre as quais a elevação a província da Comarca de Curitiba, que já fora aprovada pela Casa:

[...] Não menos infundada é a intenção de alguns habitantes da Comarca de Curitiba em solicitar a sua elevação a Província, pois sem dúvida que um tal acontecimento importaria a degradação da Província de São Paulo, e do instante que desmembrada, ela ficaria impossibilitada de prestar ao império o concurso de serviços que em grau subido a tem assinalado.

O triunfo dessa aspiração constituiria a existência de duas Províncias insignificantes, minguadas e sem recursos para combater suas mais inexpressivas necessidades. [...] (SENADO-Arquivo).

Os deputados são informados, na sessão da Câmara de 9 de julho de 1851, do recebimento de um abaixo assinado de negociantes, lavradores e operários da vila de

Antonina, pedindo que se eleve à província a Comarca de Curitiba (ANAIS-CD, 09 jul. 1851, v. II, p. 102):

[...] chegando a notícia dos abaixo-assinados que a Ilustre Assembléia da Província vos endereçou uma representação pedindo o esquecimento da medida já bastantemente adiantada pela qual se pretende elevar esta Comarca á categoria de Província, tomando por fundamento além de outras futilidades o falso suposto de que essa idéia não era a vontade unânime dos povos, sim aventada unicamente pelas Câmaras, as abaixo assinadas não podem de forma alguma deixar passar despercebida e sem contestação uma asserção filha unicamente dos desejos que tem a Nobre Assembléia de ver esta Comarca sempre reduzida a um extremo de não poder para o futuro mostrar o quanto é, o quanto vale, o interesse que diz, o resultado aos seus habitantes, ao Império. [...]. (CÂMARA-CEDI).

O deputado Antonio Pereira *Barreto Pedroso*, do Rio de Janeiro, envia à mesa, em 14 de agosto de 1851, uma representação em que moradores do município de Morretes pedem à Câmara que dê atenção ao projeto aprovado pelo Senado no ano anterior (ANAIS-CD, 14 ago. 1851, v. II, p. 578):

Os abaixo assinados, residentes na Vila de Morretes da Comarca de Paranaguá e Curitiba da Província de São Paulo, abalados pela incoseqüência da representação que vos faz na sessão do corrente ano a Assembléia Legislativa desta Província contra a elevação desta Comarca à categoria de Província vem perante vós, Senhores, pedir a mais séria atenção ao resolverdes essa medida que, além de proveitosa, é inquestionavelmente, um meio de proteger o progresso que a lei Providencial, sem outro recurso, vai de dia em dia desenvolvendo tanto em civilização como em agricultura e indústria, e por isso cada vez mais útil ter um governo

ao contato de suas necessidades para dar impulso às riquezas naturais de tão vasto quão fértil solo. (CÂMARA-CEDI).

Na última sessão do ano, 12 de setembro de 1851, informa-se à Casa sobre outro requerimento, agora da Câmara Municipal da vila de Antonina, também em favor da elevação da Comarca à categoria de província (ANAIS-CD, 12 set. 1851, v. II, p. 887).

Em 1853, favorecem o andamento do projeto da criação da Província do Paraná na Câmara dos Deputados as mesmas questões de política externa. Não se haviam resolvidos os problemas nas relações com os países do sul. Recém encerrada a guerra com a Argentina, restavam ainda pendências quanto aos limites com aquele país e estavam mais fortes as apreensões quanto à possibilidade de guerra com o Paraguai. Outra questão de ordem internacional referia-se à navegação do rio Paraná.

Fato recente fora a assinatura de um tratado³⁰, em 10 de julho de 1853, entre a Argentina e os Estados Unidos, para livre navegação de navios mercantes nos rios Paraná e Uruguai. Outro tratado³¹, de amizade, comércio e navegação, entre o Paraguai e os Estados Unidos, fora assinado em 4 de março de 1853. O Império estava sob intensa pressão americana para ceder à livre navegação de seus rios³². Como o Brasil não vinha povoando as terras próximas às margens do rio Paraná, temia-se que a abertura à navegação dos rios viesse favorecer sua ocupação por estrangeiros, com risco de contestação, mais tarde, do domínio brasileiro sobre esses territórios.

A questão política na Comarca de Curitiba se agravava com o crescimento da oposição liberal, que, resistindo às manobras eleitorais das autoridades conservadoras provocava freqüentes conflitos, algumas vezes encarniçados.³³ Reapareciam, por essa época, razões políticas semelhantes às que levaram à apresentação do primeiro projeto de emancipação, em 1843. O governo Imperial via agora, pela emancipação da Comar-

ca, uma forma de neutralizar os liberais da região nas eleições próximas de 1854 e obter para o partido conservador a maioria na nova assembléia provincial, além de eleger um senador e um deputado à Assembléia Geral. De quebra, a mutilação do território serviria como represália à Província de São Paulo pelo crescimento da oposição liberal no seu território. (Cf. BELOTO, 1990, p. 89)

Terceiro momento legislativo – Câmara dos Deputados, 1853

Em 10 de agosto de 1853, quando faltavam apenas vinte dias para encerramento da sessão legislativa, é incluído na ordem do dia da Câmara dos Deputados³⁴, em segunda discussão³⁵, o projeto nº206, aprovada pelo Senado em 1850, que tratava da emancipação da Comarca de Curitiba e sua elevação à categoria de província, com o nome de Província do Paraná (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 145).

Paralelamente à discussão que ocorreria na Câmara, Paula Gomes passou a responder, pelo *Jornal do Comércio*, do Rio de Janeiro, as questões levantadas no Legislativo (CARNEIRO, 1954a, p. 89).

A etapa decisiva do trabalho parlamentar para a criação Província do Paraná na Câmara teve como principais personagens o deputado conservador mineiro Antonio Candido da *Cruz Machado*³⁶, incansável defensor da elevação de Curitiba a província. Recebeu contribuições do paulista José Ignacio *Silveira da Motta* (que no entanto votava contra o projeto) e, na última reunião em que a matéria foi discutida, o apoio de Antonio Pereira *Barreto Pedroso*, do Rio de Janeiro. Contra o projeto, destacaram-se os deputados Joaquim Octávio *Nebias*, Martin Francisco *Ribeiro de Andrada* e Joaquim José *Pacheco*, todos liberais paulistas.

Ausência inexplicada nas discussões da Câmara foi a do deputado pela Província de São Paulo *José Mathias* Ferreira de Abreu, bacharel residente em Paranaguá (Cf. ANAIS-CD, 17 ago. 1853, v. IV, p. 228,229).

Também não se manifestou sobre a matéria o deputado pela Bahia e ministro da marinha, Zacarias de Góes e Vasconcelos, que seria logo depois nomeado presidente instalador da nova Província.³⁷

Inaugurando a discussão, o deputado paulista Joaquim Octávio *Nebias* questiona as razões do reaparecimento do projeto, que apresentado em 1843, não passara. Alega não existir nenhum documento nem tampouco dados estatísticos que possam concorrer para orientar a respeito do assunto. (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 145). Apresenta, de imediato, um requerimento protelatório.

Requeiro que o projeto seja remetido à comissão de estatística e orçamento, para que dêem seu parecer com maduro exame.—*Nebias*.³⁸ (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 146).

Os deputados paulistas acorrem a contestar o projeto e defender o adiamento proposto por *Nebias*. Antonio Gonçalves *Barbosa da Cunha* defende uma protelação alegando que o projeto também não passou pelo exame de uma comissão. (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 147). Martin Francisco *Ribeiro de Andrada* também manifesta-se pelo adiamento. O deputado por São Paulo Joaquim José *Pacheco*³⁹ questiona a falta de distribuição do projeto, uma exigência regimental. (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 148, 149, 150).

Argumenta *Cruz Machado* que a remessa do projeto às comissões não produzirá grande vantagem nem concorrerá para melhor esclarecer a Câmara, pois “a comissão ter-se-há de servir dos mesmos dados incompletos que estão ao alcance de todos nós.” (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 146-147). Informa o deputado mineiro que o projeto fora distribuído na legislatura seguinte após sua aprovação do Senado, em 1850 (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 149, 150). Combatendo o adiamento porque estava prestes a encerrar a sessão legislativa, *Cruz Machado* se escudava nas razões estratégicas (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 146):

[...] trata-se de satisfazer a uma urgente necessidade do império, trata-se de criar um centro de administração que possa trazer em resultado fortificações e povoações em nossas fronteiras, antes que em algum tempo adiante sejamos apanhados desprevenidos, ou antes que para o tempo adiante apareçam conflitos a respeito do nosso território. (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 147).

Barbosa da Cunha, representante de São Paulo, contesta a alegação de *Cruz Machado* sobre a necessidade de defesa, arguindo que o Paraguai seria um país amigo (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 147). Esta posição é também compartilhada por vários outros parlamentares, como o paulista Martin Francisco *Ribeiro de Andrada*, que alega, a respeito da defesa das fronteiras com o Paraguai:

Por hipótese somente, que fossem dados necessários alguns preparativos de defesa, não vejo a necessidade de alterar-se a divisão política para que eles se realizem. Em seis dias vai-se atualmente desta capital à paróquia de Curitiba, e em dois a Paranaguá; parece que, mesmo tendo nós termos guerra com o Paraguai, o que parece quase impossível, subsistindo a atual divisão, fácil será transportar tropas para a comarca de Curitiba. (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 148).

A respeito da questão, *Ribeiro de Andrada*, afirma existir “entre nós e o Paraguai [...] uma perfeita *entente cordiale*; não me consta que haja mesmo receios de que possa ser perturbada a harmonia em que vivemos com estes nossos vizinhos”. E pergunta: “que receio pode haver de qualquer conflito com uma nação que tem apenas 800 mil habitantes, da parte de uma nação que tem mais de 4 milhões?”.

Barbosa da Cunha expressa sua preocupação a respeito de outros movimentos que pretendem a redução do território de São Paulo: o do termo do Bananal, que faz esforços para se reunir à Província do Rio de Ja-

neiro e o de Ubatuba, para sua anexação ao Rio de Janeiro: “Se esses dois importantes termos forem separados de São Paulo e se elevar-se Curitiba à categoria de província, a que ficará reduzida minha Província? A uma província de segunda ordem, se não nos derem uma justa recompensação”. E retoma a idéia, que perturbara o andamento do projeto em 1843, de reunir à Província de São Paulo o território da Comarca de Sapucaí (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 147,148). *Ribeiro de Andrada* endossa também essa idéia, sugerindo a *Cruz Machado* uma negociação: “Proponha o nobre deputado por Minas Gerais, que tão empenhado se mostra pela desanexação de Curitiba, essa justa compensação, e talvez possamos chegar a um acordo.” (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 148).

A POLÍTICA — Joaquim José *Pacheco* entra na discussão dos arranjos políticos que estariam associados à criação da Província, principalmente por se ter retomado este projeto “só agora depois da vaga de um senador”⁴⁰. Creditava a iniciativa ao interesse de influir na eleição que haveria na Província de São Paulo, como também por ter “pressa de mais um senador por essa nova Província de Curitiba, em cuja eleição naturalmente há de influir o governo”⁴¹ (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 150). *Pacheco* lança ao conservador *Cruz Machado* uma isca:

Se tem vistas eleitorais, lembro-lhe que ganha com a anexação do Sapucaí [...]. A anexação traz ao partido do governo um grande número de votos, pois que esta comarca é em sua maioria composta de aliados seus. Faça-se a nova província razoavelmente; atenda-se ao bem de todos; eis o que desejo. (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 150).

Joaquim José *Pacheco* propõe ainda convidar o ministro do império para que informe “as razões de conveniência que o impediram a querer agora esta medida com tanta urgência.” (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 150). Apresenta para isso um requerimen-

to, o qual, embora apoiado, é rejeitado sem discussão:

Requeiro que se adie o projeto até que compareça o Sr. ministro do império, a quem se convidará. — Pacheco. (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 151)

Na sessão de 11 de agosto são colocados em votação e aprovados em segunda discussão, sem debates, os artigos 1º e 2º (ANAIS-CD, 11 ago. 1853, v. IV, p. 155):

Art. 1º A comarca de Curitiba, na província de São Paulo fica elevada à categoria de província com a denominação de — província do Paraná —. A sua extensão e limites serão os mesmos da referida comarca.

Art. 2º A nova província terá por capital a cidade de Curitiba, enquanto a assembléia respectiva não decretar o contrário.

Entra imediatamente em discussão o artigo seguinte (ANAIS-CD, 11 ago. 1853, v. IV, p. 155):

Art. 3º A província do Paraná dará um senador e um deputado à assembléia geral; sua assembléia provincial constará de vinte membros.

O deputado Joaquim José *Pacheco*⁴² envia à mesa a seguinte emenda:

Em vez de um deputado, diga-se dois. (ANAIS-CD, 11 ago. 1853, v. IV, p. 155).

Joaquim José *Pacheco* voltaria a defender na terceira discussão essa proposta: “a constituição quer que o senado se componha de metade dos deputados: é preciso pois que dêem dois deputados e um senador.”⁴³ (ANAIS-CD, 19 ago. 1853, v. IV, p. 263)

A emenda é imediatamente rejeitada, sem debate, aprovando-se o Art. 3º.

Também foi aprovado o artigo seguinte:

Art. 4º O governo fica autorizado para criar na mesma província as estações fiscais indispensáveis para a arrecatação [sic] e administração das rendas gerais, submetendo depois o que houver determinado ao conhecimento da assembléia geral para definitiva

aprovação. (ANAIS-CD, 11 ago. 1853, v. IV, p. 155).

A NOVA EMENDA DO SAPUCAÍ — Entra em discussão artigo aditivo apresentado pelo deputado Joaquim Octávio *Nebias*, com objeto idêntico àquele que fora apresentado em 1843:

Fica pertencendo à província de São Paulo a parte da província de Minas que já pertence ao bispado de São Paulo. — Paço da câmara dos deputados, 11 de agosto de 1853 — S. a R. — *Nebias*. (ANAIS-CD, 11 ago. 1853, v. IV, p. 155).

Joaquim Octávio *Nebias* sustenta sua proposta, alegando que ela “tende a igualar a circunscrição civil com a eclesiástica”⁴⁴, trazendo à Província de São Paulo aquelas localidades que estão “às portas e São Paulo e muito longe da capital de Minas.” (ANAIS-CD, 11 ago. 1853, v. IV, p. 160).

Combatendo a emenda, o deputado mineiro Agostinho José Ferreira *Bretas* esclarece sobre a parte de Minas que se pretende desmembrar:

[...] contém os municípios de Caldas, de Jacuí, de Passos, de Pouso Alegre, de Jaguarí e parte de Itajubá [...] importantes pelas suas rendas e pela população que contém em si. Além disso, as sedes de alguns desses municípios acham-se em pontos eqüidistantes de qualquer das capitais das províncias de Minas e São Paulo. (ANAIS-CD, 11 ago. 1853, v. IV, p. 156).

Acrescenta ainda *Bretas* que apenas a freguesia de Caldas exporta para o Rio de Janeiro por intermédio do porto de Santos. Além disso, pondera que a parte principal de suas rendas é fornecida pelos registros ou recebedorias que estão colocadas nessas localidades, de modo que o desmembramento desfalaria as rendas da Província. (ANAIS-CD, 11 ago. 1853, v. IV, p. 156). Joaquim Delfino *Ribeiro da Luz*, também deputado por Minas, esclarece que a região de que trata o artigo aditivo é mais extensa do que se supõe, compreendendo ainda o mu-

nicipio de Cristina, totalizando 22 ou 24 freguesias de grande produção, talvez de 600:000\$ a 800:000\$, e com muita população. (ANAIS-CD, 11 ago. 1853, v. IV, p. 163, 164).

Contestando essa perda para Minas, o paulista *Ribeiro de Andrada* argumenta:

[...] as razões apresentadas [...] são razões valiosíssimas contra a desmembração da comarca de Curitiba, porque se esse pedaço de terreno por nós pedido contém todas essas povoações por ele apontadas é também incontestável que a comarca de Curitiba contém 7 municípios [...]. Logo, se os ilustres deputados não querem que se desmembre esse pedaço do terreno de Minas [...], porque tomam uma justiça para si e outra para nós? [...]. (ANAIS-CD, 11 ago. 1853, v. IV, p. 157).

Colocado em votação, foi rejeitado o artigo aditivo anexando parte da Província de Minas a São Paulo, passando o projeto à terceira discussão (ANAIS-CD, 11 ago. 1853, v. IV, p. 165).

A COMARCA — Para evitar que o projeto seja encaminhado às comissões, o deputado *Cruz Machado* apresenta dados reclamados pelos parlamentares sobre a Comarca de Curitiba. Informa que “são sete os municípios que formariam a nova Província: cidades de Paranaguá e Curitiba e vilas do Príncipe [Lapa], Antonina, Morretes, Castro e Guaratuba; não incluindo Cananéia e Iguape, há muito integrantes da Comarca de Santos⁴⁵.” (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 152). Ele, que houvera estimado a população inicialmente em 74 mil habitantes, faz nova projeção sobre o crescimento populacional ao longo de 18 anos, concluindo que a Comarca de Curitiba teria pelo menos 68.494 habitantes⁴⁶, conclusão refutada pelos opositores (ANAIS-CD, 17 ago. 1853, v. IV, p. 223-224). Sobre a extensão e os limites da Comarca, que considerava também “dado exigido para a criação de uma província”, *Cruz Machado* informa:

A comarca de Curitiba tem um grau geográfico de costa; divide ao sul pelo rio Saí, entre os municípios e Guaratuba e São Francisco, da província de Santa Catarina, e ao norte pelo Varadouro e Arapira, entre os municípios de Cananéia e Paranaguá, em serra acima serve de limite o rio Tere-rê ao norte, que divide os municípios de Castro e da Faxina, a 60 léguas de Curitiba; pelo lado do sul a comarca se divide pelo rio Canoinhas entre os municípios das vila do Príncipe e de Lages, da província de Santa Catarina, a 50 léguas de Curitiba; e a oeste se estende por essas campinas que vão dar no Paraná, que nos separa do Paraguai. (ANAIS-CD, 17 ago. 1853, v. IV, p. 224).

ECONOMIA E RENDA FISCAL — *Cruz Machado* apresenta diversas informações de 1835 (18 anos antes) sobre a economia da Comarca, argumentando que a renda fiscal, que totalizava 160:000\$ (160 contos de réis), crescera muito desde então (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 154). Baseado na mesma estatística, apresenta dados sobre as atividades econômicas então existentes na Comarca, mencionando 66 engenhos de destilar aguardente⁴⁷, 90 fazendas de criar, 23 fazendas de café e 103 engenhos de socar arroz⁴⁸ e até mesmo um estaleiro de construção, em Paranaguá. Os números são contestados pelo deputado *Nebias*, que informa que o açúcar que se consome em Curitiba provém de São Paulo. (ANAIS-CD, 10 ago. 1853, v. IV, p. 154). *Cruz Machado* mostra ainda dados relativos ao comércio do porto de Paranaguá no ano fiscal 1851-1852. Informa que a renda de exportação e importação soma 112:898\$989, afora as rendas das coletorias do interior e acrescenta que só no ramo do mate teria a nova Província uma renda considerável (ANAIS-CD, 17 ago. 1853, v. IV, p. 223). Contestando os dados apresentados sobre as rendas, o paulista Joaquim Octavio *Nebias* faz uma estimativa dos gastos que já se tem na Comarca e os

futuros gastos de província (ANAIS-CD, 17 ago. 1853, v. IV, p. 225-226):

Temos [...] que a despesa geral nova anda por 60:000\$, com perto de 40 contos que já se gastam, vê-se que tudo isto dá uma soma de 100 contos de réis⁴⁹. No entanto, não vejo que a renda dê para tanto. Não falo ainda da necessidade de se alugar e preparar edifícios para o palácio do governo e para todas as repartições públicas. (ANAIS-CD, 17 ago. 1853, v. IV, p. 226).

DIVISÃO DO IMPÉRIO — O deputado José Ignácio *Silveira da Motta*, de São Paulo alega combater o projeto pela falta que a Comarca fica fazendo à Província de São Paulo. Apresenta suas razões:

O projeto devia ser uma parte de um grande todo sistemático, que compreendesse toda a divisão administrativa do império; acho que o projeto, sendo apresentado parcialmente em relação a Curitiba, oferece o grande inconveniente não só de ferir interesses e vaidades locais, mas também de prejudicar a divisão futura geral do império. (ANAIS-CD, 17 ago. 1853, v. IV, p. 232).

Também se diz favorável a uma nova divisão geral do império o próprio *Cruz Machado*, que aventa a criação de três novas províncias em Minas Gerais (uma ao norte, uma central e outra ao sul), absorvendo partes de São Paulo e Goiás. (ANAIS-CD, 17 ago. 1853, v. IV, p. 221-222). Joaquim José *Pacheco* defende o estabelecimento de províncias mais homogêneas questionando, todavia, a viabilidade das províncias muito pequenas, como Santa Catarina, Espírito Santo e Rio Grande do Norte (ANAIS-CD, 19 ago. 1853, v. IV, p. 266).

A EMENDA DO CONTESTADO — O deputado por Santa Catarina, Joaquim Augusto do *Livramento*, pretendendo resolver pendências já então existentes com relação aos limites entre as províncias de São Paulo e Santa Catarina, apresenta emenda com o seguinte texto:

Os limites da nova província serão pela parte do norte os mesmos da comarca, e pelo lado do sul o rio Canoinhas e aquele em que ele deságua⁵⁰, e os limites que atualmente separam o termo de Guaratuba do de São Francisco. (ANAIS-CD, 17 ago. 1853, v. IV, p. 232).

No dia seguinte, o deputado catarinense solicita a retirada de sua emenda: “Não desejando embarçar a adoção deste projeto, e julgando conveniente que a fixação dos limites⁵¹ entre a minha Província [Santa Catarina] e aquela que se trata de criar seja feita por uma lei geral, peço para retirar minha emenda.” (ANAIS-CD, 19 ago. 1853, v. IV, p. 260).

A CAPITAL — O deputado paulista Martin Francisco *Ribeiro de Andrada* apresenta emenda definindo Paranaguá como nova capital, mas a proposta não recebe apoio necessário para ser apreciada:

No art. 4º onde diz - Curitiba - diga-se Paranaguá. (ANAIS-CD, 19 ago. 1853, v. IV, p. 266).

A QUESTÃO ELEITORAL — *Silveira da Motta* contesta propalada finalidade eleitoral do projeto visando eleger dois senadores do Partido Conservador, um por São Paulo e outro pela nova Província. O deputado liberal *Ribeiro de Andrada* argumentou que o crescimento do eleitorado conservador na Comarca ocorreu graças aos “negócios de São José dos Pinhais”⁵² e a um acordo eleitoral imposto aos liberais em Curitiba. (ANAIS-CD, 17 ago. 1853, v. IV, p. 230). O deputado *Pacheco* apresenta sua razão para opor-se ao projeto: “por enquanto vejo só nesse projeto mais um deputado e um senador.” (ANAIS-CD, 19 ago. 1853, v. IV, p. 265-266).

A CIVILIZAÇÃO DOS ÍNDIOS — O deputado Antonio Pereira *Barreto Pedroso*, do Rio de Janeiro combate as alegações do opositor *Ribeiro de Andrada*, arrolando razões favoráveis à emancipação da Comarca. E acrescenta um outro motivo para a criação da Província:

É conhecida a necessidade de darmos à vida civilizada os indígenas, que em muitos lugares povoam ainda grande parte do nosso país. Ora, na comarca de que nos ocupamos, há, e com bastante disposição para a catequese, muitas tribos da raça guarani. Não será mais este um objeto digno de atenção da Câmara? Não será evidente a conveniência de civilizar, e aproveitar para a religião, para a civilização, e para a indústria, essas tribos que vivem ainda no estado selvagem? [...] (ANAIS-CD, 20 ago. 1853, v. IV, p. 278).

A aprovação final

Na sessão de 20 de agosto, após um debate final entre *Ribeiro de Andrada* e *Barreto Pedroso*, é aprovado definitivamente, em terceira discussão, sem qualquer mudança no texto do Senado, o projeto que eleva a província a Comarca de Curitiba (ANAIS-CD, 20 ago. 1853, v. IV, p. 279). Dois deputados, *Pereira Jorge* e *Pacheco Jordão*, fazem questão de apresentar à mesa declarações de seus votos, contrários ao projeto (ANAIS-CD, 20 ago. 1853, v. IV, p. 279).

Seis dias depois, em 26 de agosto de 1853, o autógrafo é encaminhado à Sanção Imperial pelo presidente da Câmara dos Deputados, Francisco de Paula Candido.

Sanção da Lei nº 704, de 1853

Finalmente, em 29 de agosto de 1853, o decreto aprovado pelas duas casas legislativas é sancionado pelo Imperador D. Pedro II, tornando-se lei:

Art. 3º A Província do Paraná dará um Senador, e um Deputado à Assembléia Geral; sua Assembléia Provincial constará de vinte Membros.

Art. 4º O Governo fica autorizado para criar na mesma Província as Estações fiscais indispensáveis para a arrecadação, e administração das Rendas gerais, submetendo depois o

que houver determinado ao conhecimento da Assembléia Geral para definitiva aprovação.

Art. 5^o Ficam revogadas as disposições em contrário.

Instalação da Província do Paraná

Uma semana após a promulgação da lei, em 6 de setembro de 1853, forma-se o chamado ministério de conciliação, que logo nomeia — em 17 de setembro — o deputado baiano, ex-conselheiro de estado e ex-ministro da Marinha, Zacarias de Góes e Vasconcelos como primeiro presidente da Província do Paraná. No dia 19 de dezembro de 1853, o novo presidente instala o governo da Província na cidade de Curitiba. Zacarias organizou o governo provincial e promoveu as eleições para os cargos de senador⁵³, um deputado à Assembléia Geral e vinte deputados à Assembléia Legislativa, instalando-se essa Casa em 15 de julho de 1854. Seu primeiro ato legislativo, a Lei n^o 1, de 26 de julho, fixa Curitiba como capital da Província.

Conclusão

Foram múltiplos os fatores que determinaram a criação, pelo Parlamento brasileiro, da nova Província. Além das sempre presentes causas políticas e econômicas, impulsionaram a ação legislativa evidentes interesses estratégicos de Estado — notadamente aqueles voltados para a unidade do Império e preservação dos domínios territoriais historicamente conquistados pelo Brasil. A tentativa de 1843 tivera evidente motivação política, dirigida contra os liberais que ousaram sublevar São Paulo. Já no trabalho legislativo realizado no Senado em 1850, e na Câmara dos Deputados em 1853, essa motivação, embora não tenha desaparecido, mostra-se reduzida. O empenho, especialmente do governo Imperial, pela criação da Província do Paraná se explica, portanto, por fatores de maior envergadura.

Um dado que corrobora essa impressão é que, das quinze instruções recebidas do gabinete pelo presidente instalador da Província, *Zacarias de Góes e Vasconcelos* para orientar seu governo (Cf. MOREIRA, 1974, p. 46), oito tratavam de providências para o fortalecimento do domínio brasileiro sobre os territórios mais remotos da antiga Comarca e seu povoamento: construção de estradas, navegação de rios, colonização estrangeira, catequese e aldeamento de índios e estabelecimento de colônias militares.

Por fim, apraz constatar que, apesar de muitos presságios manifestados durante os debates parlamentares, não há hoje qualquer indício de que os votos dos senadores de 1850 e dos deputados de 1853 seriam hoje motivo de lamentação. Duas passagens durante os debates profetizaram a confiança no acerto da lei emancipadora. Do deputado paulista *Silveira da Motta*:

Estou certo que a província de São Paulo sem a comarca de Curitiba ficará sempre grande e gozará sempre de sua legítima influência pela sua riqueza e posição comercial, por sua ilustração e seus hábitos industriais (ANAIS-CD, 17 ago. 1853, v. IV, p. 232).

E do parlamentar mineiro *Cruz Machado*:

Decretemos a criação da nova província, senhores, e a geração presente curitibana nos enviará sinceros votos de agradecimento por haveremos atendido à primeira e mais palpitante necessidade daquele belo país, a existência de um centro administrativo que promova sua futura grandeza; e desenvolvidos esses germens de prosperidade, dos quais a natureza foi pródiga para com aquela região, e decorridos alguns anos, tereis o prazer de ver os grandes resultados do vosso ato, e a posteridade paranaense recordando-se da Câmara de 1853 a recobrirá de bênçãos. (ANAIS-CD, 17 ago. 1853, v. IV, p. 224).

Notas

¹Deixaria de ser a 5ª comarca pela lei provincial nº 437, de 17 jul.1852, que estabelecia nova divisão judiciária em São Paulo. (Cf. MOREIRA, 1974, p.12).

²Teriam população de 2.500 e 700 habitantes, respectivamente, em 1854 (MOREIRA, 1974, p. 18).

³Curitiba só teria tipografia e jornal em 1854, com a instalação do governo provincial.

⁴A Câmara dos Deputados funcionou, até 1899 no prédio da Cadeia Velha, no centro do Rio de Janeiro. Era composta, na legislatura de 1843, de 100 deputados, sendo as maiores bancadas de Minas (20 deputados), Pernambuco e Bahia (13), Rio de Janeiro (10) e São Paulo (9). O Rio Grande do Sul, que se encontrava rebelado, não elegeu deputados. As sessões realizavam-se de segunda-feira a sábado (Cf. Art. 55, CÂMARA-REGIMENTO, 1857, p.11).

⁵Discussão e votação artigo por artigo, segundo o Art. 131 do Regimento (Cf. CÂMARA-Regimento, 1857, p.23).

⁶“Art. 74. O adiamento pode ser proposto por cada um dos deputados, quando lhe couber a vez de falar, seja qual for o negócio de que se tratar e o estado em que se achar a discussão; Art. 75. Sendo o adiamento motivado por deputado, que o proposer, e apoiado por cinco deputados, pelo menos, e por dez na terceira discussão, proceder-se-á depois da mesma forma que no caso de urgência. (CÂMARA-REGIMENTO, 1857, p.14).

⁷PILOTTO (1953b, p.17; 1953b, p.11) o apresenta como deputado por São Paulo.

⁸Projeto nº 65: “Art. 1º Fica desmembrado da província de Minas Gerais e anexado à província de São Paulo o território daquela província, que atualmente faz parte do bispado desta.”

⁹Campos dos Goytacazes.

¹⁰Sem alteração no dispositivo: “Art. 1º Fica criada uma nova província com a denominação — província de Curitiba — e com o território e limites que ora tem a comarca do mesmo nome, na província de São Paulo, que por isso fica desmembrada desta província.”

¹¹A constituição de 1824 (arts. 29 e 30) permitia a acumulação do cargo de senador ou deputado com o de ministro ou conselheiro de estado.

¹²Refere-se veladamente a Silva Machado, o futuro Barão de Antonina.

¹³Padrão monetário da época. Lê-se 19 mil contos e 800 mil réis.

¹⁴“Art. 2º A província da Curitiba dará um senador e um deputado à assembléia geral. A sua assembléia provincial será composta de 20 membros; e sua capital aquela povoação que esta escolher, enquanto esta escolha se não verificar, aquela que o governo geral marcar.”

¹⁵O requerimento de *Sayão Lobato*, que trata apenas do adiamento, é, desde a obra de MARTINS (1939, p. 394) objeto de equívoco na historiografia do Paraná. Confunde-se esse requerimento com a emenda apresentada em 19 de junho pelo deputado *Fonseca* (e rejeitada na sessão de 17 de agosto), para anexação a São Paulo da região do Sapucaí., PILOTO (1953a, p.18), CARNEIRO (1954, p. 82) e outros também referem-se a uma suposta emenda de *Sayão Lobato*, que teria por objeto a *elevação* da comarca de Sapucaí a província.

¹⁶Redação original: “Art. 2º A província da Curitiba dará um senador e um deputado à assembléia geral. A sua assembléia provincial será composta de 20 membros; e sua capital aquela povoação que esta escolher, enquanto esta escolha se não verificar, aquela que o governo geral marcar.”

¹⁷Com a redação original: “Art. 3º O governo fica autorizado para criar nesta província as estações fiscais indispensáveis para o expediente da administração das rendas gerais, submetendo tudo à apreciação da assembléia geral, logo que esta estiver reunida.”

¹⁸Em 24 de julho de 1848, registra-se a leitura de ofício do ministro do império remetendo três representações dos povos de Curitiba, as mesmas referidas na sessão de 19 de julho (ANAIS-CD, 19 jul.1848. v.II, p.93; CÂMARA-CEDI.).

¹⁹Cf. despacho no documento original (CÂMARA-CEDI).

²⁰Ministro da Guerra, Manuel Felizardo de Sousa Melo, em reunião do Conselho de Estado: “As relações amigáveis entre o Brasil e a Confederação Argentina se têm sucessivamente enfraquecido desde 1843. O reconhecimento da independência do Paraguai, a questão dos bloqueios, e muitos outros pretextos têm sucessivamente perturbado aquelas relações.” (ATAS-CE 1º ago. 1850, v. III, p. 268-270).

²¹*Visconde de Abrantes*, na mesma reunião: “O governo deve quanto antes tratar, ainda com sacrifícios pecuniários, de povoar aquelas fronteiras [do sul].” (ATAS-CE 1º ago.1850, v.III, p. 271):

²²Lei editada pela Inglaterra por não ter o Brasil anuído a um aditivo para reforçar os termos do tratado de 1826 (que se tornara ineficaz), estabelecendo o direito da Inglaterra apreender na costa e em portos brasileiros, “não somente os navios que tivessem escravos a bordo, mas também aqueles que encontrasse armados e equipados para o tráfico.” (ANAIS-CD, 15 jul.1850, v.II, p.202).

²³A crescente repressão inglesa ao tráfico, agravada pelo episódio de Paranaguá, rendeu uma concorrida sessão na câmara dos deputados em 15 de julho de 1850, presente o ministro das relações exteriores, Antonio Paulino Limpo de Abreu (Cf. ANAIS-CD, 15 jul.1850, v.II, p.192-208).

²⁴O Senado do Império funcionava do Palácio do Conde dos Arcos. A sessão legislativa de 1850 teve início em 3 de maio e seria concluída em 11 de setembro.

²⁵CARNEIRO (1954, p. 85-86) atribui a iniciativa da emenda no Senado, equivocadamente, a *João Baptista de Oliveira*, Barão de Aguapeí. Ressalva dificuldades para a identificação do personagem, que apresenta como irmão do próprio *Candido*, senador pelo Ceará.

²⁶A nova província estabeleceria impostos sobre os animais no registro do Rio Negro pela Lei Provincial nº 4, de 1º de agosto de 1854. O produto seria aplicado “às obras das estradas que se dirigem da extrema-norte dessa província às do Rio Grande do Sul e Santa Catarina, e bem assim às mais estradas que não tiverem renda própria”. (O DEZENOVE DE DEZEMBRO, n.19, 05 ago.1854, p.2-3).

²⁷ *Carneiro Leão* seria agraciado posteriormente com o título de Visconde e, mais tarde, Marquês de Paraná.

²⁸ A emenda original do senador *Baptista de Oliveira* não dava nome à província. No projeto de 1843, a denominação fora *Província de Curitiba*.

²⁹A representação só chegaria ao Senado depois de aprovada a matéria, no início de 1851.

³⁰*Treaty for the Free Navigation of the Rivers Parana and Uruguay Between the United States and Argentina; July 10, 1853*. Disponível em <<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/diplomcy/argentina/argen01.htm>>. Acesso em 16 jan.2004.

³¹*Treaty of friendship, commerce, and navigation between the Governments of the United States of North America and of the Republic of Paraguay; March 4th, 1853 (JOURNAL OF SENATE, Dec 20, 1853, p.180)*.

³² Em sua primeira mensagem ao Congresso, em 5 de dezembro de 1853, o presidente dos Estados Unidos, Franklin Pierce, declarava-se contente com a assinatura desses tratados, apesar da resistência ainda oposta pelo Brasil com relação à navegação dos rios dentro dos seus territórios (*JOURNAL OF THE HOUSE, Dec 6, 1853, p.24*). Posição brasileira, exposta em reunião do Conselho de Estado: “Não era possível evitar que as províncias Argentinas concedessem aos Estados Unidos, à Inglaterra, e à França a navegação do Paraná. [...] Tendo de ser concedida a navegação aos Estados Unidos, à França e à Inglaterra, o que nos convém é que ela seja restrita a certos pontos, os mais próximos quanto for possível da embocadura do Rio da Prata [...]” (ATAS-CE 1º abr.1854, v.IV, p. 186).

³³ Em Curitiba, os liberais teriam sido obrigados pelas milícias a retirar-se das eleições de 1850, quando perderam o controle da Câmara Municipal que até então mantinham. Em 1852, na vila de São José dos Pinhais, um confronto entre a milícia e

eleitores resultou na morte de sete pessoas, sendo seis da oposição liberal. (ANAIS-CD, 10 ago.1853, v.IV, p.142).

³⁴ Compunha-se a Câmara, em 1853, de 112 deputados. As maiores bancadas eram as de Minas, com 20 deputados; Bahia, 14; Pernambuco, 13, Rio de Janeiro, 10 e São Paulo, 9.

³⁵Não havia primeira discussão para projetos vindos do Senado: “Art. 142. Os projetos de Lei, que vierem da Câmara dos Senadores, e o Projeto de Lei do Orçamento, terão somente duas discussões, que corresponderão à 2ª e 3ª. Quando se discutir o 1º artigo, poder-se-á falar em geral sobre a utilidade, ou a inconveniência do projeto.” (CÂMARA-REGIMENTO, 1857, p. 25-26)

³⁶Mais tarde Barão do Serro Frio.

³⁷No Senado, Zacarias fora alvo, nas sessões de 25 e 26 de julho, das baterias do controvertido senador liberal *D. Manuel* de Assis Mascarenhas, que, responsabilizava o ministro da Marinha pela morte de três tripulantes, um deles oficial, e causar prejuízo de 400.000\$ pela perda de um dos mais importantes navios da Marinha, o *Affonso*, entregue a oficial sem a patente requerida para o comando. Alude à má sorte do ministro, recomendando: “se essa estrela continuar, é melhor que S. Exa. se retire antes que dê cabo de todos os vasos da armada.” (ANAIS-SENADO 25 e 26 jul. 1853, v.1, p.445-450, 460).

³⁸Os anais não registram a votação deste requerimento, embora apoiado..

³⁹ O deputado, que em 1843 defendera o projeto até a derrubada da emenda anexando a região do Sapucaí, combate o projeto, mas alega votar a favor.

⁴⁰Trata-se da vaga aberta no Senado em virtude do falecimento, em 26 de junho, do senador liberal por São Paulo, monsenhor João José da Vieira Rmalho, do partido liberal (ANAIS-SENADO 19 jul.1853. V.1 p.413). Eleito no ano anterior, Rmalho cumprira poucos meses do mandato. É eleito para a nova vaga de senador o então deputado José Manoel da *Fonseca*, do partido conservador, que assumiria o mandato em 28 de junho de 1854.

⁴¹BELOTO (1990, p.88) abona tal interpretação: “A Estratégia elaborada pelo Império consistia em dominar os liberais na Comarca, obtendo a maioria na Assembléia Provincial da nova Província do Paraná, além de um senador e mais um deputado para o Partido Conservador na assembléia Geral.”

⁴²PILOTTO (1953b, p. 20; 1953b, p. 11), identifica equivocadamente como autor desta emenda o deputado *Pacheco Jordão*.

⁴³Referência à regra geral da Constituição de 1824. A representação no senado é regulada pelos arts. 41 e 42: “Art. 41 - Cada província dará tantos senadores quantos forem metade dos seus respecti-

vos deputados, com a diferença que, quando o número dos deputados da província for ímpar, o dos seus senadores será metade do número imediatamente menor, de maneira que a província que houver de dar onze deputados, dará cinco senadores; Art. 42 – A província que tiver um só deputado elegerá todavia, o seu senador, não obstante a regra acima estabelecida.”

⁴⁴A organização da Igreja era assunto de Estado. A religião católica era a oficial do Império (Art. 5^o da Constituição de 1824).

⁴⁵Em 1852, já faziam parte da Comarca de Itapetininga (Cf. MOREIRA, 1974, p. 12).

⁴⁶Recenseamento mandado fazer em 1854 pelo primeiro presidente da Província do Paraná, Zacarias de Góes e Vasconcelos, mostraria uma população de 62.258 habitantes (MOREIRA, 1974, p. 18).

⁴⁷*Cruz Machado* chega a especificar a localização dos engenhos, mencionando 47 em Antonina e Morretes, os quais certamente não seriam de cana, mas de erva-mate. Sobre a economia do mate, ver TREVISAN, 1998.

⁴⁸Os de arroz estariam principalmente em Iguaçu e Cananéia, não pertencendo mais à comarca.

⁴⁹Sobre o orçamento executado, informa CARNEIRO (1994, p. 66): “No relatório de 15 de julho de 1854 [Zacarias] mostrava uma receita provincial de 27 contos de réis [...] o que era insuficiente para atender às despesas gerais. Daí o déficit de 38 contos [...] que constituiu o maior entrave inicial ao seu governo. [...] Da administração, ao mesmo tempo escrupulosa e equilibrada, resultou que, já no relatório de 8 de fevereiro de 1855, a situação financeira evidenciava melhora considerável. Uma receita de 191 contos, despesa de 112, faziam prever saldo real de 79 contos [...]”.

⁵⁰Trata-se do rio Iguaçu.

⁵¹Com a emancipação, o Paraná herda de São Paulo a disputa de terras com Santa Catarina, a chamada “questão do contestado”, que, mesclada com messianismo, problemas fundiários e sociais, só seria resolvida em 1916, após sangrentos conflitos.

⁵²Refere-se ao conflito ocorrido nas eleições de 1852. Ver nota 33.

⁵³O primeiro senador eleito pela Província foi João da Silva Machado, então Barão de Antonina, o mesmo que negociara a não adesão da Comarca de Curitiba à revolução liberal de Sorocaba em 1842).

Referências

ANAIS [da] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Rio de Janeiro. [1861,1876,1878, 1880,1882] (sessões legislativas de 1843, 1848, 1850, 1851 e 1853).

ANAIS [do] SENADO do Império do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1978. (Sessões legislativas de 1848, 1850 e 1853).

ATAS [do] CONSELHO DE ESTADO. Brasília: Senado Federal. v. III, IV. 1978.

BALHANA, Altiva Pilatti, Machado, Brasil Pinheiro e Westphalen, Cecília Maria. *História do Paraná*. Curitiba: Grafipar, 1969. p.100-109.

BELOTO, Divonzir Lopes. *O Paraná e a Emancipação Conservadora*. Dissertação de Mestrado em Economia. São Paulo: PUC-SP.1990. p.55-90.

BETHEL, Leslie. *A Abolição do Comércio Brasileiro de Escravos*. Brasília. Senado Federal. 2002. p. 371-390; 443-444.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. CEDI - Centro de Documentação e informação, Seção de Documentos Históricos. (docs. divs, 1842-1853)

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro; Typographia Nacional, 1857, 40 p.

CARNEIRO, David. *História da Emancipação do Paraná*. Curitiba: Instituto de Pesquisas Históricas e Arqueológicas, 195. p.10-93.

JOURNAL [OF THE EXECUTIVE PROCEEDINGS] OF THE SENATE of the United States of America, 1852-1855. TUESDAY, December 20, 1853. Disponível em : <<http://lcweb2.loc.gov/ammem/ammemhome.html>>. Acesso em: 21 dez..2003.

JOURNAL OF THE HOUSE of Representatives of the United States, 1853-1854. Tuesday, December 6, 1853. Disponível em:<<http://lcweb2.loc.gov/ammem/ammemhome.html>>. Acesso em : 21 dez.2003.

MARTINS, Romário. *História do Paraná*. [São Paulo?]:Rumo. 1939. p.386-401.

MOREIRA, Júlio. *Instalação e Organização do Governo Provincial do Paraná*. IN: Boletim do Instituto Histórico, Geográfico e Etnográfico Paranaense, n.22. p.9-50, Curitiba: IHGEP,1974.

O DEZENOVE DE DEZEMBRO. Curitiba: Typographia de Candido Martins Lopes. n.1 a 53, 1854-1855.

PILOTTO, Osvaldo. *A Criação da Província do Paraná: Propaganda pública, movimento político, ação legislativa*. Curitiba: Comissão de Comemorações do Centenário do Paraná, 1953[a]. 24p.

PILOTTO, Osvaldo. *Sinopse Histórica do Paraná*. IN: 1.^o Centenário da Emancipação Política do Paraná.. Curitiba: Ed. Governo do Estado. p.4-13 ,1953[b].

SENADO DO IMPÉRIO DO BRASIL. *Regimento Interno do Senado*. Rio de Janeiro; Typographia Nacional, 1883, 168p.

SENADO FEDERAL. Subsecretaria de *Arquivo*. (docs. divs. 1848-1851).

TREVISAN, Edilberto. *Quando a Província Nasceu*. Influência do ciclo ervateiro de Morretes e Porto de Cima. Curitiba: Vicentina. 1998, 220p.

WESTPHALEN, Cecilia Maria. *Política Paranaense do Século XIX*. IN: Revista Paranaense de Desenvolvimento. p.51-63,jan/abr.1996

A importância dos tratados e o ordenamento jurídico brasileiro

Celso Antonio Martins Menezes

Sumário

1. Introdução; 2. Surgimento e Evolução dos Tratados; 3. Direito das gentes e direito dos tratados; 4. Fontes do direito internacional; 4.1. Fontes codificadas; 4.1.1. Fontes imediatas; 4.1.2. Fontes mediatas; 4.2. Fontes não codificadas; 5. Sujeitos de direito internacional e personalidade jurídica; 6. Organizações Internacionais; 7. O tratado e a obrigatoriedade de cumprimento; 7.1. A questão dos conflitos internos; 7.2. A palavra de alguns doutrinadores; 7.3. Preceitos constitucionais de alguns países; 8. Os tratados e os conflitos gerados no ordenamento jurídico brasileiro; 8.1. Normas internas e externas: a questão da supremacia; 8.2. Propostas de regulamentação interna dos tratados; 9. Conclusão; 10. Notas; 11. Referências.

*"[...] the treaty is like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back."*¹

Lord Denning
(In: Revista de Informação Legislativa,
nº 159, julho-setembro/2003.)

Celso Antonio Martins Menezes é Analista de Sistemas. Servidor do Senado Federal desde 1983 e Assessor do Diretor-Geral do Senado Federal.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. JORGE LUIZ FONTOURA NOGUEIRA.

1. Introdução

A abordagem do tema “A importância dos tratados e o ordenamento jurídico brasileiro” tem duas vertentes principais: a primeira está em apresentar a importância dos tratados, com a demonstração de como esse instrumento se tornou uma das principais fontes do Direito Internacional; a segunda, na verificação da sua influência no ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação à primeira vertente, não haverá a preocupação de provar com novos indícios o que é consagrado pelas relações internacionais e pelos doutrinadores. Aqui serão apresentados aspectos como seu surgimento e utilidade, sua evolução, suas fontes e os sujeitos capacitados para firmar os compromissos oriundos desse instituto, entre outros temas correlatos.

Na segunda vertente, não menos importante que a primeira, serão discutidos os efeitos que os tratados podem produzir no ordenamento jurídico brasileiro. E, analisadas as relações de supremacia do direito internacional e de subordinação do direito interno, verificado se essas relações realmente existem, e se existem, quem são seus defensores e quais os conflitos daí originados.

Bem verdade que as relações exteriores de um Estado têm sempre procedimentos formais e complexos, o que desautoriza o presente estudo a arriscar pensamentos levementes e de pouca contribuição. Portanto, serão abordados apenas tópicos necessários que contribuam para melhor entendimento da matéria.

Por fim, observando a citação de Lord Denning, utilizada na epígrafe, em proverbial julgamento na justiça britânica (caso *H. P. Balmer Ltda. versus Bollinger S. A.*, 1974), a força criadora da norma internacional se insere de forma definitiva nos ordenamentos jurídicos nacionais, de modo mais abrangente do que se possa imaginar em princípio.

2. Surgimento e Evolução dos Tratados

Os tratados, há muito, se apresentam como um expediente importantíssimo para as relações entre Estados, visando acomodar os mais variados interesses, sejam mercantis, bélicos, humanitários, culturais, ecológicos ou mesmo cooperação de toda ordem.

A comunidade internacional recorre a esse instituto para formalizar acordos, solucionar conflitos, firmar convênios e principalmente proteger a humanidade das ações que atentem contra a sua dignidade.

O primeiro registro da celebração de um tratado data do período situado entre 1280 e 1272 a.C. É o que se refere à paz entre Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIX^a dinastia. Esse tratado pôs fim à guerra nas terras sírias.

Mas foi com o comércio marítimo que se apresentaram as primeiras regras laicas que versavam sobre a proteção do comércio e dos cidadãos. Com elas, percebe-se que vai tomando forma uma outra vertente de interesses comuns. Agora impera a ordem econômica, propugnando não a conquista de territórios, no sentido restrito, mas o fortalecimento das nações por meio da produção e venda de bens. A derrocada do sistema feudal e a conseqüente formação de sistemas organizacionais maiores, fizeram surgir a noção de Estado, o que proporcionou aos povos o sentimento de unidade e a necessidade de uma organização menos rudimentar. O povo passa a se organizar em torno de uma autoridade suprema e em processo de consolidação, o Estado.

A ele são delegadas as atribuições e competências originárias da vontade do seu povo, dentre elas a prerrogativa de representá-lo no exterior e, por conseguinte, celebrar tratados.

A partir do Tratado de Westfália, de 1648, que celebrou a paz entre o império Romano-Germânico e os Reinos da França e da Suécia, percebe-se na Europa uma nova ordem estatal baseada no princípio da soberania dos Estados e na evolução da regras que norteiam os confrontos armados, quando estes existirem.

Até meados do século XIX, o uso de tratados era tímido, servindo basicamente para questões de alta política e de relações comerciais; no entanto, com a evolução das relações entre os Estados, os tratados passam a estabelecer alianças ou tréguas, celebrar a paz, normatizar a navegação e as relações comerciais ou solucionar litígios.

Atualmente, o seu uso é ilimitado, podendo-se afirmar não existir assunto que possa fugir à sua regulamentação. Enver-

dando por várias áreas do Direito, vejamos alguns exemplos: no Direito Constitucional existem tratados sobre direitos civis e políticos e proteção aos direitos humanos, entre outros; no campo do Direito Civil, destaca-se o direito do autor e a proteção de obras literárias; no Direito Penal, encontra-se a repressão ao tráfico de entorpecentes e a extradição; no Direito Tributário e Financeiro, verificamos as medidas para evitar a bitributação; no Direito Administrativo, pode-se citar a regulamentação dos correios e telecomunicações e a cooperação tecnológica e científica.

3. Direito das gentes e direito dos tratados

O jurista Hugo Grotius (1583-1645), teoriza que o Direito Internacional derivava do “direito das gentes”, originado no consentimento e na vontade dos povos. Ele discorreu sobre vários temas e formulou os princípios do Direito Internacional. Outro que influenciou o Direito Internacional foi o filósofo alemão Immanuel Kant (1724-1804). Suas idéias e obras tiveram papel importante por ocasião da fundação da Liga das Nações (Tratado de Versalhes, 1919) e da criação da Organização das Nações Unidas, em 1945.

Outros dois fatos contribuíram decisivamente para que a vontade do povo tomasse assento nas discussões internacionais, com a declaração de independência dos Estados Unidos da América (1776), que proclamou o direito dos povos de dispor de si mesmos, e a Revolução Francesa (1789), que se fundamentou no livre consentimento do povo.

A partir do final do século XIX, essa discussão passa a ter forma mais definida, quando surge um cenário internacional mais propício ao desenvolvimento conceitual e institucional do direito dos tratados, formando um acervo normativo mais amplo. Essa evolução deveu-se à multiplicação dos regimes republicanos e à constitucionalização das monarquias. E com a de-

mocratização das nações, as ações jurídicas, tanto internas quanto externas, expressam uma interdependência maior, valorizando sobremaneira o direito internacional.

Historicamente, pode-se afirmar que o continente americano teve uma participação muito importante para regulamentar internacionalmente o Direito dos Tratados, quando por ocasião da Sexta Convenção Internacional Americana, realizada em Havana, 1928, foi celebrada uma Convenção sobre Tratados, contendo 21 artigos. Esta Convenção foi ratificada por oito Estados, entre eles o Brasil.

Em 1966, a Organização das Nações Unidas (ONU) submeteu à consideração da Assembléia Geral um “Projeto de Artigos sobre o Direito dos Tratados”. Essa iniciativa deu origem à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, com 85 artigos e 1 anexo. O artigo 1º possibilita, formalmente, a celebração de tratados entre Estados e o artigo 2º define o tratado como sendo “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional”.

Observa-se nesses dois artigos o reconhecimento do Estado como ator principal diante da possibilidade de celebração de tratados, pois este é tido como sujeito de direito internacional por excelência. No entanto, verificar-se-á mais à frente que existem outros sujeitos de direito internacional capazes de celebrar tratados e/ou acordos.

4. Fontes do direito internacional

Observa-se nos ordenamentos jurídicos nacionais que a aplicação de determinada legislação não representa maiores problemas, pois quase sempre, esta se fundamenta nos anseios de sua população ou no interesse do Estado em normatizar algum assunto. Já no direito internacional, por não existir um organismo legislador responsável pela criação de leis que sejam reconhecidas imediatamente pela comunidade inter-

nacional, e onde muito menos existe um judiciário comum que imponha sanção ao seu descumprimento, a tarefa de aplicar regras internacionais torna-se complexa.

Reconhecidamente um dos dispositivos mais respeitados pelas nações, está insculpido no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que em seu artigo 38 estabelece algumas fontes do direito internacional, *in verbis*:

Art. 38 – 1 A Corte, cuja função é decidir conforme o Direito Internacional as controvérsias a elas submetidas, aplicará:

a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabelecem regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

b) o costume internacional como prova de uma prática geral aceita como o direito;

c) os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;

d) sob ressalva disposta no art. 59, as decisões judiciais e as doutrinas dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das diversas regras de direito.

2 – A presente disposição não prejudica a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes.

Para melhor entendimento desse artigo, a doutrina costuma dividir as fontes em codificadas (imediatas e mediatas) e não codificadas.

São *fontes codificadas imediatas* as que correspondem aos tratados, costumes e princípios gerais de direito, e *fontes codificadas mediatas* as que correspondem à doutrina, jurisprudência, analogia e equidade.

Por outro lado, as *fontes não codificadas* são representadas pelos atos das organizações internacionais, pelos atos unilaterais dos Estados e pela existência de normas de *jus cogens*.

4.1. Fontes codificadas

4.1.1. Fontes imediatas

Tratado – Para Francisco Rezek (2000, p. 14), “Tratado é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.” É parte fundamental do Direito Internacional Público;

Costume – De acordo com o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a norma jurídica costumeira resulta de uma prática geral aceita como sendo o direito. O costume possui um elemento material e um elemento subjetivo. O primeiro, é identificado pela repetição de um procedimento, podendo ser uma ação ou omissão, realizada por pessoas jurídicas de Direito Internacional Público. O segundo consiste em, sendo o procedimento repetido, verificar-se a necessidade de que a prática seja determinada pela *opinio juris*, ou seja, deve haver a convicção de que o procedimento é correto, justo e jurídico. Desse entendimento depreende-se que o elemento material do costume seria a prática, a repetição, de um certo modo de proceder, e teria no seu elemento subjetivo a convicção de que assim se procede por ser necessário, justo e dessa forma jurídico;

Princípios gerais do direito – Entre os princípios, encontramos o *pacta sunt servanda*, que traz consigo a idéia de que o pactuado vincula as partes. Temos, também, o princípio da solução pacífica de litígios entre Estados, o da autodeterminação dos povos, o da coexistência pacífica, o do desarmamento, o da proibição da propaganda de guerra, a proibição do abuso de direito, a regra do respeito à coisa julgada e outros.

4.1.2. Fontes mediatas

Doutrina – Foi parte fundamental na elaboração do Direito Internacional, e as lições doutrinárias são o meio pelo qual pode-se apurar quais normas do direito consuetudinário estão em vigor;

Jurisprudência – Temos nas decisões judiciais referidas pelo Estatuto da Corte da

Haia as componentes da jurisprudência internacional. Desta forma, o conjunto das decisões arbitrais e judiciais, e ainda os pareceres proferidos pela referida Corte, formam a jurisprudência reguladora do convívio internacional;

Analogia e equidade – A analogia e a equidade – métodos de raciocínio jurídico – são utilizadas quando não existe a norma, ou quando nenhuma norma se aplica ao caso concreto. A analogia consiste em fazer valer, para determinada situação, a norma jurídica concebida para aplicar-se a uma situação semelhante. É importante ressaltar que seu uso encontra limitações na aplicação internacional. Já a equidade “pode operar tanto na hipótese de insuficiência da norma de Direito positivo aplicável quanto naquela em que a norma, embora bastante, traz ao caso concreto uma solução inaceitável pelo senso de justiça do intérprete. Assim, decide-se à luz de normas outras que preencham o vazio eventual, ou que tomem o lugar da regra estimada iníqua ante a singularidade da espécie”²

4.2. Fontes não codificadas

Atos das organizações internacionais – Após a Segunda Guerra Mundial, as organizações internacionais cresceram em importância no cenário mundial. Amparadas pela vontade dos Estados que as constituíram, formulam Convenções, Resoluções e Atos, como será visto mais à frente;

Atos unilaterais dos Estados – O artigo 38 do Estatuto acima citado não se refere aos atos unilaterais como fontes do direito internacional, mas, segundo Francisco Rezek (2000, p. 139/140), “Não há, efetivamente, em tais atos qualquer aspecto normativo, marcado por um mínimo de abstração e generalidade. É óbvio, entretanto, que esses atos produzem conseqüências jurídicas – criando, eventualmente, obrigações –, tanto quanto as produzem a ratificação de um tratado, a adesão ou a denúncia”;

Jus cogens – As normas de *jus cogens* estão presentes nos artigos 53 e 64 da Con-

venção de Viena sobre os Direitos dos Tratados. Elas são tidas como universais e devem ser aceitas pelos Estados, pois exprimem convicções comuns irrenunciáveis. Elas são evolutivas, pois admite-se a substituição das normas atualmente existentes por outras, desde que estas tenham a mesma natureza.

5. Sujeitos de direito internacional e personalidade jurídica

A contemporaneidade tem proporcionado o surgimento de novas entidades no cenário internacional. São novos sujeitos de direito internacional que participam ativamente de um rol de atividades internacionais.

Mas para se ter capacidade jurídica é necessário o preenchimento de alguns requisitos, além da análise da natureza da entidade. Isso é determinado por um exame da personalidade jurídica que envolve a análise de certos conceitos, como a capacidade e a competência jurídica e a extensão dos direitos e obrigações. Essa análise se verifica em cada ordenamento jurídico, que determinará as entidades passíveis de serem detentoras de personalidade, sua natureza e definição, e ainda, aceitação na comunidade internacional.

Atualmente pode-se afirmar que além das organizações internacionais governativas, a Soberana Ordem de Malta, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha e a Santa Sé são sujeitos de direito internacional.

6. Organizações Internacionais

A idéia de criação das organizações internacionais surgiu em “reação à I Guerra Mundial (1914-1918), com a preocupação de adaptar o sistema internacional às exigências do direito e da justiça”.³ Por iniciativa do então presidente norte-americano Woodrow Wilson foram apresentados os princípios que deram origem à Liga das Nações, com o objetivo de restabelecer a ordem, tornar estável o sistema internacional e garantir a paz.

Mas é com o advento da II Guerra Mundial que é criada a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, com o objetivo de manter a paz e a segurança internacional, podendo intervir para restaurar a paz e para prevenir conflitos. Neste contexto, surgem também a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com a proposta de proteção internacional aos trabalhadores; a Organização Mundial de Saúde (OMS), objetivando o alcance do mais alto grau de saúde para os povos; a Organização das Nações Unidas para a Educação e Cultura (UNESCO), contribuindo para a paz por meio da educação, ciência e cultura.

Houve, ainda, a preocupação de se criar outras instituições que atuassem em diversas áreas e que possibilitassem as relações comerciais e de finanças internacionais. Daí o surgimento do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Mundial, e o GATT, para promover o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, que foi precursor da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Todas as organizações internacionais surgiram de acordo com a vontade de determinado número de Estados, por meio de um tratado contendo objetivos definidos para sua atuação. Vê-se que o fato de essas organizações serem signatárias dos respectivos Estados-membros está intrinsecamente relacionado com os seus atos constitutivos e os objetivos que estes lhes conferiram.

Pode-se afirmar que o surgimento de tais organizações vem em oposição à idéia de Estado soberano, com a finalidade de promover a aproximação de posições entre os países membros; adoção de normas comuns de comportamento desses países; previsão de ação operacional em casos de urgência na solução de crises de âmbito nacional ou internacional, originadas de catástrofe naturais, conflitos internacionais, guerra civil e pesquisas conjuntas em áreas específicas de interesse dos Estados partes; prestação de serviços, principalmente de cooperação econômica, entre outros objetivos.

Existem, ainda, vários organismos criados por países de uma mesma região com a finalidade de promoverem intercâmbio e relações comerciais de interesses comuns. É o caso da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) e do Mercado Comum do Cone Sul (Mercosul).

Finalmente, as Organizações Não Governamentais (ONGs) não são consideradas sujeitos de direito internacional e não possuem o privilégio de celebrarem tratados por não possuírem designação para este fim. No entanto, têm conquistado cada vez mais importância e respeito da opinião pública internacional, promovendo debates sobre temas de interesse mundial e fazendo pressão sobre Estados e organismos internacionais nas questões importantes para a humanidade.

7. O tratado e a obrigatoriedade de cumprimento

Os tratados quase sempre são negociados pelos agentes diplomáticos que assistem aos seus Chefes de Estado e só se tornam obrigatórios após sua ratificação, que acontece, normalmente, quando se encerra a apreciação do Poder Legislativo de um determinado Estado.

A necessidade de submeter o tratado à apreciação do Poder Legislativo situa-se na idéia de que o povo é detentor da soberania, que delega, por sua vontade, ao legislativo nacional. Os tratados são tão importantes quanto as leis, pois obrigam o Estado ao seu cumprimento e, por conseqüência, obrigam os cidadãos.

Neste sentido, pode-se afirmar que a subordinação ao tratado advém do acatamento deste pelos Estados que o ratificaram e fundamentado no *pacta sunt servanda*, em virtude do qual o Estado deve cumprir as obrigações dele decorrentes, sob pena de responder na esfera internacional pela quebra do que fora firmado.

A obrigação de cumprimento do contrato tem assento na Convenção de Viena, que

preceitua em seu art. 26 que “Todo tratado em vigor obriga às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé. (*pacta sunt servanda*).” E no seu art. 27 estabelece que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”⁴

Deve-se atentar para o fato de que o cumprimento de um tratado por parte do Estado que o ratificou, ou que a ele aderiu, dura enquanto o tratado estiver em vigor no cenário internacional.

Recorre-se, ainda, a dois outros preceitos para reafirmar a obrigatoriedade em dar cumprimento ao que foi acordado por meio do tratado. O primeiro consta do preâmbulo da Carta das Nações Unidas, que estabelece: “(...) o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional”. O segundo, vinculado à Carta das Organizações dos Estados Americanos, traz nas alíneas *a* e *b* do artigo 3^o as seguintes normas:

- a) o direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas;
- b) a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional.

Por conseguinte, o Estado vinculado a um tratado deve cumprir as obrigações dele resultantes, fazendo observar, na esfera de sua jurisdição, as normas respectivas, sob pena de responsabilidade no âmbito internacional.

7.1. A questão dos conflitos internos

A obrigatoriedade do cumprimento de um tratado tem gerado prolongadas discussões quando este atinge de qualquer forma as normas internas dos Estados. Isso dificulta a absorção das determinações internacionais, por causar divergências dentro

da jurisdição dos países contratantes, quer seja por parte do órgão legislador, quer seja por parte do judiciário nacional. Torna-se, ainda, uma discussão mais apaixonada quando de alguma forma penetra na questão de soberania, trazendo consigo aspectos de conflito entre as normas internacionais e as nacionais.

Neste caso, qual das duas deverá prevalecer? Esta é uma pergunta que tem gerado grandes divergências entre os doutrinadores, mas antes de apresentar seus pensamentos, torna-se necessário comentar as seguintes teorias que tratam do tema, são elas: o Dualismo e o Monismo com primazia do direito Interno, e o Monismo com primazia do Direito Internacional.

Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 109) destaca Carl Heinrich Triepel, em 1899, como sendo o primeiro estudioso da matéria. Ele discorre sobre a teoria dualista partindo do princípio de que não existe possível conflito entre essas duas normas. Declara sua independência dizendo não existir entre elas nenhuma área comum e que lhes é possível apresentarem-se como tangentes, mas nunca como secantes.

O Monismo com primazia do Direito Interno foi adotado por autores nazistas e algumas vezes por autores soviéticos. Essa teoria parte do princípio de que os Estados são absolutamente soberanos. Não estão sujeitos a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. Essa teoria recebe muitas críticas. A mais importante de todas é que ela nega a existência do próprio Direito Internacional como um direito autônomo, independente. Ela o reduz a um simples direito estatal.

O Monismo com Primazia do Direito Internacional foi fundado na escola de Viena e teve em Hans Kelsen um de seus maiores estudiosos. Os monistas que atribuem primazia ao direito internacional “voltam-se para a perspectiva ideal de que se instaure um dia a ordem única, e denunciam, desde logo, à luz da realidade, o erro da idéia de que o Estado soberano tenha podido outro-

ra, ou possa hoje, sobreviver numa situação de hostilidade ou indiferença frente ao conjunto de princípios e normas que compõem o direito das gentes” (REZEK, 2000, p. 5).

Como se pode extrair das teorias acima, a questão parece se resumir na prevalência da concepção monista ou da dualista em relação às ordens jurídicas. Para a teoria monista não há independência, mas interdependência entre a ordem jurídica internacional e a nacional, razão por que a ratificação do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna. Para a teoria dualista, as duas ordens jurídicas – internacional e nacional – são independentes e não se misturam. A ratificação do tratado importa no compromisso de legislar na conformidade do Estado na esfera internacional; mas a complementação ou modificação do sistema jurídico interno exige um ato formal por parte do legislador nacional.

7.2. A palavra de alguns doutrinadores

Os pensamentos que serão apresentados objetivam apenas remeter a um debate teórico sobre o assunto em discussão, sem, contudo, indicar prevalência deste ou daquele doutrinador. No entanto, observa-se que a maior parte deles adota o pensamento kelseniano – é assim com Haroldo Valladão, Marotta Rangel e Celso de Albuquerque Mello.

Haroldo Valladão (1980, p. 53), assevera a “realidade da organização jurídica da humanidade, como fonte original, objetiva e única decorrendo ou do renascido direito natural ou da imperiosidade da vida social”. Para Marotta Rangel (1967, p. 54/55), “a superioridade do tratado em relação às normas do Direito Interno é consagrada pela jurisprudência internacional”. E prossegue: “A solução ideal e desejada é a da harmonização das ordens jurídicas de cada Estado com a ordem jurídica internacional. A tendência de várias constituições contemporâneas é a de concorrer para essa harmonização. Fortalece essa tendência admitir que os

tratados, tão logo sejam regularmente concluídos e produzam efeitos na ordem internacional, passem imediata e automaticamente a produzi-los na ordem interna dos Estados contratantes”.

Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 115), acentua que “a jurisprudência internacional tem sido unânime em consagrar a primazia do Direito Internacional”. Isso se deve ao fato de que um Estado possa ofender normas de direito internacional com base exclusiva no seu ordenamento interno.

Francisco Rezek (2000, p. 102/103), lembra que “o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é ainda hoje uma proposição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica”.

7.3. Preceitos constitucionais de alguns países

De início, deve-se observar que a teoria monista está consagrada pelo direito interno de muitos países. Entre eles se destacam: Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Estados Unidos da América, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Itália, Luxemburgo, Portugal, Suécia, Suíça, países africanos de idioma francês e diversos Estados latino-americanos, entre eles Argentina e Brasil. Entre os partidários da concepção dualista, encontram-se o Reino Unido da Grã-Bretanha, a Austrália e o Canadá.⁵

A Constituição francesa afirma a integração automática do tratado ratificado no seu direito interno, colocando-o, acima da lei, na hierarquia das fontes formais de direito, preceituando no seu art. 58 que “uma vez que os tratados diplomáticos regularmente ratificados possuem uma autoridade superior às das leis internas, suas disposições só podem ser ab-rogadas, modificadas ou suspensas após uma denúncia regular, notificada por via diplomática.”

A Constituição portuguesa, promulgada em 2 de abril de 1976, consagra a teoria monista, ao prever em seu art. 8º, dedicado ao Direito Internacional que “As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.”

Igualmente a Constituição espanhola esclarece que a partir da publicação oficial do tratado, este passa a fazer parte do ordenamento jurídico interno, e que suas disposições “só poderão ser derogadas, modificadas ou suspensas na forma prevista nos próprios tratados ou de acordo com as normas gerais do Direito Internacional”. A Constituição italiana prevê que “o ordenamento jurídico italiano ajusta-se às normas do direito internacional”. A Constituição holandesa trata do tema estabelecendo que “As disposições dos tratados que impõem obrigações aos particulares têm força de lei desde a sua publicação”.

Na Alemanha, a Constituição estabelece que a ratificação dos tratados atinentes a questões da competência da legislação federal depende da prévia aprovação dos órgãos legislativos, mediante lei federal (art. 59, § 2º), não se exigindo que o tratado, por essa forma aprovado, seja objeto de nova lei para ser incorporado ao direito positivo nacional. A Constituição austríaca estabelece que, uma vez que o tratado seja ratificado após sua aprovação pelo Conselho Federal, torna-se obrigatório no direito interno.

A Constituição dos Estados Unidos da América equipara os tratados às leis federais, atribuindo-lhes a característica de *supreme law of the land* (art. VI). Desde que sejam aprovados pelo Senado Federal, por maioria de dois terços de votos (art. II, n. 2), suas normas se incorporam à legislação nacional.

Entre os países latino-americanos, verifica-se na Argentina que a Constituição atribui aos tratados “hierarquia superior às leis”. No Uruguai, a ratificação do tratado precisa de aprovação por ato legislativo e

tem efeitos internos diretos e imediatos, sem necessidade de qualquer outro ato legislativo posterior.

O Brasil, por tradição constitucional, tem adotado a teoria monista. A Constituição de 1988 preceitua que após a ratificação do tratado, e a partir do momento em que este vigore no âmbito internacional, o mesmo se incorpora ao direito interno brasileiro, ou mais precisamente, sendo ele uma norma *self-executing* e já estando em vigor no plano internacional, pode alterar ou revogar o direito interno.

8. Os tratados e os conflitos gerados no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a celebração de tratados está determinada no art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal em vigor, que estabelece competir privativamente ao Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

O Congresso Nacional, por sua vez, tem a atribuição de autorizar, ou não, a ratificação do tratado por parte do Poder Executivo, mas nunca de modificar os termos pactuados. Essa atribuição está prevista no art. 49, inciso I, da Constituição, que dispõe ser da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

A espécie legislativa responsável pela tramitação e apreciação do tratado no Congresso Nacional é o Decreto Legislativo, que tem hierarquia de lei. Este será promulgado pelo presidente do Senado Federal.

Após sua aprovação, ele será ratificado pelo chefe do Poder Executivo por meio da troca ou depósito de um instrumento de ratificação junto ao país depositário. Para que o tratado tenha sua execução no plano interno, é necessária sua publicação.

Este procedimento é condição primordial para que o tratado tenha eficácia jurídica

no território nacional. A exigência da publicidade está revelada no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, que prevê que a lei, e aí inserido o tratado normativo, só vige entre nós “depois de oficialmente publicada”, ou seja, depois de divulgado o texto da convenção, em português, no Diário Oficial da União, com a data da sua ratificação e da sua vigência. Para Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 229), “A publicação é condição essencial para o tratado ser aplicado no âmbito interno”.

Esse desenrolar burocrático em torno do tratado é chamado de *processo completo*, que compreende as etapas da negociação, assinatura, mensagem ao Congresso, aprovação parlamentar, ratificação, promulgação e publicação. Mas existe um outro processo chamado de *abreviado*, que compreende as etapas de negociação, assinatura ou troca de notas e publicação.

Cachapuz de Medeiros (2002, p. 81), ensina que “o processo abreviado é o seguido pelos chamados acordos em forma simplificada, cuja admissibilidade é sustentada por parte da doutrina jurídica nacional desde a vigência da Constituição de 1946”. Essa forma foi mantida na Constituição de 1988 e aceita pelo Congresso Nacional, principalmente porque as matérias arroladas nesse tipo de processo se referem quase sempre a ajustes complementares a tratados preexistentes, que se destinam a operacionalizar tratado anterior, devidamente aprovado. Em geral, são concluídos no quadro de acordos de cooperação científica, técnica ou tecnológica.

Verifica-se que tanto no processo completo como no abreviado existe a obrigatoriedade do assentimento do Congresso Nacional, com ênfase para aqueles tratados que acarretam encargos ou compromissos graves ao patrimônio nacional.

8.1. Normas internas e externas: a questão da supremacia

Com relação à supremacia da norma internacional sobre a norma nacional, o judi-

ciário brasileiro firmou acórdãos que consagram o direito internacional com primazia sobre o direito nacional, mas há opiniões diversas, surgidas principalmente após o julgamento do célebre Recurso Extraordinário nº 80.004-SE.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no citado Recurso estabeleceu: “ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela justiça”. A conclusão a que chegou o STF no julgamento desse Recurso, foi a de que dentro do sistema jurídico brasileiro, onde tratados e convenções guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas.

Nas palavras de Francisco Rezek (2000, p. 103/104), “posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder”. E prossegue: “os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico”. Dito isto, ele finaliza com a seguinte convicção: “Abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente”.

Sobre a questão, não são poucos os doutrinadores que acham equivocada a posição do STF e não poupam críticas a esse entendimento.

Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 119), por sua vez, trata do assunto com a seguinte indagação: “Qual o valor de um tratado se um dos contratantes por meio de lei interna pode deixar de aplicá-lo?” E finaliza: “Se o STF considera que as convenções do direito uniforme estão ultrapassadas, cabe ao Executivo denunciá-las no procedimento fixado por elas mesmas, mas não ao STF”.

Muitos são os entendimentos pelos quais a norma internacional tem a forma própria, que é a denúncia, de cessar sua vigência na ordem nacional, observados os dispositivos legais que a aprovaram ou que estão no próprio corpo da norma; ou mesmo, pode ser alterada por outra norma internacional de valor igual ou superior a ela, mas nunca por norma interna ou inferior.

Uma hipótese de o Estado não se obrigar a cumprir ou refutar uma norma no plano internacional está na competência para concluir tratado, inscrita no artigo 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, e que prevê a nulidade em caso de violação expressa de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados.

8.2. Propostas de regulamentação interna dos tratados

Existem muitas propostas no Poder Legislativo visando regulamentar os tratados no âmbito do direito interno brasileiro. Já na década de 1960, a pedido do Governo Federal, Haroldo Valladão organizou um anteprojeto de reforma da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, denominado “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas”. Nele constavam normas concernentes aos tratados.

Cachapuz de Medeiros (2002, p. 90) comenta que “congressistas formulam projetos de lei com o propósito de regulamentar a celebração de acordos internacionais e tornar mais completo e seguro o controle do Legislativo ao tema, porém não logram resultado nas suas proposições.”

Dentre essas iniciativas existe a do então Senador Itamar Franco, que apresentou Projeto de Lei nº 31, de 1982, com o objetivo de regulamentar a expedição de credenciais, plenos poderes ou outros instrumentos que habilitem agente diplomático a firmar atos internacionais em nome do País. Outro projeto apresentado, de autoria do Senador Humberto Lucena, previa a exigência da remessa, ao Congresso Nacional, de documentos complementares dos tratados, convenções e atos internacionais, para acompanhamento da sua fiel execução.

Em 1991, a pedido do Ulysses Guimarães, então presidente da Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, o embaixador Paulo Nogueira Batista formulou um Anteprojeto de Resolução que, em síntese, induziria o Poder Legislativo a uma colaboração com o Poder Executivo durante o processo de negociação dos acordos internacionais.

Em 1999, o Deputado Pedro Valadares apresentou Projeto de Decreto Legislativo que tinha como justificativa “regulamentar, formalmente, aspectos do processo legislativo pertinente aos atos internacionais, consoante as diretrizes emanadas da nossa Lei Maior, que confere ao Parlamento amplos poderes, sejam de intervenção ou sejam de controle aos atos internacionais do País”.

Em 1992 e 1993, tramitou, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça no Senado Federal, um Projeto de Resolução disciplinando a aprovação das operações financeiras com o Fundo Monetário Internacional. Esse projeto recebeu uma Indicação do Senador Jutahy Magalhães com o objetivo de proclamar que qualquer instrumento que crie obrigações para o País em face do Fundo Monetário Internacional precisa ser submetido à prévia aprovação do Congresso Nacional. Para esse senador, os instrumentos que criam obrigações junto ao FMI são atos internacionais que acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Registre-se que todas as iniciativas dos parlamentares em regulamentar este ou aquele procedimento que vise a conclusão de um tratado, desde as mais antigas às atuais, têm como finalidade o controle sobre os atos do Poder Executivo em relação à condução da política externa. No Brasil a política externa sempre esteve concentrada nas mãos do Presidente da República, incluindo aí a negociação dos tratados.

9. Conclusão

Esta exposição objetivou demonstrar o relevante papel que o tratado representa para as relações internacionais, buscando, para tanto, definir sua origem e finalidade, e apresentando a complexidade da matéria que compreende as tratativas internacionais, tendo em vista que os atores envolvidos vislumbram quase sempre a satisfação dos seus interesses particulares. Porém, a lógica desenvolvida nesse relacionamento nem sempre atende plenamente aos objetivos de cada nação.

Para tanto, se busca nos instrumentos utilizados para consecução das diversas negociações entre as nações aquele que mais se adequar ao que está sendo pactuado, mas isso depende, exclusivamente, do grau de relevância da matéria em comento, podendo utilizar-se de um ou de outro instrumento normativo, dentre os quais destaca-se em importância o tratado.

Portanto, a razão pela qual o tratado é o instrumento utilizado para concretizar negociações de grande importância está na sua historicidade e nos atos complexos incorporados ao seu organismo, o que sugere maior segurança às negociações e contribui, reconhecidamente, para ser um instituto forte capaz de regulamentar situações de difícil consenso.

Dessa característica percebe-se que derivam os elementos conflitantes do tratado, uma vez que ele encerra acordos de natureza internacional quase sempre complexos e suscita a atenção de todos quantos por ele

se sintam envolvidos, seja no plano externo ou no interno.

No Brasil, assim como nos demais Estados democráticos, a política internacional é conferida ao Poder Executivo, que apesar de ter seus limites definidos constitucionalmente, por vezes torna-se necessário o monitoramento do legislativo e do judiciário, principalmente quando setores domésticos podem ser atingidos por determinadas negociações. O legislativo socorre os interesses da nação, conseqüentemente do povo; já o judiciário exerce seu papel de guardião da Constituição e das normas internas.

Com isso, e verificando tudo o que foi dito sobre o tratado, conclui-se com a afirmação de Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 200), quando este diz “Os tratados são considerados atualmente a fonte mais importante do Direito Internacional não só devido à sua multiplicidade, mas também porque geralmente as matérias mais importantes são regulamentadas por eles.”

10. Notas

¹ Os tratados são como as marés altas. Se espraíam pelos estuários e inundam os rios. Não há caminho de volta.

² Almeida e Freire, D. Direito Internacional. São Paulo. 2003. Disponível em: <<http://www.lawinter.com/aula06e07>>. Acesso em 15-01-2004.

³ ONUKI, Janina. Organizações Internacionais – O Debate Teórico das Relações Internacionais. São Paulo. 2003. Disponível em <www.forumri.org/modules/wfsection/article.php>. Acesso em 18 fev. 2004.

⁴ O art. 46 dispõe sobre a nulidade do consentimento de um Estado, quando expresso em violação de uma disposição de seu direito interno.

⁵ A concepção dualista adotada nos mencionados países não será objeto de apreciação neste trabalho.

11. Referências

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. vol. I, 2a. Ed. Rio de Janeiro, 1956. p. 45/6.

- Almeida e Freire, D., *Direito Internacional*. São Paulo. 2003. Disponível em <http://www.lawinter.com/aula/06e07>. Acesso em 15 jan. 2004.
- ARIOSI, Mariângela de F. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Renovar, 2000.
- ARIOSI, Mariângela de F. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: a opção do judiciário brasileiro e as possíveis tendências frente aos movimentos de cooperação regional e globalização das relações internacionais*. Revista Forense, vol. 344, p. 497 a 505, out/dez 1998.
- Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969.
- Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.
- FONTOURA, Jorge Luiz. *Integração do Tratado no Direito Nacional*. 2003. 34 f. Notas de aula.
- MAZZUOLI, Valério de O. *A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas*. Revista CEJ, vol. 14, p. 112 a 120, ago 1998.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2460>>. Acesso em: 15 jan. 2004.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro. Renovar, 2001.
- MEDEIROS, A. P. Cachapuz. *O Brasil e os novos desafios do Direito dos Tratados*. In: Conferência pronunciada no I Congresso Internacional de Direito Internacional. 133 f., 2002. Belo Horizonte.
- ONUKE, Janina. *Organizações Internacionais – O Debate Teórico das Relações Internacionais*. São Paulo. 2003. Disponível em www.forumri.org/modulos/wfsection/article.php. Acesso em 18 fev. 2004.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: M. Limonad, 2002.
- RANGEL, Marotta. *Os conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais*. in “Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional”, Rio de Janeiro, nºs 45 e 46, 1967, p. 54/55.
- Revista de Informação Legislativa. Nº 159. Edição julho/setembro de 2003.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público - Curso Elementar*. 8ª ed São Paulo: Saraiva, 2000.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Vol. I, 5a. Ed. Rio de Janeiro, 1980, p. 53.
- VITAGLIANO, José Arnaldo. Os conflitos de lei e a política nacional. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1613>>. Acesso em: 18 fev. 2004.

A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras

Cláudia de Góes Nogueira

Sumário

1. Introdução; 2. Poder Constituinte Originário e Derivado; 3. Limites do Poder Constituinte Derivado; 3.1 Limitações procedimentais; 3.2 Limitações temporais; 3.3 Limitações circunstanciais; 3.4 Limitações materiais implícitas 3.5 Limitações materiais explícitas: as cláusulas pétreas; 4. Cláusulas Pétreas x Democracia; 5. Cláusulas Pétreas x Gerações Futuras; 6. Cláusulas Pétreas x Transformações da Economia; 7. A idéia de um Poder Constituinte Evolutivo; 8. Conclusão.

1. Introdução

Com apenas 15 anos, a Carta Magna brasileira já tem 42 emendas e, hoje, é um enorme retalho à espera de novos remendos.

Qual é o prazo de validade de uma Constituição? O que garante sua duração e sua efetividade? Até onde é possível reformar um texto constitucional sem uma ruptura formal com os critérios e procedimentos que ele mesmo estabelece ao definir os limites materiais de revisão de suas regras e princípios? Como se pode preservá-la do desgaste do tempo, permitindo sua adequação a contextos políticos, sociais e econômicos distintos dos que lhes deram a origem?

Essas questões, que foram muito discutidas após o advento das extensas e prolixas constituições pós-autoritárias dos anos 70, foram reinseridas no debate público pelos presidentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior Eleitoral

Cláudia de Góes Nogueira é Graduada em Ciência da Computação pela UnB, especialista em Direito Legislativo, Chefe de gabinete da 2ª Vice-Presidência do Senado Federal.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. JORGE LUIZ FONTOURA NOGUEIRA.

(TST), quando invocaram a Constituição de 1988 e as garantias previstas por ela para justificar sua resistência à Reforma Previdenciária encaminhada ao Congresso Nacional pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

A idéia de limitações materiais ao poder constituinte derivado, e, sobretudo, a subordinação deste ao princípio constitucional de irretroatividade das leis, desde o seu surgimento no mundo jurídico, tem provocado grandes polêmicas na doutrina e na jurisprudência, não só no Brasil, mas também em diversos outros países, como Portugal, por exemplo.

As cláusulas pétreas existentes no ordenamento constitucional brasileiro, referentes à proteção absoluta dos direitos e garantias fundamentais, foram elaboradas de maneira excessivamente genérica, contribuiriam muito mais para a criação de cizânia entre os juristas do que efetivamente para a justa resolução do problema.

Para o deputado Michel Temer (PMDB/SP), a grande mudança constitucional é a mais difícil de ser feita. “A grande emenda será a emenda do enxugamento. Não é possível que a Constituição continue a tratar de questões que deveriam estar na legislação ordinária”, avalia. Ele calcula que, se nada for feito, dentro de cinco anos a Constituição terá pelo menos 100 emendas. “A continuar do jeito que está, todo presidente que for eleito terá na mudança constitucional a sua principal proposta de governo”, prevê o deputado.

Se depender da vontade de deputados e senadores, a Constituição terá muito mais do que 100 emendas. Tramitam na Câmara nada menos do que 743 propostas de emenda constitucional sobre os temas mais diversos. No Senado, há outras 264 emendas. Portanto, só o Congresso Nacional discute hoje cerca de mil propostas de mudança na Constituição.

A política do governo federal, empenhada na constante realização de reformas constitucionais, tem suscitado permanente dis-

cussão a respeito da dimensão jurídica dos instrumentos de alteração da Constituição, em especial a emenda constitucional. O alcance desta, seus limites e a possibilidade de incidência sobre situações jurídicas com garantia de imutabilidade têm sido fonte de constante polêmica.

O presente estudo não pretende esgotar os questionamentos acerca do tema, até porque, dada a complexidade e extensão da matéria, não se poderia fazê-lo apenas num artigo. Pretende apenas colocar o problema, expor as opiniões a respeito e posicionar-se da forma como entende que deva ser tratado.

Trata-se, na verdade, de estudo sobre as possibilidades de reforma constitucional. Propõe-se de forma concisa e facilmente assimilável, refletir sobre o tema. Analisar-se-á sucintamente o que são os poderes constituintes originário e derivado, quais são os limites existentes a esses poderes e os novos contextos mundiais que estariam forçando uma revisão desses limites.

2. Poder Constituinte Originário e Derivado

A Constituição é a lei fundamental, suprema e soberana de um Estado. É a Carta política e jurídica que o rege. Estabelece as normas que regulam a estruturação do Estado, os poderes de que dispõe e os que outorga, suas competências e as que distribui, bem como, suas limitações e as limitações impostas aos governados. É o arcabouço jurídico, sobre o qual baseia-se o Estado para realizar as atividades que lhe são inerentes. Portanto, não é apenas estatuto referente à atuação do Estado, mas também, por meio das limitações que infringe a este e aos seus súditos, garantia das liberdades e dos direitos de seus cidadãos.

Para que uma Constituição seja legítima, faz-se necessário o assentimento do povo ao ordenamento constitucional que lhe é apresentado. Entretanto, a fim de que se estabeleça e seja respeitada, ela deve transmi-

tir um mínimo de segurança jurídica a seus comandados. Uma Constituição estável, difícil de ser modificada, garante a segurança que o cidadão espera do Poder Público.

O poder constituinte originário é o que estabelece uma ordem constitucional. É um poder inicial, autônomo, ilimitado e incondicionado. Ele é inicial porque não existe nada acima dele, nem de fato, nem de direito, nenhum outro poder. É nele que se exprime, por excelência, a vontade do soberano, a vontade da Nação. Portanto, o poder constituinte originário é geralmente revolucionário e sempre dá origem a uma nova constituição. Representa uma ruptura entre uma antiga e uma nova ordem constitucional. É o fundamento de todo ordenamento jurídico. Não precisa respeitar limite algum imposto pelo direito anterior. Aliás, inexistem limitações jurídicas ao seu exercício. Não se encontra vinculado a nenhum procedimento prefixado para manifestar sua vontade, modernamente, entende-se que seja o povo o seu titular, exercendo-o por meio de representantes.

A concepção de um poder constituinte distinto dos poderes constituídos e superior a eles surge, pela primeira vez, no pensamento político francês da época revolucionária, e, particularmente, nas lições do abade Sieyès. É este que vai desenvolver o conceito de Nação como povo com unidade política, com capacidade de criar e com consciência de sua singularidade política e vontade de existência política:

“A Nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma idéia exata da série de leis positivas que só podem emanar de sua vontade, vemos, em primeira linha, as leis constitucionais que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Essas leis são

chamadas de fundamentais não no sentido de que se podem tornar independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seu primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial. Deste modo todas as partes do governo dependem em última análise da Nação” (Sieyès 1988, p. 117/118).

A Nação é, assim, o sujeito do poder constituinte originário. Ao contrário do governo, que não pode senão pertencer ao direito positivo, a Nação é uma realidade de direito natural. Sua formação, sendo natural, não pode estar submetida a nenhuma constituição. É ela, ao contrário, que estabelece e muda as constituições, sem estar sujeita a nenhuma regra anterior. Daí a anterioridade do poder constituinte originário a todos os poderes estabelecidos e a superioridade de suas decisões.

Para Carl Schmitt (1992, p. 59), “o caráter incondicionado do poder constituinte originário não se detém nem diante de sua própria criatura, a Constituição; ele segue existindo na Nação, sempre latente, não subordinando nunca sua existência política a uma formulação definitiva”.

Nos conceitos acima, se estabelece a diferença primordial entre o poder constituinte originário e os poderes constituídos. Os poderes constituídos não existem senão dentro do Estado; são inseparáveis de uma ordem estatutária pré-estabelecida. O poder constituinte originário, ao contrário, se situa fora do Estado; ele existe sem o Estado.

A extensão de seus poderes, como já dito, é incondicionada: o poder constituinte originário se caracteriza por uma liberdade total. Juridicamente, essa independência se expressa na idéia de que ele é um poder com competência total que nenhuma regra anterior, nem de fundo, nem de forma, pode sujeitá-lo e que sendo a origem de todo ordenamento jurídico ele pode ab-rogar ou modificar qualquer regra. A obra do poder constituinte originário, a Constituição, não é condicionada assim de nenhuma maneira por qualquer regra suprapositiva superior a ela.

O poder constituinte derivado advém do poder constituinte originário, que o insere no ordenamento jurídico prevendo a possibilidade evidente de se precisar adequá-lo. Decorre, pois, de uma regra jurídica contida na própria constituição, que lhe confere autenticidade e lhe impõe limitações implícitas e explícitas. Ou seja, o poder constituinte derivado, ao contrário do poder constituinte originário, é, em sua essência mesmo, um poder limitado. É um poder de direito, regrado e limitado pelas normas constitucionais. Embora seja vontade política ainda em sentido amplo, já está condicionado por uma ordem jurídica. Tem a prerrogativa de alterar a ordem constitucional vigente, segundo os limites e procedimentos por ela previamente estabelecidos. Dessa forma, o poder revisor, sendo um poder constituído, não poderia afastar-se do espectro que lhe foi imposto pelo poder constituinte originário.

3. Limites do Poder Constituinte Derivado

Antes de entrar nos limites propriamente ditos, são oportunas algumas considerações sobre os instrumentos de reforma constitucional.

Reforma constitucional é o gênero do qual revisão e emenda são espécies. A revisão constitucional é um instrumento de reforma utilizado para modificações mais amplas, que abrangem um conteúdo mais extenso. Já a emenda constitucional é utili-

zada para alterações menores, de âmbito mais restrito. São distintas tanto material (distinção no conteúdo) quanto formalmente (distinção na forma como são editadas).

A atual constituição brasileira consagrou ambas as espécies de reforma. Porém, com uma restrição quanto à revisão constitucional.

A revisão, via extraordinária e transitória, tem sua eventual aplicação quando realizada a tarefa para a qual foi designada. A Constituição Federal de 1988 limitou a ação revisional a uma única vez, a ocorrer cinco anos após sua promulgação. Encontra-se estabelecida nos arts 2º e 3º do ADCT da nossa Constituição.

A emenda é a via permanente de reforma constitucional. Trata-se do instrumento de que dispõe a Constituição para adequar-se às mudanças pelas quais passa a sociedade, mas sempre procurando deixar intocado o sistema fundamental de valores da Constituição. É produzida segundo a forma e dentro dos limites previamente estabelecidos constitucionalmente, como será visto a seguir.

3.1. Limitações procedimentais

A grande maioria das Constituições estabelece regras específicas acerca do procedimento a ser seguido para modificação de seu texto por via institucional. A Constituição brasileira de 1988 aponta as pessoas e órgãos que têm legitimidade para propor emenda constitucional, prevendo ainda: a) discussão e votação em cada Casa do Congresso, em dois turnos; b) aprovação mediante voto de três quintos dos membros de cada Casa (art. 60, I, II, III e § 2º).

3.2. Limitações temporais

A doutrina reconhece também a existência de limitações temporais que consistem na estipulação de um prazo mínimo após o início da vigência da Constituição para que ela possa ser objeto de reforma. Essa limitação visa protegê-la contra algumas tendências vencidas na fase constituinte, bem como

assegurar a permanência e a tradição das novas instituições criadas, a fim de que a ordem posta possa consolidar-se.

3.3. *Limitações circunstanciais*

As limitações circunstanciais ao poder constituinte derivado são aquelas restrições ao momento da reforma constitucional em razão de algumas circunstâncias especiais, presentes no Estado quando da tramitação do processo de reforma ou revisão. A Constituição brasileira fixa limitações circunstanciais ao prever que ela não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 60, § 1º). Isso porque as medidas que podem ser tomadas durante o estado de sítio ou de qualquer outra situação de emergência importam em calar a opinião pública ou limitar outros direitos individuais, pressupostos básicos de qualquer regime democrático - daí a inconveniência de mudanças constitucionais enquanto perdurar a suspensão de preceitos da Lei Maior.

Assim, pretende-se evitar alteração constitucional na ocorrência de certas situações históricas, anormais e excepcionais, caracterizando crise tal no País, que se presume não estarem independentes os órgãos incumbidos da reforma. Trata-se de uma forma de garantir que as liberdades constitucionais não serão ameaçadas, por não ser livre a manifestação do órgão reformador. São limitações permanentes, possuindo eficácia sempre que se configurar a situação ameaçadora.

3.4. *Limitações materiais implícitas*

Limitações materiais implícitas são aquelas limitações decorrentes do sentido e do espírito do texto constitucional. Configuram as decisões constitucionais fundamentais, que não podem ser alteradas pelo poder de reforma constitucional. Trata-se de matérias concernentes à essência da Constituição, ao seu conteúdo ideológico, às finalidades básicas a que se propõe, e que, caso alteradas, constituiriam flagrante desrespeito ao

Estado Democrático de Direito. No que se refere à Constituição brasileira, essa distinção perdeu um certo sentido prático com a ampliação das limitações materiais explícitas, que são as cláusulas pétreas. Mas ainda subsiste uma limitação implícita relevante: o poder constituinte derivado não pode alterar as regras relativas ao processo de edição da própria emenda.

3.5. *Limitações materiais explícitas: as cláusulas pétreas*

Conforme estabelecido acima, ao lado das limitações formais (art. 60, I, II e III e §§ 2º, 3º e 5º) das limitações temporais e das limitações circunstanciais (art. 60, § 1º), existem limitações de ordem material ao Poder Constituinte Reformador, estas últimas dispostas no § 4º do art. 60 da Constituição - são as chamadas Cláusulas Pétreas.

O adjetivo *pétrea* vem de pedra, significando “petroso” e, no sentido figurativo, “duro como pedra”, “insensível”. Tem-se, pois, que, constitucionalmente falando, cláusula pétrea é aquela imodificável, irreformável, insuscetível de mudança formal. Assim, cláusulas pétreas são cláusulas de irreformabilidade total ou parcial da Constituição, em defesa da perenidade da obra do legislador constitucional. São limites fixados ao conteúdo ou substância de uma reforma constitucional e que operam como verdadeiras limitações ao exercício do Poder constituinte derivado.

Trata-se de garantias ao próprio Estado Democrático de Direito, vez que pretendem assegurar a identidade ideológica da Constituição, evitando a violação à sua integridade e a desnaturação de seus preceitos fundamentais. Protegem, em verdade, seu núcleo intangível.

Têm efeito positivo, pois não podem ser alteradas através do processo de revisão ou emenda, sendo intangíveis, logrando incidência imediata. Possuem, noutro prisma, efeito negativo pela sua força paralisante, absoluta e imediata, vedando qualquer lei que pretenda contrariá-las.

A denominação de “cláusulas pétreas” não é das melhores, porque ela enseja, pelo menos, um sentido pejorativo: a petrificação. Petrificar uma Constituição jurídica ou parte dela representa o absurdo do imobilismo. Além disso, questionamos se uma geração tem o direito de comprometer as gerações futuras com a imutabilidade.

Mais grave, ainda, tem sido a interpretação literal e etimológica da palavra “pétrea”, como se resolvesse - de maneira simplória - vinculá-la à rigidez da matéria dos cristais, à sua dureza como uma pedra. A sabedoria popular explica que mesmo pedra dura pode ser furada pela água mole (água mole em pedra dura, tanto bate até que fura).

As Constituições modernas consagram o princípio doutrinário da limitação material do poder de revisão. Assim, expressamente o adotam a Constituição francesa de 1958 (art. 89, al. 5); a Constituição italiana de 1947 (art. 139); A Lei Fundamental da República Alemã de 1949 (art. 79, al. 3); a Constituição da Venezuela de 1961 (art. 3º); Constituição da República portuguesa de 1976 (art. 290); Constituição brasileira de 1988 (art. 60, § 4º).

É de se lembrar que na Constituição Federal de 1988 houve a manutenção de um núcleo inalterável já existente no texto anterior. Hospedou-se não só uma das cláusulas pétreas da constituição anterior (a referente à Federação) como alargou-se consideravelmente o elenco das normas imodificáveis (parte dos juristas entendendo que entre elas estaria também a própria República, hospedada na imodificabilidade da separação dos poderes e no sufrágio universal para escolha dos governantes). Esse núcleo foi consideravelmente distendido, atribuindo-se tal extensão a fatores históricos, ideológicos e também à influência decisiva de três grandes constitucionalistas portugueses, que visitaram o país durante os trabalhos constituintes, trazendo a experiência do processo constituinte português, a saber: J.J. Canotilho, Jorge Miranda e Marcelo Rebelo de Souza. (MARTINS, 1997, p. 110)

O princípio norteador do estabelecimento de cláusulas pétreas na Constituição é a idéia de que não pode haver um aniquilamento da obra constitucional por parte do poder de reforma. Uma reforma constitucional não poderia jamais ser neutra em relação aos valores da Constituição. Ela deveria, ao contrário, ser parcial no sentido de garantir e proteger a Constituição que a previu. Uma Constituição não poderia fornecer um método legal para abolição de sua própria legalidade, e muito menos, um meio legítimo de destruição de sua própria legitimidade.

As cláusulas pétreas da Constituição brasileira de 1988 estão disciplinadas no art. 60, § 4º, que dispõe:

“Art. 60 -

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa do Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação de poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais”.

4. Cláusulas Pétreas x Democracia

Na aparência, as distinções e os limites abordados acima parecem claros. Na prática, porém, eles encerram pelo menos dois problemas. Um deles é político e está associado à compatibilidade da rigidez constitucional, expressa sob a forma das cláusulas pétreas, com a própria essência da democracia.

Aceitar as cláusulas pétreas significa aceitar que o Poder Constituinte Reformador terá que respeitar aquelas diretrizes traçadas pelo Poder Constituinte Originário, instituindo-se uma generalizada *ditadura constitucional*. Assim, o velho autoritarismo governativo se transformaria numa forma ainda mais perversa: a de um *autoritarismo normativo*, na expressão de Miguel Reale. (NETO, 1999, p. 08)

Em termos políticos, uma constituição representa sempre um limite decisório à vontade popular. Para que determinadas liberdades sejam consagração, ela impõe determinadas restrições. Ou seja: cria direitos e obrigações. Assim, promulgar uma Constituição significa limitar a liberdade da maioria em cada momento histórico.

No âmbito político, destarte, o problema é saber até que ponto as normas constitucionais referentes aos limites materiais de revisão não se traduzem em prejuízo do princípio da regra de maioria que caracteriza a democracia. Surgem então as seguintes questões: em que medida um poder constituinte originário pode impor ad eternitates uma vontade democrática para o futuro? A limitação na liberdade de revisão prevista por uma cláusula pétrea por vezes não se revelaria uma medida antidemocrática, restringindo o campo de ação de maiorias parlamentares legitimamente escolhidas em cada eleição?

A importância de mecanismos institucionais de controle das maiorias parece estar diretamente relacionada com os níveis de submissão voluntária de cada sociedade aos valores da tolerância e da democracia. Em muitos sistemas as regras de sociabilidade ou o consenso são tão fortes, que dispensam instituições artificiais voltadas a restringir a vontade da maioria. Porém, para países onde os confrontos entre maiorias e minorias são muito intensos ou com fortes tradições autoritárias, como é o caso do Brasil, a rigidez constitucional parece essencial para preservar direitos e garantir a regra democrática.

Nesses países de constituições rígidas, cabe ao Judiciário, ou a uma Corte Constitucional em particular, contrastar os atos do parlamento face à Constituição. Em caso de conflito, prevalece a norma constitucional. Assim, o único remédio para derrubar a decisão judicial que declarou inconstitucional uma decisão parlamentar é emendar a Constituição. Para o que é necessário um quorum diferenciado, variando o grau de dificuldade de país a país. Quanto mais difícil

for alterar a Constituição, mais constitucionais e menos majoritários serão esses regimes. Estabelece-se assim um jogo de poder difícil de equilibrar.

A Constituição brasileira, embora exija apenas três quintos dos parlamentares para que seja alterada, impôs limitações quase intransponíveis ao Congresso Nacional, por intermédio das cláusulas pétreas. Como visto, quanto à federação, à separação de poderes, ao voto direto, secreto e universal e aos direitos e garantias individuais, não é autorizado sequer propor emenda tendente a aboli-los. Ao impor essas limitações às gerações futuras o constituinte demonstrou a sua mais absoluta desconfiança no sistema político que estava sendo produzido.

Assim, além de ter que se defrontar com o Supremo Tribunal Federal cada vez que um dos seus atos é declarado inconstitucional, o que tem ocorrido com certa frequência, o Congresso percebe agora que em algumas circunstâncias não terá como reagir. Em face desta situação as perguntas inevitáveis são: o que justifica, dentro de uma perspectiva democrática, que o passado possa bloquear o futuro, por intermédio das cláusulas pétreas? E mais, em que medida a função de custodiar as gerações futuras deve ser entregue a um órgão, sem legitimidade democrática, como o Supremo Tribunal Federal?

Este é um tema muito polêmico, porque dele depende, de um ângulo, a necessidade, ou o desejo referente à estabilidade e à segurança jurídica, à garantia (utópica) de permanência de um ordenamento jurídico, necessidade essa vinculada à idéia ancestral de que as leis devem ser eternas, e por outro ângulo, aparentemente inconciliável, a idéia de representatividade popular e de legitimidade democrática das decisões fundadoras do Estado.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal está se transformando em uma constituinte permanente, sem que tenha qualquer legitimidade para isso. Afinal, suprema deve ser a Constituição. Os Poderes Constituídos

devem ser independentes e harmônicos, exatamente para que se evite a tirania, segundo as idéias definitivamente sistematizadas por Montesquieu. Somente o povo é titular do poder constituinte.

Resta, evidenciada aqui, a permanente contradição entre o poder constituinte originário, que outorga ao povo o direito de alterar a Constituição, e a vocação de permanência desta, que repugna mudanças substanciais (Cf., sobre o assunto, MIRANDA, vol. II, págs. 151 ss.).

5. *Cláusulas Pétreas x Gerações Futuras*

O outro problema trazido pelas cláusulas pétreas e decorrente do anterior é de natureza ética e tem implicações para as gerações vindouras. E ele se expressa sob a forma de um paradoxo. Do ponto de vista do poder constituinte originário, a maioria que elabora, aprova e promulga uma Constituição propõe um corte jurídico com o passado, ao mesmo tempo em que se arvora o direito de poder vincular o futuro. Porém, apesar de democrática no momento de sua promulgação, pergunta-se: uma constituição pode, por intermédio de cláusulas pétreas, bloquear a capacidade de autodeterminação jurídica das gerações futuras?

A existência e vigência das cláusulas pétreas constitui obstáculo à livre manifestação da soberania popular. É de ser mais uma vez indagado, desde quando ou baseada em quais princípios jusfilosóficos foi deferida a uma geração constituinte condicionar as preferências políticas das gerações posteriores; com frequência gerações de muitas décadas depois. Tal providência, instituindo cláusulas imutáveis numa Constituição que pretende disciplinar a vida de uma sociedade pelas décadas ou séculos seguintes, se afigura como um “abuso de poder constituinte”. Não podendo, portanto, prevalecer em face do Direito.

Na medida em que as cláusulas pétreas engessam o pensamento político das gera-

ções que se lhes seguem, pela sua imutabilidade e imodificabilidade, e considerando que tais gerações poderão num determinado momento futuro não mais se conformar aos valores expressos em cláusulas pétreas estabelecidas por gerações anteriores, isso conduz à ruptura constitucional, ou seja, tais cláusulas só poderão ser extintas, modificadas ou substituídas através de uma nova Constituição. Logo, conceitualmente, se propelem à ruptura, as cláusulas pétreas significam um obstáculo natural e conceitual à perenidade constitucional!

Conforme menciona Celso Ribeiro Bastos (Bastos, 1998, p. 81), o argentino Vanossi está entre os juristas que repudiam as cláusulas pétreas, por entendê-las “inúteis e até contraproducentes”. Vanossi elenca uma série de argumentos contrários às mesmas, a saber:

“A função essencial do poder reformador é a de evitar o surgimento de um poder constituinte revolucionário e, paradoxalmente, as cláusulas pétreas fazem desaparecer essa função; b) elas não conseguem se manter além dos tempos normais e fracassam nos tempos de crise, sendo incapazes de superar as eventualidades críticas; c) trata de um ‘renascimento’ do direito natural perante o positivismo jurídico; d) antes de ser um problema jurídico, é uma questão de crença, a qual não deve servir de fundamento para obstaculizar os reformadores constituintes futuros. Cada geração deve ser artífice de seu próprio destino.”

Menciona, ainda, como contrário à existência de cláusulas pétreas, o jurista Bisciretti, com o seguinte argumento:

“Admite-se que um Estado pode decidir sua própria extinção: ‘não se compreende porque o Estado não poderia, então, modificar igualmente em forma substancial seu próprio ordenamento supremo, ou seja, sua própria Constituição, ainda atuando sempre no âmbito do direito vigente’”.

Das trinta e seis mais antigas democracias hoje existentes, apenas quatro, Inglaterra, Nova Zelândia, Israel e Islândia, dispensam uma Constituição rígida, que estabeleça limites às decisões tomadas pela maioria parlamentar. Nessas democracias majoritárias o legislativo tudo pode, não havendo qualquer espaço para que os tribunais bloqueiem a vontade da maioria dos parlamentares.

No Brasil, segundo Yves Gandra (MARTINS, 1997, p. 111)

“ao pretender imutáveis determinadas cláusulas, normas, princípios ou ideologias, o constituinte impõe sua inalterabilidade, não permitindo que os poderes constituídos, que poderão se tornar poderes constituintes derivados, venham, quanto àquelas cláusulas, a exercer seu poder legiferante”.

Ao assim agirem, todavia, esquecem que a história da raça humana muda em velocidade crescente e as conjunturas tendem a se modificar com celeridade cada vez maior, exigindo novos refreamentos, impondo novos desafios que não podem ficar amarrados por legisladores sem visão antecipatória. O certo é que o predomínio das correntes ideológicas de esquerda, de um lado, e o receio de um retorno a um Estado menos democrático, de outro, levou o constituinte brasileiro a alargar a imodificabilidade da Constituição, muito além do exemplo português que o inspirou, e muito além do que seria ideal para que uma Constituição pudesse estar sempre adaptada ou viesse a ser adaptável às circunstâncias históricas.

6. Cláusulas Pétreas x Transformações da Economia

Quando a Constituição brasileira foi feita, em 1988, o mundo estava dividido entre os blocos capitalista e comunista. “Com a queda dos fatores ideológicos, o campo da disputa mudou-se para o comercial”, explica Bernardo Cabral, relator da Constituinte.

Vive-se atualmente uma época marcada por concentração de renda e desigualdades no acesso a benefícios públicos, no plano social, e pela concentração do poder empresarial e independência global dos mercados financeiros, no plano econômico. Nesse contexto, que papel uma Constituição deve exercer?

Não é difícil ver como o potencial de eficácia de Constituições extensas e programáticas, como a constituição brasileira de 1988, vem diminuindo, à luz da intensificação dos fluxos econômicos transnacionais e da desterritorialização das novas formas de produção. Ao exigir formas e procedimentos jurídicos mais flexíveis, a integração dos mercados e a formação de blocos comerciais reduziram o alcance dos poderes legislativo, administrativo e judicial, antes considerados exclusivos dos Estados, e diluíram a soberania nacional numa rede de foros internacionais e organismos multilaterais. Com isso, as regras daí advindas passaram a coexistir com as normas constitucionais, competindo entre si em diferentes âmbitos de validade material, espacial e temporal e obrigando os governos a rever seus ordenamentos jurídicos, para harmonizá-las.

Na dinâmica desse processo, fortemente determinado pelas relações de poder interestatais assimétricas que caracterizam a integração econômica mundial, o papel da Constituição como “lei das leis” perdeu sentido. À medida que a exclusividade do Direito foi posta em xeque e mercados globalizados e organismos multilaterais passam a criar as normas de que necessitam, a Constituição está numa encruzilhada. Como ignorar processos econômicos e políticos que transcendem os limites do território por ela coberto, mas comprometem a aplicabilidade e a eficácia de suas normas?

A partir daí, as Constituições têm sido submetidas a reformas ainda mais amplas, com o expurgo de normas rígidas, a relativização dos limites materiais de revisão e o uso de regras mais abertas, ficando sua interpretação condicionada pelas circunstân-

cias do momento, a partir dos interesses em conflito e da capacidade de negociação de cada geração.

Na verdade, as constituições analíticas duram pouco. Quando não modificadas pelo próprio povo ou pelos governantes, através dos processos nela previstos ou por rupturas institucionais, ou não são aplicadas (como ocorre com a constituição brasileira, como é o caso do dispositivo que estabelece o salário mínimo, por exemplo) ou são readaptadas pelo poder criador da jurisprudência, que, devendo apenas captar a interpretação correta das normas postas, muitas vezes modifica-as para adaptá-las às conjunturas imprevistas pelos legisladores anteriores (cf. MARTINS, 1997, p. 112)

O excesso de rigidez da ordem constitucional, ao negar ao governo liberdade para gestão de pessoal, preservaria “direitos mal adquiridos” por corporações estatais, comprometendo a austeridade fiscal e desestabilizando a moeda. Daí a necessidade de reforma constitucional.

A globalização, com conseqüente internacionalização da oferta de crédito e aumento da volatilidade dos capitais, levou os mercados a substituírem a política como instância de regulação social. Assim, a exclusividade das estruturas jurídicas do Estado foi posta em xeque, as margens de autonomia das políticas macroeconômicas nacionais foram reduzidas e as políticas monetárias independentes foram esvaziadas. Em princípio, qualquer governo poderia recusar-se a vincular suas decisões aos imperativos dos mercados globalizados, para preservar a independência na definição de sua agenda política. Porém, isso levaria a um isolamento financeiro, tecnológico e comercial, em face da crescente mobilidade dos fatores de produção, dos riscos de fuga em massa de capitais e das dificuldades de acesso a fontes de crédito.

Diante disso, os governos aprenderam que ou assumiam os compromissos fiscais e monetários pedidos pelos mercados, promovendo reformas estruturais para garan-

tir crédito, ou as incertezas decorrentes de suas dificuldades de ação em matéria de austeridade fiscal e estabilidade monetária introduziriam novos fatores de risco nos negócios, aumentando os *spreads* bancários e desestimulando investimentos de longo prazo. Foi isso que os levou a reformar sua infra-estrutura legal, formulando ambiciosos projetos de desconstitucionalização (aqui entendida como o processo de transferência da matéria para a legislação infra-constitucional) para revogar vinculações orçamentárias, anular cláusulas pétreas, suprimir direitos adquiridos e, desta forma, assegurar a confiança dos mercados.

No caso do Brasil, pode-se citar o exemplo ocorrido com a instituição do IPMF. Numa primeira abordagem a Suprema Corte entendeu que a emenda constitucional que criara o IPMF feria cláusula pétrea, sendo, portanto, inconstitucional. Entretanto, quando o governo demonstrou que sem aquele tributo não fecharia o orçamento de 1994, com risco inclusive de não pagar os servidores públicos, o Superior Tribunal Federal reinterpretou a emenda considerando-a constitucional em segundo julgamento.

O problema aqui é o das contradições que envolvem a segurança do direito. Afinal, os mercados que apóiam as estratégias de desconstitucionalização de alguns direitos são os mesmos que também reivindicam uma infra-estrutura legal que preserve o direito de propriedade, assegure o cumprimento de contratos, proteja investimentos externos e garanta o reconhecimento de patentes, pagamento de royalties, etc. E o argumento para justificar essa pretensão é o de que a insegurança do direito gera um ambiente adverso aos negócios e aumenta os custos das transações, como decorrência de seu impacto negativo no desempenho das empresas, na proteção legal dos créditos, na definição da propriedade material ou intelectual e na captação de investimentos de longo prazo, pondo em risco a qualidade das políticas macroeconômicas.

Do ponto de vista jurídico-formal talvez não haja solução passível de consenso para conciliar juristas e financistas, o que não deixa outra saída a não ser a negociação política. Só por meio dessa negociação, dentro de regras democráticas, é que se conseguirá neutralizar o tratamento contraditório que os mercados têm dado à segurança legal, enfrentar o problema dos direitos que foram adquiridos em outros períodos históricos e assegurar uma ordem jurídica que seja respeitada e eficaz.

Assim, o campo de realização das políticas públicas pode ser deslocado para o âmbito da legislação ordinária, cujos critérios de revisão são mais simples do que os de um texto constitucional. É esse processo que alguns autores chamam de “poder constituinte evolutivo”.

Privada assim de sua função unificadora, a Constituição perde o caráter de texto intocável, não conseguindo mais dotar suas normas de um significado concreto determinado *a priori*. Pelo contrário, no atual contexto de policentrismo decisório, esse significado agora só pode ser determinado *a posteriori*, em função das tensões e dilemas advindos da complexidade socioeconômica do mundo contemporâneo. Em outras palavras, no lugar do caráter fechado, unívoco e predeterminado das normas constitucionais e da idéia que o poder constituinte originário se extinguiria no ato unigênito de produção da Constituição está surgindo um direito constitucional novo, fundado sobre um conjunto de matérias normativas flexíveis, permitindo a adaptação do texto constitucional à conjuntura econômica.

7. A idéia de um Poder Constituinte Evolutivo

Como resolver as questões acima e escapar desse paradoxo, principalmente quando se trata de uma Constituição excessivamente marcada pela conjuntura de origem, como a brasileira? Uma saída polêmica, mas plausível, contrapõe a idéia do poder cons-

tituinte originário como ato unigênito e unimomentâneo à idéia de um poder constituinte evolutivo, apto a acompanhar a dinâmica da realidade socioeconômica sem subjugar as atuais gerações a determinações do passado.

Essa foi a experiência portuguesa, cuja Constituição de 1976, repleta de cláusulas pétreas, já sofreu quatro revisões. Como foi isso possível? A resposta é dada por Vital Moreira, o jurista que, como constituinte, tanto lutou para dar um caráter dirigente e ideologicamente comprometido ao texto constitucional de 1976, tendo sido, 21 anos depois, o responsável por sua quarta revisão. Por um lado, diz ele, passou-se a promover uma interpretação “afrouxada” das cláusulas pétreas, reduzindo-as mais à salvaguarda de princípios genéricos do que à garantia de direitos concretos assegurados por uma Constituição eminentemente conjuntural. Por outro, passou-se a admitir com maior flexibilidade a revisão dos próprios limites materiais de revisão, suavizando alguns dos limites originários, o que libertou para futuras revisões matérias que de outro modo não poderiam ser sequer alteradas.

O renomado Professor *Jorge Miranda*, catedrático da Universidade Católica de Portugal e da Universidade de Lisboa, já tem proposto uma revisão periódica das cláusulas pétreas na Constituição portuguesa, e em qualquer outra Constituição que as tenha. Com o que há que se concordar, integralmente: se é preciso dar um mínimo de estabilidade às Constituições, é igualmente preciso não condicionar o pensamento político das gerações que se seguem à feitura de uma Constituição; a revisão periódica seria um meio efetivo de manifestação de soberania popular, e uma homenagem à observância e reafirmação do princípio democrático.

Isso elimina a arrogância e a soberba de pensar que os constituintes sempre estão num momento singular da história e dispõem de legitimidade para disciplinar para todo o futuro as maiorias democráticas, sub-

traindo-lhes a liberdade pelo recurso às cláusulas pétreas.

Um debate preliminar envolve a possibilidade ou não de invocação do direito adquirido contra emendas constitucionais. Para uns, a proteção ao direito adquirido é uma garantia individual que se dirige tanto ao legislador ordinário quanto ao constituinte derivado. Nem mesmo por emenda constitucional poderia ser atingido um direito adquirido que ingressou regularmente no patrimônio jurídico de seu titular. Para outros, todavia, os Princípios da Supremacia e da Unidade da Constituição induziriam uma interpretação menos enrijecida, permitindo que uma emenda possa atingir o direito adquirido concreto das pessoas a fim de que o modelo constitucional sobre determinada matéria possa ter validade e eficácia. Ou seja, para que a evolução política, econômica e social de um povo possa refletir-se na ordem constitucional através da preservação do poder de reforma. Em suma, para que os interesses coletivos da Nação possam se impor.

Trata-se de conciliar os valores de perennidade do núcleo de princípios fundamentais da Constituição com a necessária adaptação à evolução da sociedade. Mais que isso, trata-se de abrir espaço para a revisão pela via da reforma, sob pena de tornar imperiosa a ruptura constitucional quando o hiato entre a Constituição e a nova realidade se tornar insustentável. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes (in “Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil”, São Paulo, Celso Bastos Editora, 2000, p. 125 e 128):

“Aí reside o grande desafio da jurisdição constitucional: não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo.”

O Deputado Maurício Rands, em seu relatório sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 40/2003, que trata da reforma da Previdência proposta pelo atual governo, aborda com muita propriedade a questão da rigidez constitucional. Diz o relatório:

“2.1. A tese do Direito Adquirido (...)

A relação do Poder e de seus dirigentes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se em determinado momento histórico circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política.”

Não podendo mais ser pensada como um centro do que tudo deriva por irradiação lógico-formal, alicerçado na soberania do Estado, a Constituição contemporânea é agora um centro para o qual algumas matérias fundamentais podem afluir; é antes um centro a alcançar do que um centro do qual se deve partir. Numa situação-limite, é um centro de convergência de valores em cujo âmbito só teriam caráter absoluto duas exigências: a) em termos substantivos, os direitos de cidadania e o pluralismo ideológico, protegidos por mecanismos capazes de preservar as liberdades públicas; b) em termos procedimentais, as garantias para que o jogo democrático seja travado dentro de regras precisas, mas despidas de prescrições extensivas.

A Constituição perde o caráter de texto intocável, não conseguindo mais dotar suas normas de um significado concreto determinado a priori. Pelo contrário, no atual contexto de policentrismo decisório, esse significado agora só pode ser determinado *a posteriori*, em função das tensões e dilemas

advindos da complexidade socioeconômica do mundo contemporâneo. Em outras palavras, no lugar do caráter fechado, unívoco e predeterminado das normas constitucionais e da idéia que o poder constituinte originário se extinguiria no ato unigênito de produção da Constituição está surgindo um direito constitucional novo, fundado sobre um conjunto de matérias normativas flexíveis, permitindo a adaptação do texto constitucional às novas conjunturas econômica, social e política.

Confrontadas, de um lado, com a necessidade política de serem alteradas e, de outro, com o hibridismo paradoxalmente antagônico do modelo rígido-analítico - sempre formal e cuidadosamente implantado, explícita ou implicitamente -, as constituições contemporâneas desse tipo, nelas incluída a brasileira de 1988, passaram a suscitar dramáticos dilemas políticos cuja solução oscila entre os extremos lógicos da indisputada obediência positivista aos esquemas inflexíveis de reforma implantados - nesse caso sempre com o risco de aluir seus fundamentos de legitimidade pelo rompimento formal do sistema, com todas as seqüelas e os inconvenientes de insegurança jurídica decorrentes -, e a busca de soluções criativas além da ortodoxia positivista, caminho o que veio a prevalecer.

Doutrinariamente, o problema passava então a se situar não no valor absoluto de qualquer cláusula pétrea, explícita ou implícita que fosse, mas na verificação da possibilidade de encontrar-se uma forma de evolução que conciliasse a preservação da identidade constitucional originária com a legitimidade corrente. Em outras palavras: o conceito de rigidez havia evoluído do seu prístino mas limitado sentido formal para passar a ser entendido como uma técnica substantiva de estabilidade, voltada à manutenção da identidade constitucional, aliando, necessária e indissolavelmente, a legalidade à legitimidade, assim, revestindo um denso sentido material. Em conseqüência, não são nem poderão ser consideradas

cláusulas pétreas as que imponham limites meramente formais, ou seja, as que não portam valores e, por isso, não apresentem referencial direto com a legitimidade, inextricável da identidade constitucional, esta sim, a ser protegida.

Acerca do tema, afirma Paulo Bonavides:

“A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por árbitro das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental.” (BONAVIDES, 1998, p. 173)

Também Paulo Bonavides cita um dos juristas avessos à imposição de limites ao poder reformador. Trata-se de Laferrière, que assim entende:

“(...) o poder constituinte exercitado num determinado momento não é superior ao poder constituinte que se exercerá no futuro e não pode pretender restringi-lo, ainda que seja num determinado ponto (...).” (BONAVIDES, 1998, p. 178)

Tendo em vista as considerações anteriores, e possíveis reflexões sobre o que aguarda os cidadãos brasileiros como reivindicação ao constitucionalismo do futuro que bate às portas, parece problemático à consciência jurídica conformar-se com a existência de cláusulas pétreas: tal presença em um Texto Constitucional, como já visto, desconfirma a soberania popular, e contraria todos os postulados gerais que o próprio princípio democrático encerra.

8. Conclusão

Constituições, como qualquer obra humana, não são perfeitas nem definitivas. Embora aspirem à permanência, sem a qual não têm como conferir segurança e estabili-

dade às organizações políticas, suportam defeitos e não estão imunes à ação do tempo. Por isso, podem e devem ser aperfeiçoadas e atualizadas, pelo menos na medida em que reformá-las seja condição necessária para mantê-las vigentes.

O ordenamento jurídico do Estado deve sempre preservar dois valores fundamentais: a justiça e a segurança das relações sociais. Ora um, ora outro, desses valores é dominante, dependendo das circunstâncias e das relações de que tratam. Se uma determinada disposição constitucional não está mais cumprindo aquele papel para o qual foi criada, ou o está fazendo de forma imperfeita, urge que seja substituída por outra mais adequada à realidade social e que amplie as garantias ou renove a instituição ineficaz.

De que maneira o constituinte derivado pode fazê-lo? Os direitos, liberdades e garantias individuais são decisões constitucionais fundamentais tomadas pelo constituinte originário. Deve-se considerar que quando se assegura ao poder constituinte derivado, simplesmente com base em considerações de interesses circunstanciais do Estado, a faculdade de promulgar emendas constitucionais que podem modificar valores anteriormente estabelecidos como cláusulas pétreas, na realidade o que se estaria inserindo na ordem social seria um possível elemento de intranqüilidade.

Eis aí a essência da questão. Na democracia, a segurança do direito ou vale para todos, indistintamente, ou a dualidade de tratamentos põe em risco a legitimidade do próprio regime democrático. Por isso, diante desse desafio, o importante é não se deixar levar pelos argumentos daqueles para quem direitos adquiridos são “prerrogativas históricas pertencentes à sociedade”; nem por quem defende a supressão de direitos a qualquer preço, em nome de uma suposta defesa da moralidade, com o atropelo do processo legislativo definido pelo artigo 60 da Constituição. É, sim, trazer o debate para uma questão preliminar – a

adequação da ordem constitucional às realidades econômicas, sociais e políticas do País, por meios democráticos.

Como se percebe, “somente um entendimento racional, flexível e autenticamente democrático do poder popular de reforma constitucional permite conciliar princípio e preceito, tradição e modernidade, evolução política e segurança jurídica, permanente e contingente; numa síntese, a legalidade com legitimidade, pois nenhuma Constituição poderá ser boa e servir a uma Nação se lhe faltar uma dessas qualidades.” (NETO, 1999, p. 11)

Não poderão ser o conservadorismo corporativista, o positivismo renitente ou o imobilismo receoso causa da perda da capacidade reflexiva da Constituição e, a pretexto de defender o pétreo, motivo para petrificá-la. O direito é dinâmico, deve evoluir conforme evolui a sociedade. É dever do Estado atender aos anseios sociais, e, neste intuito, também a constituição deve adequar-se à realidade que a cerca e às necessidades concretas de seus súditos.

No futuro, o Estado terá que se readaptar para desafios não previstos nem pelos políticos nem pelos juristas de agora. A teoria do direito constitucional está em plena mudança e essa mudança implicará a desvalorização das normas imodificáveis de espectro amplo, em prol de outras estruturalmente imodificáveis, ou seja, as cláusulas serão pétreas por integrarem o núcleo essencial e imodificável da Constituição, e não por uma disposição formal. A mudança é característica do próprio homem. A humanidade se aproxima novamente das constituições sintéticas, permanentemente adaptáveis às conjunturas, por força de seu conteúdo nitidamente principiológico. O Brasil não ficará à margem do movimento, que pode ser julgado irreversível.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editores. 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., 1995. Coimbra: Livraria Almedina.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª ed., 1998. Coimbra: Livraria Almedina.

FARIA, José Eduardo. *A Constituição, entre a rigidez e a mudança*. Espaço Aberto. O Estado de São Paulo, 09 de fevereiro de 2003

_____. *Direitos adquiridos e rigidez constitucional*. Espaço Aberto. O Estado de São Paulo, 02 de fevereiro de 2003

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro - Poder Constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira - São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1993

MARTINS, Yves Gandra da Silva. *Espectro e limitações as normas inalteráveis da constituição*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, nº especial de lançamento - 1997

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional* (Tomo I, 5ª ed., 1996; Tomo II, 3ª ed., 1996; Tomo III, 3ª ed., 1996; e Tomo IV, 2ª ed., 1998). Coimbra: Coimbra Editora.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *A Reforma Constitucional e as cláusulas pétreas*. Think, Ano II nº 6, pp. 8-11, jan 1999.

SCHMITT, Carl - *Teoría de la Constitución* - Madri, Alianza Universidad Textos, 1992

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o Terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª ed., 2003. São Paulo: Malheiros Editores.

Coisa julgada inconstitucional

Eduardo Andres Ferreira Rodriguez

Sumário

1.Introdução; 2. Hipóteses fáticas de coisa julgada inconstitucional; 3. Princípios norteadores do sistema jurídico nacional; 3.1. Equilíbrio entre os Poderes constituídos; 3.2. Constitucionalidade; 3.3. Razoabilidade; 3.4. Segurança jurídica; 3.5. Isonomia; 3.6. Instrumentalidade do processo; 4. Instituto da coisa julgada; 4.1. Modalidades da coisa julgada; 4.2. Coisa julgada na Constituição Federal; 4.3. Coisa julgada na legislação ordinária; 5. Ponderações sistemáticas sobre a matéria; 6. Conclusão.

1. Introdução

Um dos temas mais instigantes da dogmática processual hodierna consiste na validade e sustentação de decisões judiciais definitivas que apresentam contornos de inconstitucionalidade. Refere-se, nessa verteda, a pronunciamentos jurisdicionais não mais passíveis de serem vergastados por recursos ordinários ou excepcionais e que adquirem caráter de definitividade ao vestirem o manto da coisa julgada material.

Neste trabalho, por intermédio da revisão da bibliografia existente sobre o tema, bem assim da análise da evolução jurisprudencial, discutem-se as condições, hipóteses e alternativas existentes para o aperfeiçoamento normativo da questão. Buscam-se respostas para o nível desejável de flexibilização da coisa julgada que apresenta vícios de inconstitucionalidade, por meio do contraponto entre a segurança jurídica, de

Eduardo Andres Ferreira Rodriguez é Advogado e engenheiro, atual Consultor de Orçamentos do Senado Federal, ex-Analista de Finanças e Controle.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. PAULO FERNANDO MOHN E SOUZA.

um lado, e a justiça e adequação das decisões à Constituição Federal, de outro.

A questão coloca-se sob diversos matices e proporciona múltiplas abordagens metodológicas. *In limine*, convém ressaltar que a tradição processual pátria, amplamente orientada pela tradição romano-germânica, atribui ao instituto da coisa julgada uma natureza quase absoluta, estando disseminadas no meio jurídico expressões como “a coisa julgada faz preto do branco” e torna “redondo o que era quadrado”, correspondentes a remotos adágios romanos como “*res judicata facit de albo nigrum*” ou, em outros termos, “*falsum in verum*”. É tarefa singela diferenciar a forma de tratamento conferida ao tema entre os pretórios nacionais e a jurisprudência anglo-saxã, substancialmente mais permeável a avaliações mais críticas acerca dos efeitos provenientes da autoridade da coisa julgada.

Tem-se claro, nos dias atuais, diante da multiplicidade de hipóteses e situações litigiosas passíveis de serem levadas à apreciação do Poder Judiciário e do crescente cipoal de processos em tramitação em todos os graus de jurisdição, que as possibilidades de decisões injustas e infringentes dos ditames constitucionais são significativas. O sistema recursal, prejudicado pela análise muitas vezes perfunctória das questões trazidas aos autos, imposta para se disponibilizar uma tutela menos tardia aos jurisdicionados, por vezes se mostra pouco eficaz na desconstituição desses pronunciamentos judiciais.

Há variadas situações em que se impõe uma discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da manutenção da decisão judicial posta em dúvida diante da Lei Maior. A mais evidente delas é aquela fundamentada em dispositivo de lei fulminado de inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso, após o trânsito em julgado da decisão. Caso diametralmente oposto é a decisão judicial em que o magistrado, ao motivar o *decisum*, afasta a incidência de determinada norma, por suposta inconstitucionalidade, e, após,

sobrevem decisão do Supremo Tribunal confirmando a constitucionalidade da norma. Essas são hipóteses em que a análise apresenta enfoque objetivo, pautada na hierarquia funcional das decisões judiciais.

Não se pode desconsiderar, sem embargo, a existência de inúmeras outras possibilidades de confronto direto entre a *res judicata* e regras ou princípios constitucionais, sem que haja participação da Suprema Corte na definição do direito constitucional aplicável. Inegavelmente, esses casos projetam uma carga superior de subjetividade, sendo de muito maior complexidade a definição, *de lege ferenda*, do grau desejável de eventual flexibilização da autoridade da coisa julgada.

2. Hipóteses fáticas de coisa julgada inconstitucional

Algumas possibilidades já são bastante exploradas pelos autores que se enveredam pelo tema. Caso clássico é o do servidor público que obtém determinada vantagem pecuniária na Justiça e, uma vez transitada em julgado a decisão, está assegurado seu direito de forma definitiva. Um colega seu, exercente do mesmo cargo e função e com o mesmo tempo de serviço público, vai ao Judiciário colimando a obtenção da mesma vantagem, porém, distribuída sua causa a outro magistrado, tem negada essa pretensão, em decisão que também transita em julgado. Entre a primeira e a segunda decisão judicial definitiva, o Supremo Tribunal Federal pronuncia-se pela inconstitucionalidade da vantagem pecuniária.

Cria-se, pois, um fato de grande perplexidade, eis que servidores na mesma situação jurídica perceberão diferentes remunerações apenas em decorrência da atuação do Estado-Juiz.

A noção prevalente de justiça não é observada no caso citado quando a solução judicial advém de mera mudança ou divergência jurisprudencial, como costuma ocorrer com indesejável freqüência. Muitas ve-

zes, o simples momento de ajuizamento da demanda determina seu sucesso ou fracasso. Observe-se que não se está a referir a situações em que o servidor perde a demanda em virtude de negligência processual, por exemplo deixando de recorrer quando tinha essa faculdade.

Além disso, é inegável o interesse público na questão, porquanto, no caso narrado, o erário é onerado a cada mês por pagamentos que a Corte Suprema já decidiu indevidos.

Outro exemplo clássico é fornecido por ações de investigação de paternidade propostas e apreciadas antes dos atuais exames periciais, que possibilitam, mediante a aferição do código genético, identificar a ascendência com grande precisão. É possível que pronunciamentos definitivos da Justiça sejam contrariados pelos novos exames. Para o Ministro José Delgado (*In* NASCIMENTO, Carlos Valder do, 2003, p. 97),

a sentença trântita em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário.

Nessas situações, persiste o interesse indisponível, afeto aos direitos de personalidade, de a representação jurídica da filiação ser condizente com a realidade material. Desnecessário mencionar que as relações de parentesco dão azo a inúmeras outras relações jurídicas, mormente na seara do Direito de Família e das Sucessões. Indaga-se, pois, nessas hipóteses, como o Estado pode, a pretexto de estabilizar uma relação jurídica, desconhecer a existência de flagrante inconsistência da decisão judicial transitada em julgado, provocando nítidos e sérios danos aos direitos de personalidade dos envolvidos.

Muito já se discute, também, sobre causas que versam sobre desapropriação indireta. Nesse contexto, foi firmado importante

precedente jurisprudencial, no egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgado decorrente de substancioso voto da lavra do Ministro José Delgado (Recurso Especial – RESP - 240.712/SP, 15.02.2000).

O Estado de São Paulo, vencido em processo por desapropriação indireta e condenado a pagar débito decorrente de desapropriação, fez acordo com os credores visando ao parcelamento da obrigação. Tempo após, ingressou em juízo com uma *ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito*. Alegou, na ocasião, a existência de erro no julgamento da ação de desapropriação, provocado por incorreção da prova pericial, visto que a área desapropriada já pertencia ao Estado e não aos autores da desapropriação indireta.

Foi concedida, em primeiro grau, tutela antecipatória sustando os pagamentos supostamente devidos pelo Estado, decisão vergastada e reformada em sede de agravo de instrumento pelo Tribunal Estadual. No processamento do recurso especial, o Relator votou pelo restabelecimento da tutela de urgência, malgrado a existência de trânsito em julgado da decisão original. Por três votos a dois, o posicionamento do Relator foi adotado pela Corte Superior, constituindo-se verdadeiro acórdão paradigma da relativização da autoridade da coisa julgada.

Embora se trate de decisão de caráter precário, vislumbra-se que foi prestigiado o interesse público, jungido ao mandamento constitucional da justa indenização, em caso clássico que bem demonstra como os Tribunais mostram-se reticentes na revisão de julgados que, claramente, são eivados de vícios substanciosos. Afinal, não obstante as evidências, dois ministros houveram por bem alçar a autoridade da coisa julgada a patamar inalcançável e inatingível, dotando-a de efeitos absolutos.

Para ilustrar, convém reproduzir passagem do Voto vencido do Min. Humberto Gomes de Barros:

... o fato é que essa sentença transitou em julgado. O instrumento constitu-

cionalmente apropriado para enfrentar essa sentença não foi utilizado oportunamente. O valor pode ser alto, mas precisamos atentar para a segurança das decisões judiciais. Este é o valor mais alto de todos. Essa decisão judicial pode até ser defeituosa. É necessário porém que tenhamos alguma regra para ter como sólida, como irreversível, uma decisão judicial. Se dermos elasticidade ou uma amplitude maior à insegurança da decisão judicial, creio que o Estado de Direito brasileiro estará comprometido... Não vejo como, sem magoar profundamente o instituto constitucional da coisa julgada, rescindir a Sentença mediante simples ação declaratória, iniciada no juízo singular.

São possíveis inúmeros outros exemplos de decisões definitivas em que cabe a discussão acerca de sua imutabilidade. Boa parte delas é albergada nos diversos ramos do Direito Público, quando o interesse geral atua no sentido de questionar as consequências dos julgados. É o caso de decisões que livram contribuintes de exações tributárias as quais são posteriormente declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal.

José Delgado (*In* NASCIMENTO, Carlos Valder do, 2003, p. 101) arrola enorme número de hipóteses em que as decisões definitivas afrontariam a Constituição Federal. Algumas delas são: 1) que impeça alguém de associar-se ou de permanecer associado, 2) que nulifique o direito de herança, 3) que impeça a atuação de cultos religiosos, 4) que inviabilize a aposentadoria do trabalhador, 5) que considere eficaz e efetiva dívida de jogo ilícito e, por fim, 6) que legitime a violação do sigilo da correspondência.

3. Princípios norteadores do sistema jurídico nacional

O exame de alguns dos princípios basilares da ordem jurídica brasileira facilita a devida compreensão dos pressupostos e

fundamentos dos preceitos legais, da doutrina processualista e da jurisprudência atinente ao tema vertente. São os princípios, em especial aqueles presentes na Constituição Federal, que fornecem os alicerces essenciais para a dinâmica da Ciência Jurídica. Tendo isso em mente, mister que a definição das situações e hipóteses em que a coisa julgada deve ou não prevalecer evidencie conformidade com os princípios gerais de direito.

Para Lopes (2003, p. 7), os princípios jurídicos envolvidos na questão são: proporcionalidade (razoabilidade), democracia, hierarquia das normas, legalidade, isonomia, separação de poderes, moralidade pública, dignidade da pessoa humana, meio ambiente ecologicamente equilibrado, acesso à ordem jurídica justa e repúdio à fraude e ao erro grosseiro. À continuação, destacam-se alguns princípios, mais diretamente relacionados à concepção do presente trabalho.

3.1. Equilíbrio entre os Poderes constituídos

A Constituição Federal definiu um sistema de distribuição de poderes traduzido pela clássica assertiva de freios e contrapesos (*"checks and balances"*), ao determinar controles mútuos entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesse sentido, nenhum dos Poderes pode lograr posição de destaque acentuado na estrutura orgânica e funcional do Estado. Essa é uma das razões por que se questiona o fato de decisões judiciais, relativamente a lides trazidas a sua apreciação, desconheçam ou violem dispositivos dotados da mais alta hierarquia normativa, eis que presentes na Constituição Federal, e adquiram *status* de imutabilidade.

Negar a discussão equivaleria a alçar a função jurisdicional acima do próprio poder constituinte, já que as violações constitucionais estariam sacramentadas pelo próprio sistema jurídico, de tal maneira que, ao Judiciário, restariam prerrogativas, pouco defensáveis, de afastar a incidência de dispositivos de índole constitucional, para ca-

tos concretos. No limite, os magistrados investiram-se de verdadeiro poder constituinte originário, bastando, para tanto, prolatarem decisões inconstitucionais, as quais, decorrido certo interregno, estariam consolidadas, não podendo ser reformadas. Evidentemente, a matriz constitucional não lhes outorga essa legitimidade.

Mencione-se também que, aos membros do Judiciário, a ordem jurídica reserva a magna função de exercer o controle jurisdicional das atividades legislativas e administrativas. Trata-se daquilo que a doutrina administrativista denomina controle jurisdicional dos atos administrativos e legislativos. De acordo com Mello (1999, p. 170):

o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, controla, in concreto, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso.

O Poder Judiciário atua no controle da legalidade dos atos administrativos e, também, como se sói assinalar, como verdadeiro “legislador negativo”, ao exercer o controle repressivo de constitucionalidade das normas, máxime por intermédio do Supremo Tribunal Federal. Tendo por premissas a supremacia e a rigidez constitucional, esse controle avalia a adequação das normas editadas pelos Poderes Legislativo e Executivo ao sistema constitucional. Ora, cioso que é dessa relevante prerrogativa, torna-se injustificável para o Judiciário a defesa do caráter absoluto da coisa julgada quando em desconformidade com as próprias normas constitucionais, cuja defesa lhe é própria.

Por esse enfoque, recomenda-se cautela no tratamento excessivamente dogmático apregoado por muitos processualistas aos efeitos imutáveis da coisa julgada. A superveniência e a perenização de decisões judiciais flagrantemente inconstitucionais não encontram arrimo nos postulados que re-

gem a distribuição das funções políticas do Estado Nacional.

3.2. Constitucionalidade

Um dos postulados mais difundidos pela Ciência Jurídica, sedimentado no início do século XX por Hans Kelsen, com sua célebre pirâmide normativa, é a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico. Compete à Constituição, como norma primária da produção jurídica, identificar as fontes de produção normativa e determinar a validade e eficácia de cada uma delas. Tornou-se clássica no mundo jurídico a assertiva segundo a qual “contra a Constituição nada prospera, tudo fenece”.

Constata-se assim, que a Constituição é a vertente de todas as normas emanadas do Estado, devendo estas, necessariamente, sujeitar-se a esse princípio hierárquico, sob pena de desfigurar todo o edifício construído para emprestar validade e eficácia a cada uma das regras jurídicas. A decisão judicial pode ser caracterizada como norma jurídica, aplicável às partes envolvidas na relação jurídica processual¹. O próprio ordenamento corrobora essa assertiva, *ex vi* do art. 468 do Código de Processo Civil (CPC): “A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

Para quem assim não entenda, por não serem as decisões judiciais dotadas das características consagradas pela teoria da norma jurídica (generalidade e abstração), é pacífico que as decisões judiciais consignam, ao menos, atos estatais, inegavelmente também submetidos à força normativa constitucional.

O princípio da constitucionalidade decorre diretamente da necessidade de firmar a força normativa e vinculante dos dispositivos constitucionais. Nessa medida, atua como fator assegurador da vontade política da nação, verdadeira fonte do poder constituinte. No campo jurídico, especificamente, mister que se disponibilizem, no ordenamento, meios hábeis a compelir a fiel obser-

vância dos ditames da Carta Política, sem o qual o princípio em questão transmuda-se em mera retórica.

Vale, neste ponto, reproduzir advertência da lavra de Humberto Theodoro Júnior (*In* NASCIMENTO, Carlos Valder do, 2003, p. 132), para quem: “o princípio de constitucionalidade e o efeito negativo que advém do ato inconstitucional não se dirigem apenas, como podem pensar os mais desavisados, aos atos do Poder Legislativo. Aplicam-se a toda a categoria de atos emanados do Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário)”. O ilustre processualista mineiro acentua, ainda, que é indevida qualquer tentativa de sobrepor decisões judiciais a leis, em tema de inconstitucionalidade. O controle de adequação constitucional deve, pois, incidir tanto sobre os atos oriundos tipicamente do Poder Legislativo como do Poder Judiciário.

3.3. Razoabilidade

O princípio da razoabilidade (proporcionalidade) constitui verdadeiro sobreprincípio constitucional, estando em curso, hoje, um contínuo alargamento de sua incidência jurídica, sobretudo na esfera do Direito Público. Na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 855/PR, a Corte Constitucional, em notável julgado conduzido pelo Ministro Moreira Alves, decidiu que o postulado em comento está albergado no art. 5º, LIV, da Constituição vigente: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Consoante Di Pietro (2002, p. 81), citando Diogo Moreira Neto, pelo princípio da razoabilidade, “o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, ..., contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos *interesses públicos*”. (Grifos no original). Entre outros predicados, a razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios utilizados e os fins almejados.

O princípio da reserva legal converte-se, hoje, no princípio da reserva legal propor-

cional, pressupondo não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização. Mais do que isso, o devido processo legal exige, na esfera processual, o processo justo, que assegure a melhor solução do litígio.

Nessa linha de raciocínio, convém indagar se determinado aresto, trânsito em julgado, em desacordo com a Constituição, logra a satisfação do interesse público maior, ou se, apenas, de forma parcial e injusta, do interesse imediato de uma das partes litigantes. Depreende-se ser pouco defensável que o mero transcurso de um certo intervalo de tempo tenha o condão de legitimar e eternizar os efeitos perniciosos de deliberação em evidente conflito com as regras magnas da vida social.

3.4. Segurança jurídica

Os juristas ressaltam que a intangibilidade da *res iudicata* é consectário direto do cânone da segurança jurídica. Na medida em que determinada lide é solucionada pelo Poder Judiciário, em favor de uma das partes litigantes, a nova situação jurídica deve se sacramentar, adquirindo contornos de definitividade e estabilizando a relação social antes em conflito. Precisamente esse é o fundamento da imutabilidade da coisa julgada.

Para Neves (2004, p. 1), “o fundamento da coisa julgada é puramente prático: evitar a perpetuação dos conflitos. Em outras palavras, a coisa julgada existe por uma questão de conveniência, já que é desejável que seja conferida segurança às relações jurídicas atingidas pelo efeito da sentença”.

Autores há que diferenciam a segurança da certeza jurídica. Sormani (2004, p. 2), *e.g.*, assinala que a segurança jurídica é objetiva; ao revés, a certeza do direito é subjetiva. A segurança seria o princípio que forma intelectivamente nos destinatários a certeza de agir conforme o Direito, estando subsumida ao plano deontológico, do dever ser.

Essa construção contribui para infirmar a assertiva de que a proteção da coisa julgada decorre da segurança jurídica. A coisa julgada edificada em regras contrárias à Constituição não atende a segurança jurídica, conquanto confira a seus destinatários certeza jurídica.

Cumpra questionar, então, se, na hipótese de a solução do litígio dar-se em detrimento do ordenamento constitucional, haveria, de fato, estabilização desse conflito ou ter-se-ia gerado, por via oblíqua, nova fonte de controvérsias e conturbação social. Consoante abalizado magistério de Cândido Dinamarco (*In* NASCIMENTO, Carlos Valder do, 2003, p. 72), “a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios”. Remanesce a questão: quais devem ser os limites e efeitos da coisa julgada para realmente se atender ao princípio da segurança jurídica?

3.5. Isonomia

O princípio da isonomia está enunciado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, ao se proclamar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País...”.

Para efeito deste trabalho, importa salientar que, no plano jurisdicional, situações análogas devem originar decisões judiciais de teor semelhante. Caso contrário, tem-se o Estado, via Poder Judiciário, adotando e consolidando distinções indevidas.

Vale considerar que a própria Constituição Federal instituiu mecanismo processual destinado a conferir um mínimo de uniformização às decisões judiciais, em tema de legislação federal infraconstitucional. Assim é que o recurso especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, é admissível nos casos de dissídio jurisprudencial, *ex vi* do art. 105, III, c, da Constituição. No processo trabalhista, a mesma função uniformizadora é outorgada pelo art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho ao recurso

de revista, endereçado ao Tribunal Superior do Trabalho. De fato, a principal função dos tribunais superiores é precisamente a uniformização das decisões do Poder Judiciário.

Na prática, sem embargo, verificam-se inúmeros casos em que decisões judiciais contraditórias transitam em julgado e acarretam diferenciações pouco defensáveis, causando prejuízos a diversos cidadãos, e favorecendo outros tantos. Caso típico, já levantado, é o das vantagens atribuídas a determinados servidores públicos e negadas a outros que se encontram na mesma situação jurídica.

3.6. Instrumentalidade do processo

O princípio da instrumentalidade das formas normalmente é abordado conjuntamente com o princípio da economia processual, colimando evitar que certo vício em ato processual localizado contamine e nulifique todo o processo. Os atos processuais que não guardem relação com o defeito não devem ser prejudicados, na busca de uma prestação jurisdicional efetiva.

É possível analisar o princípio vertente sob outro prisma. A doutrina processual tradicional externa um forte viés voltado para a valorização do processo, prestigiando sua independência relativamente ao direito material. Daí advêm importantes construções para a Ciência Jurídica, a exemplo da teoria da ação como direito público, subjetivo, autônomo e abstrato, amplamente difundida atualmente.

Não se pode, por óbvio, negligenciar a importância das regras processuais para a composição dos litígios e a correspondente pacificação social. A existência de institutos e métodos próprios de estudo confere ao Direito Processual autonomia inquestionável em relação aos demais ramos do Direito. Ocorre que não se pode perder de vista, da mesma forma, que o processo detém função eminentemente instrumental. O processo não é um fim em si mesmo, devendo estar sempre voltado para os objetivos maiores

que balizam a atuação e a própria existência da Ciência do Direito.

No limite, a materialização do valor justiça desponta como a verdadeira finalidade da existência das regras jurídicas e do aparato estatal mantido para preservar a ordem social. Consiste em grave equívoco a tendência de hipervalorização da forma em detrimento do conteúdo e da noção de justiça, disseminada em parcela do universo dos operadores do Direito.

Com a clarividência que o caracteriza, Dinamarco (*In* NASCIMENTO, Carlos Valder do, 2003, p. 57) sintetiza esse pensamento exaltando a “prevalência do substancial sobre o processual, ou seja, o culto ao valor do justo em detrimento das regras processuais sobre a coisa julgada”.

Em seu notável Voto vencedor proferido no RESP 240.712/SP, o Ministro José Delgado cita ensinamentos da lavra de Humberto Theodoro Júnior, em “*O Direito positivo e os preceitos morais*”. Destaca o mestre que a hermenêutica jurídica que exige a virtude da justiça é uma operação de prudência e não de lógica. Prevalece atualmente a concepção de que interpretar é extrair de normas gerais e formais a norma justa para determinada situação concreta. O próprio Supremo Tribunal Federal prestigia a idéia, como se infere do Recurso Extraordinário (RE) 111.787/GO, rel. Ministro Marco Aurélio, ementado nos seguintes termos: “Ofício judicante. Postura do Magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanista. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrando o indispensável apoio, formalizá-la.”

Enfim, impõe-se à atividade jurisdicional a busca por ideais de justiça, conciliando-os sempre com o horizonte normativo estabelecido na ordem jurídica. O manto da coisa julgada acobertando decisão que não realiza o verdadeiro direito material aplicável às partes litigantes e nem materializa os ideais de justiça prevalentes na sociedade em dado momento não pode ser visto, as-

sim, como valor absoluto. Concluir de forma diversa significaria fornecer uma dimensão exagerada às normas processuais, deixando o processo de ser instrumental em relação ao direito material e à composição das contendas.

4. Instituto da coisa julgada

4.1. Modalidades da coisa julgada

A coisa julgada apresenta-se sob duas modalidades: a coisa julgada formal e a coisa julgada material. A distinção é primordial a fim de que se entendam as conseqüências jurídicas provenientes de cada relação jurídica processual e substantiva.

A coisa julgada formal é um fenômeno endoprocessual, não estendendo seus efeitos fora dos autos em que se materializa, correspondendo à mais eloqüente das espécies de preclusão². Para Nery (2001, p. 903), “coisa julgada formal é a inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida”. São situações em que a sentença não mais está sujeita a recurso, quer porque dela não se recorreu, quer porque se recorreu em desacordo com os requisitos recursais, quer ainda porque foram esgotados todos os meios recursais de que dispunham os sujeitos do processo.

A coisa julgada formal ocorre tanto quando a deliberação alcança o mérito da demanda (sentença definitiva), como quando a matéria de mérito não foi analisada, em razão da extinção do processo por vício processual (sentença terminativa). Nestas hipóteses, arroladas no art. 267 do Código de Processo Civil, a parte pode retornar a juízo alegando os mesmos fatos, desde que extirpado o defeito de ordem processual que antes serviu de fundamento para extinguir o feito, salvo nos casos de perempção, litispendência ou coisa julgada, quando a reanálise da lide não mais será permitida.

Repare que, nem sempre, a constatação do real alcance do aresto, com ou sem exame do mérito da demanda, é tarefa singela. Moura (2004, p. 5), com percuciência, forne-

ce exemplo emblemático do tema, mencionando lides trabalhistas versando sobre o reconhecimento de relação de emprego em caso de terceirização. A sentença que declara a inexistência de vínculo, em realidade, alcança o mérito, devendo ser proferida com os efeitos próprios do art. 269, I, do Código Processual Civil³. Sem embargo, em causas desse jaez, é muito comum a simples declaração de carência da ação, por ilegitimidade passiva *ad causam*, uma notória impropriedade que desafia recurso ordinário dirigido ao respectivo Tribunal Regional.

Diz-se que a coisa julgada formal é pressuposto da coisa julgada material, na medida em que a primeira torna imutável dentro do processo a decisão que encerra o feito, ao passo que a segunda constitui qualidade da decisão que tornam imutáveis os efeitos lançados fora do processo. Nesta, persiste a imutabilidade da decisão no mesmo ou em qualquer outro processo entre as mesmas partes e com o mesmo objeto. Somente as sentenças de mérito, previstas no art. 269 do Código de Processo Civil, produzem coisa julgada material.

Há que se considerar, também, que o regime de formação da coisa julgada encontra-se intimamente correlacionado ao grau de cognição do órgão jurisdicional acerca da matéria objeto da lide. Segundo Watanabe (1987, p. 41), a cognição decorre, prevalentemente, de

um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo.

O fenômeno cognitivo pode ser visualizado em dois planos distintos, horizontal e vertical.

No plano horizontal, a cognição do magistrado pode ser plena, em que não há limitação das questões passíveis de serem examinadas, ou parcial (limitada), quando

se restringe a certas matérias. Destarte, o plano horizontal refere-se à extensão e à amplitude daquilo a ser avaliado pelo órgão jurisdicional. No caso da cognição parcial, prestigia-se o valor celeridade processual, eis que o pronunciamento judicial, restrito a determinadas matérias, presumivelmente é exarado em interregno inferior ao da cognição plena. Tipicamente são exemplos dessa modalidade cognitiva a conversão da separação judicial em divórcio, a desapropriação e os interditos proibitórios (DIDIER JR., 2004, p. 4).

Por seu turno, o plano vertical indica se a cognição é exauriente ou sumária. Na cognição exauriente, o magistrado aprofunda-se na análise das questões de fato e de direito levadas a sua apreciação, consolidando um juízo robusto acerca do litígio. O plano vertical denota de que forma o órgão jurisdicional conheceu daquilo que lhe foi apresentado. Na cognição sumária, *a contrario sensu*, a necessidade de pronta tutela jurisdicional restringe os meios disponíveis para a formação da persuasão racional do magistrado, instado a decidir em face de postulações e elementos probatórios não desenvolvidos e consolidados em plenitude.

As duas modalidades de cognição combinam-se entre si para definir os procedimentos aplicáveis, daí advindas distintas conseqüências para o regime da coisa julgada. Em regra, as demandas judiciais são processadas segundo o sistema de cognição plena e exauriente, mediante o rito ordinário. A solução dos conflitos é obtida por meio de provimento que se assenta em atos plenários quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz e alcance completo quanto à profundidade do exame das questões. O valor segurança jurídica é prestigiado.

A doutrina costuma assinalar, ademais, a existência de tipo particular de cognição plena e exauriente, *secundum eventum probationis*. Nesta, não existe limitação à extensão da matéria a ser debatida em juízo, porém se pressupõe a existência de elementos proba-

tórios suficientes. Normalmente, a fase probatória é mitigada e as questões prejudiciais são processadas autonomamente. São exemplos de procedimentos desse jaez o mandado de segurança, a ação de inventário e a desapropriação, na fase de levantamento do preço.

A cognição plena ou limitada e exauriente pode ser, ainda, eventual (*secundum eventum defensionis*). É o caso típico da ação monitória, em que a instalação do contraditório depende de opção do demandado. A cognição, nesses casos, é eventual.

Na cognição parcial e exauriente, o legislador tem em vista as peculiaridades do direito material e a premência da prestação jurisdicional. É possível, de todo modo, discutir os pontos não examinados em ação autônoma.

Muito já se escreveu sobre a cognição sumária, estando em curso no Direito Brasileiro tendência de amplificação das hipóteses de sua incidência, ante os reclamos por uma justiça célere e por decisões tempestivas. As tutelas sumárias baseiam-se em juízos de probabilidade e verossimilhança, podendo ter natureza antecipatória ou cautelar.

O surgimento da autoridade da coisa julgada depende da ocorrência da cognição exauriente, em que o órgão jurisdicional debruça-se à exaustão sobre os elementos trazidos aos autos e tem ampla liberdade para a formação de seu livre convencimento. Pronunciamentos oriundos de cognição limitada e exauriente têm aptidão para produzir coisa julgada no que se refere àquilo que foi examinado nos autos.

Após o trânsito em julgado da decisão, o ordenamento processual prevê, de forma expressa, a ação rescisória, destinada a reparar flagrante injustiça do decisório, quando seu grau de imperfeição é de tal grandeza que supere a segurança ofertada pela coisa julgada. As hipóteses *numerus clausus* permissivas da ação rescisórias são elencadas no art. 485 do CPC, embora parte da jurisprudência tenha adotado linha mais

flexível quanto ao rol ser exaustivo. Saliente-se, contudo, que, em qualquer caso, a rescisória submete-se a prazo decadencial (portanto não sujeito a suspensão ou interrupção) de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

4.2. Coisa julgada na Constituição Federal

O art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Partindo da redação constitucional, os autores divergem consideravelmente acerca da inteligência do mencionado normativo.

Os processualistas tradicionais emprestam ao dispositivo interpretação abrangente, salientando que o constituinte protegeu as decisões com trânsito em julgado tanto da criação legislativa superveniente como também de novos pronunciamentos judiciais. Ao se referir a “lei” o texto expressaria, em verdade, todos os atos oriundos do Estado, inclusive decisões judiciais. O instituto da coisa julgada ficaria, nesse diapasão, com autoridade máxima.

Buscam, outrossim, fixar o entendimento de que a proteção constitucional é conferida também ao instituto da coisa julgada e não apenas a cada pronunciamento jurisdicional específico. Essa leitura veda a que a legislação ordinária restrinja ou debilite a figura processual da coisa julgada, infringindo sua amplitude. Estaria defesa, *v.g.*, a previsão de meios de revisão ou desconsideração de julgados inconstitucionais, por ausência de amparo constitucional.

Ganha força, no entanto, a exegese mais flexível, defensora da proteção à coisa julgada em cada caso específico, restrita a ingerências indevidas do poder legiferante sobre pronunciamentos do Judiciário. Essencialmente, a autoridade da coisa julgada teria sede infraconstitucional, eis que regulada no CPC, e não foro constitucional. Por essa linha interpretativa, a Lei Maior protege não o instituto da coisa julgada de forma ampla, mas apenas cada decisão con-

creta, que não pode sofrer abalos advindos da criação normativa. Significa dizer apenas que o legislador, ao criar uma lei, não pode ofender o caso julgado, como garantia de que o Judiciário terá sua decisão respeitada, traduzindo a independência dos Poderes constituídos.

Com efeito, a última interpretação merece ser prestigiada. Em primeiro lugar, do ponto de vista gramatical, é mais consentânea com o Texto Constitucional, que não proibiu a lei de ferir o “instituto da coisa julgada”, mas apenas a “coisa julgada”.

A leitura integral do dispositivo em apreço também induz essa inteligência. O preceito faz menção à coisa julgada, mas também ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Para essas figuras, *aratio legis* constitucional refere-se às situações jurídicas específicas em que se verificam, e não aos institutos de forma ampla. O constituinte colimou impedir que lei nova tivesse o condão de alterar direito já adquirido ou ato jurídico celebrado, em atenção aos princípios da não surpresa e da irretroatividade da lei. A toda evidência, para a coisa julgada o entendimento deve ser idêntico.

Por derradeiro, a prevalecer a primeira corrente, restariam fulminados de inconstitucionalidade institutos que sempre conviveram com a ordem jurídica nacional, a ação rescisória e a revisão criminal. Ambos institutos têm por única função modificar ou rescindir a coisa julgada. A jurisprudência pátria, desde sempre, perfilha-se à noção de que a rescisória e a revisão criminal são totalmente compatíveis com a ordem constitucional.

Impende salientar, de todo modo, que qualquer alteração no instituto da coisa julgada não pode incidir sobre sentenças transitadas em julgado, visto que a lei regente é aquela existente ao tempo do trânsito em julgado, prevalecendo a regra constitucional do art. 5º, XXXVI.

A proteção constitucional da coisa julgada não deve impedir, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão medi-

ante atividade jurisdicional. Ao mencionar que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como fez o art. 485 do Código de Processo Civil (ação rescisória), sua rescindibilidade pelos instrumentos processuais adequados.

4.3. Coisa julgada na legislação ordinária

Impende salientar que a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 6º, §3º, define coisa julgada (ou caso julgado) como “a decisão judicial de que não caiba mais recurso”.

O art. 467 do CPC preconiza definição legal de coisa julgada material, nestes termos: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Para o presente estudo, importa, ainda, o normativo inscrito no art. 471 do CPC, que estabelece a vedação de apreciação de questões já decididas, relativas à mesma lide, ressalvadas as relações jurídicas continuativas, sempre que sobrevir modificação no condicionante que motivou o *decisum*. A ressalva refere-se, por exemplo, às causas alimentícias, em que se pondera, sempre, a dinâmica do binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante.

Calha a fiveleta comentário de Cintra *et al* (2003, p. 307), para quem:

quanto às sentenças determinativas ou ‘instáveis’, que decidem relações continuativas (CPC, art. 471, inc. I; CLT, art. 873), não há exceção à autoridade da coisa julgada e sim acolhimento do princípio *rebus sic stantibus*. O juiz, na nova decisão, não altera o julgado anterior, mas exatamente para atender a ele, adapta-o ao estado de fato superveniente.

Determina, ainda, o art. 463, I, do CPC, que, ao publicar a sentença de mérito, o juiz

cumpra e encerra o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la para lhe corrigir, mesmo *ex officio*, “inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo”. Segundo o magistério de Nery (2001, p. 901), “a doutrina e a jurisprudência afirmam entendimento no sentido de, constatado erro de cálculo, admitir-se seja a sentença corrigida, de ofício ou a requerimento da parte, *ainda que haja ela transitado em julgado*”. (Destques inexistentes no original).

No que toca aos meios existentes no ordenamento para rescindir sentença de mérito sobre a qual se formou a autoridade da coisa julgada, já se mencionou a ação rescisória, preconizada no art. 485 e seguintes do CPC e de competência originária dos tribunais. Na rescisória, formulam-se, em regra, dois pedidos, de juízo rescindendo, para desconstituir a decisão eivada de vício, e de juízo rescisório, para rejuízo da contenda. Em geral, o ajuízo da rescisória não suspende a execução da decisão rescindenda, porém a jurisprudência tem entendido que o interessado pode ajuizar ação cautelar inominada com essa finalidade, em caráter excepcional.

Deve ser destacado que, dentre os motivos aptos a ensejar a rescisória, figuram vícios de enorme gravidade, como casos de corrupção ou prevaricação do magistrado, de dolo do vencedor ou colusão entre as partes para fraudar a lei ou, ainda, de decisão fundada em prova falsa ou erro de fato. Vale a reflexão quanto a se vícios dessa magnitude devem mesmo ser convalidados simplesmente pelo transcurso do prazo decadencial de dois anos previsto para propositura da rescisória.

Além da rescisória, cumpre trazer à baila a regra do art. 741 do CPC, que arrola exaustivamente as matérias passíveis de serem opostas em sede de embargos à execução de títulos judiciais. No inciso I, prevê-se a falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, sempre que a causa tiver corrido à revelia do réu. Trata-se pois, do único vício processual que o ordenamen-

to, de forma expressa, outorga relevância tal que sobrevive à força da *res iudicata*. Mesmo após vencido o *dies ad quem* da rescisória, a matéria pode ser alegada nos embargos do devedor. Prestigia-se, assim, o princípio do contraditório, cujo exercício foi inviabilizado por deficiência da citação, suscitando revelia. Nesses casos, a relação jurídica processual sequer foi formada validamente, justificando-se o questionamento do título dela oriundo.

Mais recentemente, a edição da Medida Provisória nº 1.997-37, de 11.04.2000, atualmente Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, ensejou modificações de elevada monta no ordenamento vigente. No contexto da suavização dos efeitos da coisa julgada, a Medida Provisória alterou o Código de Processo Civil (art. 741, parágrafo único) e a Consolidação das Leis do Trabalho (art. 884, §5º), para prever a inexigibilidade de títulos judiciais fundados em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidos por incompatíveis com a Constituição Federal.

Cabem alguns comentários acerca da matéria. Em primeiro lugar, mencionado dispositivo foi recebido, no primeiro momento, com ceticismo e críticas por juristas de escol, incomodados pelas razões políticas que motivaram a edição da norma. Nesse sentido, Cavalcanti (2002, p. 606) assevera que:

no caso, bem o sabemos, o objetivo da Medida Provisória teve um endereço certo, ou seja, evitar que aquelas ações nas quais se discutiam aplicações de índices referentes aos Planos Econômicos editados por diferentes Governos, e que já tinham decisão transitada em julgado com conteúdo diverso ao entendimento do STF, pudessem ser executadas contra a Fazenda Pública, ou necessitassem de Ação Rescisória, pois em muitos casos, já era decorrido o prazo de 2 anos... Uma destas situações visadas pela MP nº 2.180 (24.08.2001, art. 10), é o referen-

te à correção do saldo das contas de FGTS, saldos estes, em milhares de casos, cujas decisões proferidas com o aval do STJ, incluíam índices que o STF não apreciou... Mais uma vez, portanto, o cidadão sai prejudicado por uma legislação casuística... Na prática, a MP 2.180/2001 apenas veio servir à voracidade do Executivo Federal, que utilizando-se (sic) do uso deste infeliz instituto chamado medida provisória, legisla em causa própria e em detrimento dos princípios maiores que informam o Estado Democrático de Direito.

Abstraindo-se considerações políticas ou mesmo éticas, importa a discussão sobre a juridicidade e o mérito do dispositivo, bem assim as conseqüências da novel legislação sobre o tema ora em discussão.

Cabe mencionar que o preceito é questionado em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADIN 2418-3/DF), perante o Supremo Tribunal Federal, relator Min. Cesar Peluso. Na peça exordial, o Autor expressa haver flagrante violência à coisa julgada, em detrimento do princípio da segurança jurídica.

Conquanto o Supremo Tribunal não tenha examinado sequer o pedido de liminar para suspensão do preceito, há a informação de que o Procurador-Geral da República manifestou-se nos autos pela inconstitucionalidade da norma contida na Medida Provisória.

Em substancioso ensaio, Assis (2002, p. 22-23) afasta a ofensa à Constituição do novo art. 741, parágrafo único, do CPC. Acentuando que a aplicação da regra é neutra e não favorece apenas a Fazenda Pública, ilustra sua assertiva com aresto do Superior Tribunal de Justiça (RESP 194.276-RS, 09.02.1999, rel. Min. José Delgado), argumentando que o contribuinte passa a dispor de instrumento processual para impugnar, via embargos do devedor, créditos tributários cobrados pelo ente público.

Salienta, ademais, que restaria o problema da edição de norma processual por intermédio de medida provisória, antes do advento da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, por ausência de urgência e relevância. Usando argumento pragmático, asseve que o Supremo Tribunal tem sido leniente nessa seara, restando improvável que use esse fundamento para fulminar o preceito.

De qualquer forma, até eventual deliberação em contrário da Corte Suprema, persiste a eficácia e a validade do dispositivo em comento.

Outra discussão importante enfoca o mérito do normativo. Assis (2002, p. 22) ensina:

O art. 741, parágrafo único, tornou sub conditione a eficácia de coisa julgada do título judicial que, preponderantemente ou exclusivamente, serviu de fundamento da resolução do juiz. Pode-se dizer, então, que toda sentença assumirá uma transparência eventual, sempre passível de ataque via embargos. E a coisa julgada, em qualquer processo, adquiriu a incomum e insólita característica de surgir e subsistir sub conditione. A qualquer momento, pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se baseou o pronunciamento judicial, desaparecerá a eficácia do art. 467. E isto se verificará ainda que a Corte Constitucional se manifeste após o prazo de dois anos da rescisória (art. 495).

Outro ponto de imprecisão e angústia quanto à conveniência da nova redação diz respeito à parte final do preceito. A inexigibilidade da coisa julgada inconstitucional não pressupõe, em todos os casos, julgamento proferido pela Corte Suprema, eis que a parte final traz hipótese alternativa de “aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

Ou seja, da forma como se encontra redigido o parágrafo único do art. 741 do CPC, o

devedor pode, garantido o juízo, argüir, via embargos, a inconstitucionalidade da decisão judicial, amparando-se, tão somente, em juízo subjetivo acerca de aplicação ou interpretação supostamente incompatível com a Lei Maior. Considerando que os embargos de devedor suspendem a execução (art. 739, §1º, do CPC), abre-se fenda para manobras procrastinatórias visando ao não adimplemento das obrigações. Nessa vereda, Moura (2004, p. 7) adverte que “a mitigação da coisa julgada... é situação excepcional e, portanto, não pode ter seu uso banalizado. Banalização que aliás parece ter-se iniciado com o advento da M.P. nº 2.180-35 inserindo um parágrafo único no art. 741 do CPC”.

Persistem, contudo, outras questões não bem resolvidas sobre o dispositivo em tela, dado seu exagerado alto grau de abstração. Sobre essas questões, juristas de estirpe evidenciam entendimentos divergentes. Um desses pontos é a subsunção do dispositivo aos casos de execução de decisão judicial que reconhece inconstitucionalidade de certa lei ou ato normativo e, posteriormente, o Supremo vem a declarar sua constitucionalidade. Relembre-se que a nova redação do CPC refere-se, apenas, à existência de julgamento do Supremo que declare a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Assis (2002, p. 24) sustenta que a aplicação do preceito é restrita, impondo-se “julgamento definitivo do STF, de procedência na ação direta de inconstitucionalidade ou de improcedência na ação direta de constitucionalidade”. Carvalho Júnior (2004, p. 5), *a contrario sensu*, afirma que nada impede a aplicação do dispositivo às hipóteses de reconhecimento da constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal. A conclusão é obtida socorrendo-se da interpretação teleológica e atendo-se ao princípio da constitucionalidade.

A nova redação do CPC também nada esclarece acerca da modalidade de deliberação do Supremo que propicia a oposição dos embargos. Basta decisão em controle

difuso de constitucionalidade ou se exige o controle concentrado? Caso incida a partir de decisão em sede de controle incidental, é mister para a aplicabilidade do preceito a prévia edição de Resolução do Senado Federal suspendendo a lei ou ato normativo? Nos casos de controle abstrato, exige-se decisão definitiva da Corte Suprema ou basta decisão liminar? Todas essas indagações encontram-se ainda carentes de respostas, a serem fornecidas, preferentemente, pela regulamentação ou alteração das regras atuais, ou mesmo por meio da jurisprudência.

Além disso, indaga-se sobre a possibilidade de utilização da exceção de pré-executividade, simples petição dirigida ao juízo da execução para argüir defeito de ordem pública do título executivo, para invalidar a execução de *res iudicata* inconstitucional. Ao revés dos embargos, a exceção de pré-executividade, criação jurisprudencial não prevista na legislação, não demanda o prévio seguro do juízo, podendo ser utilizada para matérias demonstráveis *prima facie*, que não demandam dilação probatória.

Diversos autores assinalam a possibilidade, advinda do novo dispositivo do CPC, de utilização da exceção de pré-executividade, no lugar dos embargos, para questionar o título judicial. O entendimento decorre da constatação de que a exigibilidade do título é matéria de ordem pública, que poderia até ser conhecida de ofício pelo juízo da execução.

5. Ponderações sistemáticas sobre a matéria

Parece claro que a dimensão excessiva que muitos buscam conferir ao instituto da coisa julgada carece de sustentação constitucional. A intangibilidade a qualquer custo da *res iudicata* deve ser combatida, em atenção aos princípios maiores do ordenamento. Firma-se, pois, a noção de que a revisibilidade dos julgados inconstitucionais, para além dos condicionantes da ação rescisória, é uma necessidade do sistema, com

vistas a assegurar a supremacia da Constituição.

Acatando-se essa premissa, contudo, resta ainda à doutrina a árdua tarefa de sistematizar situações e valores que justifiquem a superação do primado da coisa julgada. Em outras palavras, em que condições a segurança jurídica deve ser mitigada em favor de outros postulados da ordem jurídica.

As questões envolvidas são complexas e, por evidente, as soluções vislumbradas não são imediatas, devendo ser sedimentadas ao longo de processo de maturação da Ciência Processual. Algumas diretrizes, todavia, podem ser traçadas a fim de facilitar a condução do tema.

Inicialmente, assenta-se a premissa de que a revisibilidade da coisa julgada deve ser tomada em circunstâncias excepcionais. Pronunciamentos judiciais definitivos, na maioria das contendas, estabelecem o direito aplicável de forma escoreta, logrando a consecução de seu desiderato último, a pacificação social por meio da justa composição dos litígios. Os conflitos em sociedade seriam perenes caso não se imputasse à coisa julgada caráter cogente e definitividade. Assim, as providências destinadas à revisão da coisa julgada devem ser tão excepcionais quanto a ocorrência dos graves vícios de inconstitucionalidade.

Nessa linha, não se tem por satisfatórias regras como a prevista no parágrafo único do art. 741 do CPC, *in fine*, que mitiga demasiadamente a autoridade da coisa julgada. Admitir a oposição de embargos a título judicial apenas sob o fundamento subjetivo de equívoco de interpretação constitucional por parte do prolator da decisão exequenda, sem qualquer parâmetro objetivo calçado em exame da tese por parte do Supremo Tribunal Federal, contribui para tornar ainda mais moroso, custoso e ineficiente o processo judicial.

A medida vem na contramão da tendência hodierna de valorização da efetividade do processo. Afinal, tendo em vista a natu-

reza analítica da Constituição Nacional, os obrigados passam a dispor de instrumental fértil a lhes possibilitar a procrastinação do adimplemento das prestações devidas.

Distinta é a análise da outra hipótese do referido dispositivo do CPC, que torna inexigíveis títulos judiciais fundados em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Aqui, tem-se um parâmetro objetivo, aferível de plano pelo magistrado destinatário dos embargos, dificultando manobras protelatórias dos devedores. Em princípio, pois, a regra é mais razoável, indo ao encontro dos reclamos da moderna doutrina.

De toda forma, a regra em tela pode e deve ser aperfeiçoada, tendo em vista outros prismas que envolvem a questão. Uma discussão importante diz respeito ao bem jurídico a ser tutelado. Todos aqueles atinentes aos princípios e direitos fundamentais merecem relevo relativamente à preservação da coisa julgada. Os interesses da coletividade e a noção de justiça despontam como indisponíveis e inalienáveis. Subsumem-se a essa hipótese os casos de aferição de parentesco e todas as situações em que o erário é onerado indevidamente, aí inclusas causas sobre vantagens pecuniárias de servidores públicos, exações tributárias e oriundas de desapropriações indiretas.

Por outro lado, interesses particulares patrimoniais poderiam não justificar a mitigação da segurança jurídica, ao menos na generalidade dos casos. Autores há que buscam na tradicional separação entre questões de Direito Público e matérias de Direito Privado um norte para apontar aquelas como hábeis a infirmar a intangibilidade da *res iudicata*. Questões meramente privadas, sem repercussão coletiva, não teriam o condão de propiciar a revisão dos pronunciamentos definitivos.

Outra variável que pode ser utilizada para se definir as circunstâncias que justificam a revisibilidade de julgados é o grau de ofensa efetiva à Constituição. Por vezes, a

ofensa é indireta ou oblíqua, hipótese bastante comum dado ser a Constituição de 1988 eminentemente analítica e principiológica. Não se teria por justificada, nesses casos, a mitigação do valor segurança jurídica. Com efeito, no caso de ofensa à legislação ordinária, cabe à ação rescisória, dentro de seu interregno decadencial, o papel de desconstituir o julgado (art. 485, V, do CPC). Não fazendo a parte uso desse instrumento, consolidam-se os efeitos preconizados no *decisum*.

6. Conclusão

É possível assinalar que existe atualmente um quadro ainda muito refratário a discussões quanto à necessidade de relativização da coisa julgada. O meio jurídico, por sua natureza conservadora, tende a abortar discussões mais enfáticas a esse respeito, inclusive por conta de matizes corporativos. No entanto, autores de estirpe já se fazem ouvir frisando que a discussão é premente, com vistas à melhoria da ordem jurídica. Nesse sentido, a discussão deve superar antigos dogmas associados ao processo, sem o que se corre o risco de esterilizar seus resultados.

A idéia que se sedimenta pouco a pouco na doutrina aponta para a necessidade de conferir maior relatividade aos efeitos da coisa julgada, de forma a possibilitar a reforma de decisões inconstitucionais mesmo após o vencimento do *dies ad quem* para a propositura da rescisória.

Essa tendência, contudo, não pode desconsiderar a importância da segurança jurídica e a excepcionalidade das hipóteses e instrumentos a serem desenvolvidos para suavizar a coisa julgada inquinada de vícios de ordem constitucional. A possibilidade ampla e irrestrita de os sucumbentes alegarem inconstitucionalidade nas decisões judiciais, quer em sede de embargos à execução quer em ação autônoma (consectária da antiga *querela nullitatis*) não sujeita ao prazo da rescisória, ameaça mesmo a efeti-

vidade processual, podendo servir a interesses escusos de mera procrastinação dos resultados do processo.

Assim é que a norma prevista no parágrafo único, *in fine*, do art. 741, do Código de Processo Civil, atualmente questionada em sede de controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, merece aperfeiçoamentos. Elementos como a existência ou não de pronunciamento sobre a matéria de direito por parte do Supremo Tribunal Federal, o grau de ofensa à Constituição da decisão trânsita em julgado e o bem jurídico tutelado devem constituir os balizadores para estudos que busquem o contínuo aperfeiçoamento legislativo da matéria.

Notas

¹ Vale destacar que os limites subjetivos da coisa julgada têm sido estendidos paulatinamente, mormente pela disseminação das ações coletivas, enfraquecendo a tese tradicional, de que os efeitos do pronunciamento judicial circunscrevem-se às partes da relação processual.

² Recorde-se que a preclusão é figura processual que denota a perda de uma faculdade, em virtude de seu exercício (preclusão consumativa), do exercício de outro ato logicamente incompatível (preclusão lógica) ou do escoamento *in albis* do prazo previsto em lei para o exercício da faculdade (preclusão temporal). A rigor, preclusão e coisa julgada formal não são fenômenos idênticos, mas formam uma relação de antecedente e conseqüente (a preclusão é o antecedente da coisa julgada formal).

³ “Art. 269. Extingue-se o processo com julgamento de mérito: I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor”.

Referências

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, ano 50, nº 301, p. 7-27, nov. 2002.

CARVALHO JÚNIOR, Gilberto Barroso. *A coisa julgada inconstitucional e o novo parágrafo único do art. 741 do CPC*. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3605>>. Acesso em 12 jan. 2004.

- CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência. *Fórum Administrativo – Direito Público*. Belo Horizonte: nº 15, p. 588-607, mai. 2002.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CONRADO, Rommel Moreira. Coisa julgada inconstitucional. *Revista Consulex*. Brasília: ano VI, nº 141, p. 36-38, nov. 2002.
- DIAS, Francisco Barros. Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 758, p. 34-42, dez. 1998.
- DIDIER JR., Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ, nº 10, jan. 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 02 mar. 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Coisa julgada e justiça das decisões*. Disponível em <http://www.editoraforense.com.br/Atualida/Artigos_DC/coisa.htm>. Acesso em 10 out. 2003.
- MARINHO FILHO, Luciano. A coisa julgada inconstitucional: efeitos e mecanismos processuais disponíveis para o saneamento do sistema jurídico brasileiro. *Informativo Jurídico Consulex*. Brasília: ano XVII, nº 23, p. 4-8, 09 jun. 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ, nº 5, ago. 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 02 mar. 2004.
- MENEZES JÚNIOR, José Amintas Noronha de. A coisa julgada inconstitucional. *Revista da Esmese*, nº 2, p. 258-313, 2002. Disponível em <<http://www.esmese.com.br/revista02.PDF>>. Acesso em 10 out. 2003.
- MOURA, Marcelo. *Coisa Julgada Inconstitucional*. Disponível em <<http://www.cursodecisum.com.br/paginas/artigos.htm#>>. Acesso em 12.01.2004.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 5ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- NEVES, Murilo Sechieri Costa. *Relativização da coisa julgada*. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/novo/html/artigos/art_122.htm>. Acesso em: 12 jan. 2004.
- SANTOS, Osmane Antônio dos. Ação modificativa da coisa julgada. *Revista Consulex*. Brasília: ano VI, nº 139, p. 32-33, out. 2002.
- SORMANI, Alexandre. *Coisa julgada*. Disponível em <<http://conjur.uol.com.br/textos/19675/>>. Acesso em 12 jan. 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 30ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2000.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

Ingerência humanitária

Um novo paradigma em formação?

Eugênia Kimie Suda Camacho Pestana

Sumário

Introdução; 1. Breve histórico da reação internacional à Guerra do Golfo; 2. O conceito de Segurança Coletiva após a Guerra do Golfo; 3. A Agenda para a Paz do Secretário-Geral Boutros Ghali; 4. Operações de Paz da ONU; 5. Atividades Humanitárias da ONU; 6. O conflito no Timor Leste e no Kosovo; 6.1. Timor Leste; 6.2. Kosovo. 7. Ingerência Humanitária: Breves Considerações; 8. A Doutrina da Comunidade Internacional; Conclusão; Referências;

Introdução

*Nenhum homem é uma ilha completa em si mesma;
todo homem é um pedaço de continente,
uma parte da terra firme.
A morte de qualquer homem diminui a mim,
porque na humanidade me encontro envolvido;
por isso, nunca mandes indagar por quem os sinos
dobram;
eles dobram por ti.*

John Donne (1572-1631)

Meditação 18

Eugênia Kimie Suda Camacho Pestana, 39, formada em Ed. Física pela UnB (1986), especializações: Ed. de Defic. Visuais (IBC/RJ, 1989); Ed. do Defic. Mental (UnB, 1994).

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro - UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul - UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. JORGE LUIZ FONTOURA NOGUEIRA.

Nos últimos anos da década de 90, do século XX, aconteceram dois conflitos, o do Timor Leste e o do Kosovo que, com grande vigor, trouxeram à tona o tema da Ingerência Humanitária. Quase contemporâneos, no entanto bastante diferentes quanto aos antecedentes e ao encaminhamento tomado dentro do Conselho de Segurança da ONU, eles mostraram a fragilidade da comunidade internacional frente aos novos desafios do período pós-Guerra Fria.

Este estudo procurará analisar algumas questões relativas ao tema da Ingerência Humanitária, buscando responder à indagação do título: há um novo paradigma em formação?

O tema “Ingerência Humanitária” poderia ser abordado de várias formas diferentes. Seria possível começar a discussão a partir dos aspectos filosóficos do Direito, discutindo-se, por exemplo, o conceito de Direito Natural e dos Direitos Humanos; poder-se-ia analisar os últimos conflitos internacionais onde a questão humanitária foi um aspecto relevante, como a crise na Somália, o massacre em Ruanda, os confrontos no Haiti, no Iraque ou na ex-Iugoslávia. Outra possibilidade seria estudar mais a fundo as Operações de Paz da ONU ou o conceito de Segurança Coletiva que emergiu no pós-Guerra do Golfo. Não faltam alternativas.

Para tentar resolver esse dilema e sem a pretensão de esgotar o assunto, este trabalho procurou selecionar alguns dos seus aspectos a fim de delimitar a discussão e marcar, tão somente, o início de um estudo mais aprofundado sobre objeto tão apaixonante. Ele terá início com uma breve análise histórica do período pós-Guerra do Golfo para, em seguida, serem levantados alguns aspectos das Operações de Paz e das atividades humanitárias da ONU. A Agenda para a Paz, documento norteador dessas questões, será brevemente analisada. Na seqüência, serão revistos os dois conflitos escolhidos, entre tantos da última década, por levantarem a questão da crise humanitária e por terem sido conduzidos de forma tão diferente, a partir do prisma do Conselho de Segurança.

Um dos capítulos abordará análise mais aprofundada de algumas questões que envolvem a Ingerência Humanitária, sob o ponto de vista de José Gomes Canotilho e, por fim, será citada a Doutrina da Comunidade Internacional, do primeiro-ministro britânico Tony Blair, por ser uma tentativa de dar alguma ordem ao tema.

1. Breve histórico da reação internacional à Guerra do Golfo

O fim da guerra fria tornou possível o funcionamento, ainda que imperfeito e passível de críticas, do sistema de segurança coletiva previsto na Carta de 1945, pois o fim do bipolarismo e dos constrangimentos que ele provocava nos organismos internacionais possibilitou à ONU uma atuação mais efetiva na promoção e manutenção da paz e da segurança internacionais (LAMPREIA, 1995, *apud* LAMAZIÈRE, 1998).

Assim, ao final dos anos oitenta e com o fim da guerra fria, duas tendências se manifestaram com crescente vigor na cena internacional: o recurso às Nações Unidas e, sobretudo, ao Conselho de Segurança, para o encaminhamento de conflitos antes aparentemente insolúveis; e a aceitação, primeiro pelo então bloco socialista e logo pelos não-alinhados, de acordos de desarmamento, bilaterais ou multilaterais, que comportavam medidas de verificação cada vez mais intrusivas.

Após a invasão do Kuwait pelo Iraque, em agosto de 1990, e ao longo do processo que levou à resolução de cessar-fogo – 687 (1991) – e à criação da Comissão Especial das Nações Unidas (United Nations Special Commission – UNSCOM), esses dois processos convergiram de forma emblemática.

Esta constatação reforçaria o caráter de operação paradigmática e pedagógica da intervenção contra o Iraque. Perante ameaças no eixo centro/periferia, a dissuasão passava a ser buscada em um sistema de segurança coletiva das Nações Unidas revivificado, e não mais na dissuasão nuclear adaptada ao conflito Leste/Oeste.

A reação progressivamente articulada pelos Estados Unidos ao conflito permitiu alcançar uma série de objetivos democráticos. Primeiramente, demonstrar que no mundo pós-guerra fria era possível uma ação unida da comunidade internacional, sob a liderança norte-americana, para enfrentar ameaças à paz e à segurança internacionais.

Em segundo lugar, legitimizar esta operação pelo recurso ao sistema de segurança coletiva da Carta, que por sua vez se legitimava, na mesma medida, pela sua eficácia recuperada. Em terceiro lugar, usar o Conselho para amarrar diversos dos chamados novos temas globais ao âmbito da segurança internacional: não-proliferação de armas de destruição em massa; direitos humanos; meio ambiente. E, em quarto lugar, assegurar uma ordem regional estável que garantisse o suprimento, em longo prazo e com preços aceitáveis, de petróleo ao Ocidente.

Cabe sublinhar que o Iraque preenchia as necessidades do momento com perfeição. Aparecia como motivo ideal para uma intervenção com base na preservação da ordem interestatal, sob vários aspectos: clara violação territorial – agressão e ocupação; proliferação de armas de destruição em massa; violações de direitos humanos; e ameaças ao meio ambiente.

Em reação ao conflito, o Conselho de Segurança das Nações Unidas – CSNU – aprovou uma série de resoluções sob o Capítulo VII de caráter praticamente inédito, culminando, em um primeiro momento, com a autorização aos Estados Membros para o uso de “todos os meios necessários” para liberar o Kuaite – resolução 678 (1990) – e, mais tarde, obtido este resultado, com a imposição de um conjunto de severas medidas ao Estado invasor através da resolução 687 (1991).

Assim, em nome ao mesmo tempo da segurança internacional e da não-proliferação, se procedeu ao desarmamento de um só país, fazendo claramente desse processo um evento paradigmático e pedagógico, por autorizar o uso da força militar coletiva para preservar o direito internacional (SHEFFER, 1991, *apud* LAMAZIÈRE, 1998).

2. O conceito de Segurança Coletiva após a Guerra do Golfo

A entrada em vigor da Carta da ONU em 24 de outubro de 1945 abriu um novo capítulo

na história da segurança coletiva. Um instrumento internacional destinado a aplicar-se à comunidade das nações como um todo regulamentava, com um grau de especificidade sem precedentes, os termos e condições para a autorização de ações coercitivas para a preservação da paz. O fulcro dessa regulamentação era o Capítulo VII.

F. T. Liu retém os elementos básicos do sistema das Nações Unidas para a preservação da paz e segurança internacional no seguinte parágrafo:

*The original system devised by the United Nations to ensure the maintenance of international peace and security is outlined in Chapters VI and VII of the Charter. Briefly it is meant to function in the following manner. When a dispute arises between two governments, the parties concerned are obliged, under Chapter VI, to seek a solution by peaceful means, mainly by negotiation, conciliation, mediation and arbitration. If the peaceful means should prove insufficient and the dispute escalates into armed conflict, the Chapter VII comes into play. That Chapter, which constitutes the core of the UN collective security system, stipulates that in case of any threat to the peace, breach of the peace or act of aggression, the Security Council may take enforcement measures to restore peace, first non-military measures such as arms embargoes and economic sanctions, and, in the last resort, the use of force. (LIU, 1994, *apud* PATRIOTA, 1998, p. 24)*

O Capítulo VII da Carta da ONU atribui ao Conselho de Segurança o monopólio sobre a autorização da coerção militar e não militar, excetuado o direito individual ou coletivo à legítima defesa previsto pelo Artigo 51. Vale ressaltar que as decisões inspiradas nos dispositivos do Capítulo VII se distinguem das demais decisões do CSNU essencialmente por não requererem o consentimento da parte às quais elas se aplicam. As possibilidades de ação oferecidas pelo Capítulo VII podem ser consideradas como manifestações do dois enfoques distintos para restabelecer a paz: o do isolamento e o da intervenção. O primeiro seria o

das sanções, previstas pelo Artigo 41, que podem assumir feições variadas, indo do isolamento diplomático, passando pelos embargos de armas, até chegar às sanções abrangentes, inclusive econômicas e comerciais. O segundo seria o da ação coercitiva armada contemplada pelo Artigo 42.

Tanto a lógica do isolamento como a da intervenção conflitariam, em princípio, com os preceitos de não intervenção nos assuntos internos dos Estados consagrados no Artigo 2.7 da Carta e da igualdade soberana de todos os membros da Organização do Artigo 2.1. O próprio Artigo 2.7, entretanto, esclarece que o princípio da não intervenção “não prejudicará a aplicação de medidas coercitivas sob o Capítulo VII”. Ao determinar que uma situação ameaçaria a paz internacional, o CSNU teria, portanto, o poder de adotar decisões que desconsiderassem a soberania da parte responsabilizada por tal ameaça e que, nos termos do Artigo 25, se tornariam *ipso facto* mandatórias para os demais Estados membros, questão até hoje bastante polêmica.

Apesar de a noção de segurança coletiva universal sobreviver há mais de três quartos de século, um sistema previsível de operacionalização da segurança coletiva não chegou a ser instaurado, nem com base no Pacto da Liga das Nações nem para a aplicação do Capítulo VII da Carta da ONU. Quando a ação coletiva contra o Iraque foi autorizada pelo Conselho de Segurança com a aprovação dos cinco membros permanentes, abriram-se perspectivas inusitadas que, a rigor, talvez nunca tivessem se apresentado antes.

No contexto da intensificação da atividade do Conselho de Segurança do período pós-Guerra do Golfo, o Capítulo VII foi invocado um número maior de vezes do que nos quarenta e cinco anos anteriores, em um processo de experimentação virtualmente contínuo, que acarretou reinterpretações da Carta, tanto no que se refere aos objetivos da segurança coletiva como no tocante aos meios para garanti-la. Segundo Lamazière (1998),

A Somália, a ex-Iugoslávia, a Ruanda, o Haiti e os países alvo de sanções foram, ou continuam sendo, palco de experiências com implicações para a teoria e a prática de segurança coletiva que, embora não se tenham ainda cristalizado em uma doutrina ou em um conjunto de regras, vão articulando um paradigma novo pelos precedentes que estabelecem (LAMAZIÈRE, 1998, p. 155)

Essa articulação, para Lamazière (1998), pode ser analisada a partir de dois eixos distintos: o dos fins e o dos meios. No primeiro eixo se situariam as questões relacionadas aos objetivos das ações de segurança coletiva, no contexto das quais sobressai o problema da ampliação do campo de aplicação do Capítulo VII para incluir situações de emergência humanitária e violações maciças de direitos humanos, ou para o combate ao terrorismo, à subversão da ordem democrática e à proliferação de armas de destruição de massa – na expressão de Stanley Hoffman, é a transformação da ameaça à paz e segurança internacional em um *all purpose parachute* (HOFFMAN, 1993, *apud* PATRIOTA, 1998, p. 156).

No eixo dos meios podem ser agrupadas as diferentes modalidades de *enforcement* que vem sendo praticadas, como as da atribuição de mandatos coercitivos a operações de paz, ou do emprego de forças multinacionais ou alianças militares defensivas para a imposição de decisões do Conselho de Segurança. Também relevante para o debate sobre os meios são as trocas de idéias e as iniciativas em curso sobre como tornar mais eficazes as operações de manutenção da paz, mediante o estabelecimento de *standby arrangements* e de Unidades de Estado-Maior de deslocamento rápido (*Rapidly Deployable Headquarters Unit*).

O sentimento de que se estão redefinindo, no Conselho de Segurança, os fins e os meios para a aplicação da segurança coletiva explicam, em boa medida, porque se acirrou a disputa entre os Estados membros

para participar de seus trabalhos. O fato de essa articulação ainda estar se desenvolvendo no que Weiss e Gordenker (1993, *apud* PATRIOTA, 1998, p. 156) chamam de um “*operational and conceptual flux*” aumenta a responsabilidade daqueles que podem influir para plasmar a ação do Conselho antes de ela se fixar em padrões menos mutáveis de comportamento.

No tocante ao eixo dos objetivos ou da finalidade das ações do Capítulo VII, segundo o estudo de Lamazière (1998), merece consideração especial o problema da definição de uma responsabilidade coletiva em casos de emergência humanitária, que, de alguma forma, esteve presente nas quatro situações em relação às quais o Conselho de Segurança acabou por autorizar o uso da força após a Guerra do Golfo. O precedente estabelecido pela resolução 688, que autorizou a prestação de assistência aos curdos, embora não formalmente inserido no contexto do Capítulo VII, abriu caminho para ações subseqüentes na África e nos Bálcãs. Os defensores das intervenções humanitárias, em particular, sublinham, como David Scheffer, que “*the allied deployment in northern Iraq in the spring of 1991 has grown in stature as a precedent of forcible humanitarian intervention*” (SCHEFFER, 1992, *apud* PATRIOTA, 1998, p. 157). Se for verdade que os resultados controvertidos do uso da força na Somália e na Bósnia tenderiam a diminuir a propensão do CSNU a intervir sem um plano coerente para solucionar os problemas políticos por trás de crises humanitárias, a paralisia do Conselho de Segurança em face do genocídio em Ruanda, por outro lado, manteve aberta a questão da responsabilidade moral da comunidade internacional em face de fenômenos graves que ofendem a consciência da humanidade.

Como aponta Scheffer (1992, *apud* PATRIOTA, 1998) o problema não é novo. Embora seu enfoque seja o da apologia da “*intervenção humanitária*” consentida ou não – na linha dos Médicos sem Fronteira de

Bernard Kouchner – ele não deixa de estabelecer uma listagem interessante de precedentes, dividida em três categorias, que incluem tanto os casos em que houve reação internacional como aqueles em que não houve, nos seguintes termos: 1) situações em que minorias religiosas ou étnicas são sujeitas a violência sistemática (os exemplos vão da discriminação sofrida pelas minorias cristãs sob o Império Otomano, passando pelo holocausto até a exterminação em grande escala de membros da etnia Ibo, em sua luta pela secessão na Nigéria para a criação de um Biafra independente); 2) casos de violações de direitos humanos, com grande número de mortos (as ações do Khmer Rouge, as atrocidades cometidas por Idi Amin Dada, os acontecimentos em Timor Leste); 3) resgate ou proteção de cidadãos expatriados ou indivíduos em perigo (sob este pretexto ocorreram intervenções de Israel em Uganda, da França no Chade e dos EUA em Granada). A militância intervencionista de Scheffer se expressa segundo fórmulas como

To argue today that norms of sovereignty, non-use of force, and the sanctity of internal affairs are paramount to the collective rights of people, whose lives and well-being are at risk, is to avoid the hard questions of international law and to ignore the march of history. (SCHEFFER, 1992, apud PATRIOTA, 1998, p. 158)

Não deixa de ter impacto sua afirmação de que, em alguns dos exemplos por ele citados, intervenções unilaterais puseram fim a situações calamitosas: a invasão do então Paquistão oriental pelo exército indiano em 1971, que interrompeu agressões dos paquistaneses ocidentais contra os bengalis seria um desses casos; a intervenção da Tanzânia contra o regime de Amin Dada em 1979, sob alegação de auto-defesa, seria outro.

Por outro lado, a *Comissão on Global Governance* (que se reuniu de 1992 a 1994, com o objetivo de pensar as Nações Unidas no contexto de seu cinquentenário, e que reuniu algumas centenas de representantes

governamentais e não governamentais de todas as regiões do mundo) sustenta que, se o Conselho de Segurança pretende desconsiderar o preceito da não ingerência nos assuntos que dependem essencialmente da jurisdição interna de um Estado, essa prerrogativa – que lhe é facultada pelo Artigo 2 (7) – precisa ser exercida dentro de uma moldura acordada entre os membros da ONU. A Comissão acredita que, na prática, os Estados membros sabem quando uma situação ultrapassa os limites do tolerável e cita casos como o do *apartheid* na África do Sul, do Camboja sob o Khmer Rouge, da Somália, da Bósnia e da Ruanda, mas, para que não haja dúvida, sugere uma emenda à Carta que restrinja intervenções coercitivas em defesa de vítimas de agressão no interior de Estados, apenas ao casos que constituam uma violação tão grande e extrema da segurança da população que seja preciso uma resposta internacional. Até que seja alcançado um consenso nesse sentido, a sua recomendação é de que seja mantido o respeito à não intervenção.

Não resta dúvida de que o Conselho de Segurança tem vivido momentos de vitalidade, principalmente depois da Guerra do Golfo. No entanto, pairam incertezas sobre os efeitos que a prática recente do Conselho está tendo para a credibilidade da Organização, e não está claro se o conceito de segurança coletiva se redefinirá segundo opiniões e valores amplamente compartilhados ou se desvirtuará para a promoção de interesses individuais.

3. *A Agenda para a Paz do Secretário-Geral Boutros-Ghali*

“Uma Agenda para a Paz: diplomacia preventiva, estabelecimento da paz e manutenção da paz”, é o título do relatório datado de 17 de junho de 1992, em resposta à solicitação formulada pelos Chefes de Estado e Governo.

A Agenda para a Paz pretendeu consolidar o consenso internacional que ocasio-

nara a primeira reunião de cúpula na História do Conselho de Segurança, segundo um movimento duplo e simultâneo de retorno à Carta de São Francisco e de busca de sua transcendência em direções inexploradas. O documento do então Secretário-Geral da ONU, senhor Boutros-Ghali, foi debatido pela Assembléia Geral, pelo Conselho de Segurança, pelo Comitê Especial de Operações de Paz, pelo Comitê Especial da Carta, pela imprensa e pelo meio acadêmico. O consenso de janeiro de 1992 foi, então, alterado, mas não se rompeu de todo. A Cúpula comemorativa do cinquentenário da Organização, em 1995, permitiu à Assembléia Geral viver um momento ao mesmo tempo de reafirmação e de autocritica, em sentido semelhante ao das postulações mais realistas e matizadas pela experiência, no Suplemento de uma Agenda para a Paz, de janeiro de 1995.

Nesses dois documentos, Boutros-Ghali classificou as atividades realizadas pelas Nações Unidas no campo da paz e da segurança em cinco categorias operacionais: diplomacia preventiva, promoção da paz, manutenção da paz, consolidação da paz e imposição da paz.

É interessante ressaltar que o parágrafo 43 da Agenda para a Paz propunha que os Estados membros examinassem a hipótese de negociar acordos para o fornecimento ao Conselho de Segurança de tropas e outras formas de assistência militar, em conformidade com o Artigo 43, não apenas de maneira *ad hoc*, mas em base permanente. Acreditava-se que as circunstâncias políticas prevaletes haviam eliminado os obstáculos à plena implementação da Carta e a mera existência de tais forças poderia adquirir um poder de dissuasão contra agressores potenciais, particularmente aqueles dotados de forças militares menos poderosas.

4 *Operações de Paz da ONU*

A Carta das Nações Unidas preconiza a via pacífica para a solução de controvérsias

e insta os Estados a abdicarem do uso da força nas suas relações interestatais. Em caso de conduta inadequada, a Carta prevê um conjunto de medidas que o CSNU, em nome dos Estados membros da Organização, poderá adotar contra o Estado ou Estados responsáveis pela ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão. Essas medidas podem ser: sanções econômicas, isolamento diplomático e, em última instância, ações militares, como foi visto no capítulo anterior. No entanto, segundo Fontoura (1999), diante da inoperância de seu sistema de segurança coletiva, as operações de manutenção da paz (*peacekeeping*) passaram a ser amplamente aceitas pela comunidade internacional como uma das técnicas mais importantes de administração de conflitos da ONU. Embora essa modalidade de intervenção não esteja contemplada explicitamente na Carta, entende-se, com base na doutrina dos “poderes implícitos”, que seu emprego é legítimo, pois visa a atender aos propósitos defendidos pela ONU, favorecendo a solução pacífica de controvérsias mediante a presença de um terceiro imparcial, geralmente um contingente, armado ou desarmado, no terreno.

Na medida em que as operações de manutenção da paz não se enquadram estritamente no capítulo VI (medidas que implicam consentimento) e tampouco no capítulo VII (medidas mandatórias) da Carta, chegou-se a aventar a introdução na Carta de um novo capítulo intermediário – ou ao menos um novo artigo – que pudesse regulamentar sua existência. O Brasil propôs, por exemplo, na XIX Assembleia Geral a inclusão de um novo capítulo da Carta, nos seguintes termos: “... mediante a inclusão de um novo capítulo, que se chamaria ‘Operações de Manutenção da Paz’ e ‘Ação Relativa a Ameaças à Paz, Ruptura da Paz e Atos de Agressão’” (FONTOURA, 1999, p. 67). Dag Hammarskjöld, quando Secretário-Geral da ONU, preferiu situá-las em um imaginário “capítulo VI e meio”, uma ponte entre a adoção de medidas voltadas para a

solução pacífica de controvérsias e a aplicação de medidas coercitivas. Até o momento, porém, a Carta das Nações Unidas não foi emendada para prever e regulamentar explicitamente as operações de manutenção da paz.

Por ocasião do imediato pós-Guerra Fria, o termo “*peacekeeping*” foi usado de forma genérica, ultrapassando os limites de sua aplicabilidade, para englobar todas as atividades que foram promovidas tendo por objetivo prevenir, manter e restaurar a paz, inclusive as que se enquadraram no âmbito da ajuda humanitária internacional prestada a Estados ou regiões. Essa elasticidade do uso do conceito de manutenção da paz foi decorrente, sobretudo, da atitude de Membros permanentes do CSNU, que buscaram usar a ONU como instrumento de suas políticas externas e instância legitimadora de iniciativas nacionais e regionais. Nesse contexto, as operações de manutenção da paz foram empregadas como uma espécie de panacéia para ajudar na solução de todo e qualquer conflito regional, tornando-se a face mais visível das Nações Unidas perante a opinião pública.

Em linhas gerais, segundo Fontoura (1999), foram três os fatores que contribuíram, para o aumento das operações de manutenção da paz nesse período: distensão política entre os EUA e a União Soviética e seu impacto sobre o papel das Nações Unidas no campo da paz e segurança internacionais; o afloramento de antagonismos étnicos e religiosos; e a crescente universalização dos valores da democracia e do respeito aos direitos humanos.

Porém, com os problemas enfrentados nas intervenções na Somália, em Ruanda e na antiga Iugoslávia, o CSNU passou a atuar com mais cautela na criação de novas operações de manutenção da paz. Pode-se dizer, inclusive, que os mesmos países que, até 1994, preconizavam o uso quase indiscriminado destas operações, passaram a adotar postura oposta, não apenas devido aos custos elevados das missões, em termos

de recursos humanos e financeiros, mas também por terem verificado que as operações de manutenção da paz da ONU, embora pudessem abrigar mandatos multidisciplinares, dificilmente seriam bem sucedidas se fossem violados seus princípios tradicionais do consentimento das partes, da imparcialidade e do uso da força somente em casos de autodefesa.

No período recente, pode-se identificar no CSNU uma clara tendência de utilização das operações de manutenção da paz, sob o comando do Secretário-Geral, somente em cenários de conflitos de baixa intensidade e nos quais haja o consentimento dos principais atores no terreno com a presença das tropas e observadores da ONU, mesmo que a operação seja considerada “robusta” e esteja amparada no capítulo VII da Carta. Já nos cenários mais complexos, notadamente nos casos de conflitos de maior intensidade com riscos de envolvimento de tropas da missão em situações de combate, existe virtual consenso no CSNU de que a ONU não dispõe dos recursos humanos, materiais e financeiros nem da estrutura de comando necessários para intervir militarmente. Nesses casos, que costumam exigir ações de imposição (*peace-enforcement*), a tendência é que o CSNU continue autorizando coalizões *ad hoc* de Estados membros, ou entidades ou arranjos regionais ou sub-regionais, para agir com base no capítulo VII da Carta das Nações Unidas (FONTOURA, 1999).

5. Atividades Humanitárias da ONU

Entre 1998 e 1999, o Conselho de Segurança examinou, em várias ocasiões, temas humanitários e de refugiados. Segundo Fonseca (2002), a crescente disposição do Conselho em tratar de temas humanitários remonta à Declaração Presidencial de 19 de junho de 1997 sobre a proteção das atividades de assistência humanitária a refugiados e outras pessoas em situações de conflito. Naquela declaração, o Conselho de Se-

gurança expressou grave preocupação com o aumento dos ataques e o uso da força contra refugiados e outros civis em situações de conflito, em violação ao direito internacional, e exortou todos os responsáveis a garantirem a segurança dos refugiados, de pessoas deslocadas e outros civis e a assegurar o acesso seguro e desimpedido de funcionários das Nações Unidas e de outras instituições aos necessitados.

O pronunciamento do dia 19 de junho de 1997 também encorajava o Secretário-Geral a promover maiores estudos sobre o tema. Um relatório foi preparado em resposta àquele pedido. A urgência e importância de se tratar o tema deve ser vista no contexto dos ambientes cada vez mais violentos e voláteis nos quais se encontram os refugiados, pessoas deslocadas e outras vítimas de conflitos e nos quais se espera que operem as Nações Unidas e outras organizações humanitárias. A erosão do respeito às normas humanitárias levou a um aumento no número de vítimas civis, agravou a proteção e a necessidade de assistência a refugiados e outros em situação de conflito, complicou a tarefa de oferecer assistência humanitária e aumentou os riscos enfrentados pelo pessoal humanitário.

O Secretário-Geral também recomendou, em seu relatório, que os Estados Membros reafirmassem, fortalecessem e cumprissem as normas, princípios e disposições existentes no direito internacional, cuja disseminação constitui importante passo na direção do seu cumprimento. A informação, treinamento e as atividades de defesa das organizações humanitárias deveriam ser fortalecidas. Além disso, afirmou o Secretário-Geral, a cultura da impunidade deveria ter fim, com os Estados assumindo a responsabilidade primordial de assegurar que aqueles que violam as normas humanitárias fossem julgados. O estabelecimento do Tribunal Penal Internacional representou uma grande contribuição a esse respeito.

Durante sessão do Conselho conduzida em dezembro de 1998, relata Fonseca (2002),

Sadako Ogata, Alta Comissária das Nações Unidas para Refugiados, falou pela primeira vez ao Conselho sobre a proteção da assistência humanitária e outras pessoas em situações de conflito. Ela afirmou, na ocasião, que deveria existir uma ênfase concreta na relação entre problemas de segurança e situações humanitárias.

Ainda segundo Fonseca (2002), em 21 de janeiro de 1999, Sérgio Vieira de Mello, Subsecretário-Geral para Assuntos Humanitários, dirigiu-se ao Conselho de Segurança para informar sobre atividades humanitárias relevantes. Vieira da Mello afirmou que a maneira contemporânea com que se travam as guerras raramente conduz a uma clara definição dos campos de conflito por parte dos beligerantes. Ele também sublinhou que o Conselho havia reconhecido que violações maciças do direito internacional representavam ameaças à paz e segurança internacionais. O direito internacional definia os imperativos morais e jurídicos para as ações, mas não era efetivo se não traduzido em termos de ação pragmática. O reconhecimento deste fato seria essencial para a construção da paz e segurança, concluiu o diplomata.

Hoje, na maioria das vezes, os civis são alvo. O terror é uma prática premeditada, e o deslocamento e eliminação de populações, uma estratégia, como se pode observar na ex-Iugoslávia, em Serra Leoa, no Afeganistão e, de forma contundente, no Iraque. Como resultado, mesmo conflitos de baixa intensidade geram enorme sofrimento humano, e as necessidades humanitárias são desproporcionais à escala de conflito militar.

Do ponto de vista brasileiro, medidas humanitárias e de proteção que não fazem parte de um plano político ou diplomático prejudicam a efetividade da assistência humanitária e podem, de fato, agravar a situação. O Brasil reconhece, contudo, a inter-relação entre assuntos de segurança e as questões humanitárias. Há casos em que a força é indispensável como último recurso.

O problema dos refugiados, por exemplo, pode ser não apenas conseqüência de um conflito armado, mas, em alguns casos, uma própria ameaça à paz e segurança internacionais.

A posição brasileira, segundo Fonseca (2002), é a de que uma abordagem equilibrada dos temas humanitários requer: a) evitar a percepção errônea de que os países em desenvolvimento são apenas receptores de assistência, quando, de fato, geralmente doam seus escassos recursos; b) a promoção do direito internacional humanitário, dos direitos humanos e dos direitos dos refugiados; c) igual atenção a problemas equivalentes, o que implica a eliminação de padrões duplos no tratamento de crises de refugiados e de outros temas humanitários; d) mais especificamente, a comunidade internacional deve demonstrar em relação à crise africana o mesmo nível de interesse e envolvimento político apresentado em outras partes do mundo.

6. Os conflitos no Timor Leste e no Kosovo

Com o objetivo de ilustrar a discussão, foram escolhidos dois conflitos nos quais a participação do Conselho de Segurança se deu de forma oposta. Em ambos, o tema da Ingerência Humanitária foi invocado, mas em apenas um deles, o caso do Timor Leste, a decisão pelo uso da intervenção foi tomada e acatada sob os auspícios da ONU. Suas conseqüências para o equilíbrio de forças no cenário internacional se refletem ainda nos dias de hoje.

6.1 O conflito no Timor Leste

Segundo Fonseca (2002), a questão de Timor Leste estava na agenda do CSNU desde a anexação do território pela Indonésia em dezembro de 1975. Timor havia sido colônia portuguesa por 450 anos; os indonésios, contudo, apoiaram os opositores da “Frente Revolucionária do Timor Leste Independente” (FRETILIN), que resultou vi-

toriosa de uma breve guerra civil que se seguiu à retirada de Portugal em 1974. Em 1976, a Indonésia estabeleceu uma lei que integrou Timor Leste a seu território, na condição de 27ª província.

A unidade nacional e a manutenção do estado são muito difíceis para o governo indonésio, pois o país tem cerca de 13 mil ilhas e mais de 300 dialetos. Acredita-se que a questão da independência do Timor Leste poderia servir de estímulo a que outras ilhas optassem pelo mesmo caminho, o que abalaria a coesão nacional da Indonésia. No entanto, em 1975 e 1976, o Conselho de Segurança emitiu resoluções que “reafirmaram o direito à autodeterminação do povo timorense e conclamavam a Indonésia a retirar suas forças do Território” (resoluções 384 e 389).

Em novembro de 1991, o massacre de manifestantes em Dili provocou a indignação internacional e, em 1996, dois dos mais ativos críticos do regime indonésio em Timor Leste, Monsenhor Carlos Belo e José Ramos-Horta, receberam o Prêmio Nobel da Paz. Em junho de 1998, após a renúncia do Presidente indonésio, que há 32 anos estava no poder, o Governo da Indonésia manifestou formalmente sua disposição em oferecer “status especial a Timor Leste com ampla autonomia”. Outro avanço ocorreu com o anúncio, por parte do Presidente Habibie, sucessor de Suharto, de que se o povo timorense não aceitasse a proposta de autonomia debatida na ONU, seu governo consideraria a possibilidade de oferecer independência a Timor Leste.

Daí em diante, as conversações tiveram rápido progresso, culminando com a assinatura, em 5 de maio de 1999, de uma série de acordos pelos quais Indonésia e Portugal solicitavam ao Secretário-Geral o estabelecimento de uma Missão das Nações Unidas em Timor Leste com o propósito de consultar o povo timorense a respeito de “sua aceitação ou rejeição da proposta constitucional de autonomia”. A resolução 1246 decidiu estabelecer a Missão das Nações

Unidas em Timor Leste (UNAMET), com mandato para organizar e conduzir uma consulta popular, baseada no “voto direto, secreto e universal”. Após a votação, a UNAMET deveria supervisionar o “período de transição” que levaria à implementação da decisão do povo timorense. A votação realizou-se em 30 de agosto, com o extraordinário comparecimento de mais de 90% dos eleitores cadastrados.

O Secretário-Geral anunciou o resultado da votação: 78,5% dos votos rejeitaram a proposta de autonomia especial. O processo de transição à independência deveria começar imediatamente. O anúncio do resultado, contudo, alimentou a violência que, naquele ponto, passou a ser vista como ameaça à segurança internacional. Ao deparar-se com mais e mais relatórios de assassinatos em massa e deslocamentos forçados, o Conselho de Segurança resolveu considerar a opção de uma força de paz, já que era evidente que o Governo da Indonésia não respondia efetivamente à violência, apesar de sua decisão de declarar estado de emergência. As autoridades indonésias, no entanto, não aceitavam o engajamento de uma força de paz, argumentando ser esta uma interferência em seus assuntos internos.

Devido à urgência da situação, foi criada uma força internacional sob liderança da Austrália, que já havia indicado sua disposição de liderar tal força. A crescente pressão e a escalada dos atos de violência levaram as autoridades indonésias a reconsiderar sua posição e o Presidente Habibie concordou finalmente em permitir que uma força multinacional (INTERFET) adentrasse Timor Leste. De acordo com a resolução 1264, o mandato de força incluía a restauração da paz e da segurança em todo o Território, a proteção e apoio à UNAMET, e, no limite de suas possibilidades, a facilitação de operações de assistência humanitária. Uma operação humanitária de grande escala também estava a caminho. Esforços direcionados ao fornecimento e de alimentação, abrigo, medicamentos e outros serviços

básicos, bem como a repatriação dos refugiados, eram envidados por várias agências da ONU.

Em 19 de outubro de 1999, o Presidente da Assembléia Consultiva do Povo Indonésio rescindiu a anexação política de Timor Leste, reconhecendo formalmente, assim, o resultado do pleito.

Vale ressaltar que a posição australiana foi determinante para que o ocidente se tornasse mais atuante em favor do Timor. Os estudiosos “realistas” do direito internacional não conseguem explicar o que aconteceu em Timor, pois não havia questões de interesse que motivassem, por exemplo, a posição da Austrália. A opinião pública ajudou nesse processo, assim como a posição do Brasil que, na ocasião, era membro provisório do CSNU e pediu uma reunião de emergência sobre a questão.

A experiência da ONU em Timor Leste foi coordenada pelo brasileiro Sérgio Vieira de Mello que, desde 1999, com plenos poderes e amplos recursos financeiros, conseguiu dobrar a intolerância da Indonésia e, em trinta meses, reorganizou do zero um país destruído pela guerra. A missão foi encerrada em meados de 2002 e o líder timorense Xanana Gusmão foi eleito presidente do Timor.

6.2 O conflito no Kosovo

No início de 1998, a Província do Kosovo, no Sul da República Federal da Iugoslávia, não estava na agenda do Conselho de Segurança, conforme relata Fonseca (2002). Tampouco havia sido parte dos acordos de Dayton, que puseram fim ao conflito na Bósnia. A situação em Kosovo, contudo, era fonte de preocupação, especialmente em se considerando o histórico de violência interétnica ao longo da década. Pessoas de etnia albanesa no Kosovo sentiam-se desconfortáveis como membros de uma RFI predominantemente sérvia (embora no próprio Kosovo os sérvios fossem apenas cerca de 10% da população). Esse crescente de tensões, que já durava dez anos, era acompanhado

de perto pela Organização para Segurança e Cooperação na Europa (OSCE), a União Européia e o Grupo de Contato – um grupo de seis Estados composto pela França, Alemanha, Itália, Rússia, Reino Unido e Estados Unidos.

Nos bastidores, cresciam as informações sobre a intensificação do fluxo de armas clandestinas para o Kosovo, destinadas a membros de uma estrutura militar, o “Exército de Libertação do Kosovo” (KLA), considerada por Belgrado uma organização terrorista separatista, cujas atividades visavam a pôr fim ao predomínio sérvio na província. Esta situação de potencial conflito foi substituída por um real confronto nos primeiros meses de 1998, quando a violência irrompeu com ataques do KLA a delegacias de polícia e a conseqüente reação sérvia.

No início de janeiro de 1999, o assassinato de três policiais sérvios pelo KLA foi seguido de um massacre de albaneses-kosovares na cidade de Racak, em 15 de janeiro, e a subseqüente declaração de Belgrado de que o Chefe da Missão de Verificação no Kosovo era *persona non grata*. Essa seqüência de eventos levou o Conselho a adotar a Declaração Presidencial 2, de 19 de janeiro de 1999. O massacre de Racak representou um ponto de inflexão na questão do Kosovo. Semanas mais tarde, o Grupo de Contato acordou parâmetros e um cronograma para uma solução política entre as partes. Essas decisões – que se encontram na origem das conversações de paz de Rambouillet – foram saudadas e apoiadas pelo Conselho de Segurança.

O CSNU era mantido informado das negociações de Rambouillet sobre um acordo referente à autonomia substantiva para Kosovo no que toca à soberania e integridade territorial da República Federal da Iugoslávia, por exposições do Embaixador da França. As tensões aumentaram após a interrupção das conversações, em 19 de março, com a retirada dos observadores internacionais do Kosovo. Com sua saída, chegaram à manchete relatos de sérias violações dos direi-

tos humanos e do direito humanitário por parte de forças sérvias contra civis de etnia albanesa. Ataques aéreos da OTAN contra a República Federal da Iugoslávia começaram em 23 de março.

O uso da força por parte de uma aliança de segurança regional sem a autorização do CSNU precipitou uma onda de discussões sobre a legitimidade de tais atos, empreendidos em nome da emergência humanitária. O CSNU reuniu-se formalmente naquele mesmo dia e acompanhou atentamente a situação durante o resto do conflito. A delegação russa elaborou um projeto de resolução (S/199/328) que exigia a imediata interrupção dos ataques. O projeto não foi adotado, tendo recebido apenas três votos a favor (Rússia, Namíbia e China).

Os primeiros dias após o início dos ataques aéreos foram marcados por um considerável agravamento da situação humanitária no Kosovo, no que se tornou um êxodo em massa de refugiados e pessoas deslocadas. Com a continuação da ação militar, a escalada da tragédia humanitária no Kosovo e graves acidentes, como o bombardeio de um comboio de refugiados civis por aeronaves da OTAN e o bombardeio da Embaixada chinesa, complicaram ainda mais a situação. Por iniciativa de membros do Conselho que são parte do “Caucus” do Movimento Não-Alinhado, o Conselho adotou a resolução 1239, que sublinhava a necessidade de se oferecer assistência a pessoas internamente deslocadas no Kosovo. Em 10 de junho, após a OTAN haver informado que suas operações contra a República Federal da Iugoslávia tinham sido suspensas, o Conselho de Segurança adotou (com a abstenção da China) a resolução 1244, que lançou as bases para o trabalho das Nações Unidas no Kosovo desde aquele dia (FONSECA, 2002).

Durante esse período, o Brasil permaneceu comprometido com a promoção da estabilidade baseada no pluralismo democrático nos Bálcãs, além da proteção aos direitos das minorias e o repúdio a todas as formas

de intolerância sectária, baseada seja em distinções religiosas, étnicas ou outras.

Com relação ao posicionamento da OTAN, o Embaixador Celso Amorim (AMORIM, 1998, *apud* FONSECA, 2002) demonstrou a preocupação em salvaguardar a Carta das Nações Unidas, já que organismos sem representação universal poderiam apenas recorrer à força no exercício do direito de legítima defesa ou de acordo com as orientações do Capítulo VIII, sendo necessária a autorização prévia do Conselho de Segurança.

O discurso do Embaixador Gelson Fonseca Jr. no CSNU, também traduz as preocupações e o posicionamento brasileiro em relação ao conflito no Kosovo, quando ele alerta para os “precedentes problemáticos no recurso à força militar sem a autorização do Conselho de Segurança” (FONSECA, 1998, *apud* FONSECA, 2002, p. 194).

7. Ingerência Humanitária: breves considerações

Segundo José Gomes Canotilho (1995), ao se analisar a ingerência humanitária como elemento ou dimensão constitutiva de uma “nova ordem mundial”, é preciso refletir sobre três aspectos: a compreensão do direito e das relações internacionais; a delimitação dos vários conceitos utilizados na discussão do problema, tais como “intervenção”, “ingerência”, “agressão” e “ameaça à paz”; e a definição dos pressupostos materiais das ingerências humanitárias.

A fim de dar seqüência a sua argumentação, ele parte das seguintes premissas:

a) a democracia e o caminho para a democracia devem ser considerados como tópicos dotados de centralidade política interna e internacional;

b) o princípio da autodeterminação deve ser reinterpretado não apenas no sentido de que os “povos” devem deixar de estar submetidos a quaisquer formas de colonialismo, mas também no sentido de que a legitimação da autoridade e da soberania políti-

ca pode encontrar suportes sociais e políticos em outros níveis – supranacionais e subnacionais – diferentes do “tradicional” e “realístico” “Estado-Nação”;

c) a globalização das comunicações e informações e a “expansão mundial de unidades organizativas internacionais” (organizações não-governamentais), privadas ou públicas (mas não estatais), deslocam o papel obsidiante do “ator estatal”, tornando as fronteiras cada vez mais irrelevantes e a interdependência política e econômica cada vez mais estruturante;

d) os fins do Estado não são imutáveis. Se ontem a “conquista territorial”, a “colonização”, o “espaço vital”, o “interesse nacional”, a “razão de Estado” surgiam sempre como categorias quase ontológicas, hoje, os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de “Estados de direito democráticos sociais e ambientais”, no plano interno, e Estados abertos e internacionalmente “amigos” e “cooperantes”, no plano externo;

e) o *pathos* de um programa de “paz mundial” assenta na intensificação do “desarmamento” e na viabilização efetiva de uma segurança coletiva;

f) neste contexto, readquire virtualidades crescentes a organização internacional, sobretudo na sua forma de associação geral entre as Nações – as Nações Unidas;

g) as relações internacionais devem ser cada vez mais relações reguladas em termos de direito e de justiça, convertendo-se o direito internacional numa verdadeira ordem imperativa, à qual não falta um núcleo material duro – o *jus cogens* internacional – vertebrador quer da “política e relações internacionais” quer da própria construção constitucional interna;

h) para além deste *jus cogens*, o direito internacional tenderá a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos direitos humanos – na parte em que não integrem já o *jus cogens* – a um padrão jurídico de conduta política, interna e externa;

i) estas últimas premissas – o *jus cogens* e os direitos humanos –, articuladas com o papel da organização internacional, fornecerão um enquadramento razoável para as intervenções humanitárias;

j) a “paz mundial”, continua Canotilho, não pode assentar na autarquia econômica, antes pressupõe um “sistema mundo” de interdependência econômica baseado quer na idéia de sistema de livre desenvolvimento econômico privado, quer na idéia de repartição justa do desenvolvimento econômico entre todas as nações e povos.

Em defesa de um constitucionalismo global, argumenta-se que os direitos humanos constituem valores universais mais importantes do que os interesses negociados pelos Estados, erguendo-se como importantes limites à soberania dos Estados. Mas, por outro lado, para se compreender por que a estruturação de uma “nova ordem mundial através de intervenções humanitárias” suscita acaloradas discussões nos fóruns internacionais e na literatura jusinternaciona- lista, Canotilho (1995) cita dois princípios clássicos do direito internacional que são postos a prova por essa nova situação: o princípio de proibição do recurso à força nos termos do Artigo 2 (4) da Carta das Nações Unidas e o princípio do direito à autodeterminação dos povos.

No entanto, continua o autor, justifica-se, também em termos de direito internacional, a legitimação intervencionista ao se considerar que as violações dos direitos humanos por parte de um Estado, mesmo contra o seu povo, constituem uma violação do direito internacional que os outros Estados devem impedir, recorrendo, se necessário, à utilização dos meios militares, sendo elas susceptíveis de constituir um problema de ameaça à paz. Para o autor, a ingerência humanitária constitui o prolongamento natural do direito à vida e de outros direitos básicos consagrados nos atos normativos internacionais.

Não obstante a razoabilidade dessas dimensões do direito internacional, é preciso

perceber que o problema da ingerência humanitária apresenta algumas sombras, correndo o risco de, a pretexto de uma moralização do direito e das relações internacionais, haver uma radicalização da “politização humanitária” sem regras claras e sem um verdadeiro consenso da comunidade internacional.

Outro problema que se apresenta é a ambigüidade do conceito de intervenção. Para alguns estudiosos, intervenção e ingerência seriam sinônimos: a proibição da intervenção ou ingerência significa a rejeição da utilização de meios ou instrumentos de força contra outros Estados ou imiscuir-se nos negócios internos destes últimos. Para Lawrence, “*the essence of intervention is force*” (LAWRENCE, 1920, *apud* CANOTILHO, 1995, p. 11). Para Canotilho, mais do que uma clarificação de conceitos, interessa distinguir com segurança os dois âmbitos normativos das intervenções por ameaça à paz e das intervenções humanitárias.

A disposição entre intervenção por ameaça à paz e intervenção humanitária não fica clarificada caso se hipertrofie extensivamente o conceito de “paz mundial”. Certamente, a paz não se reduz a um conceito negativo – “ausência de guerra” – mas, por exemplo, no caso da Somália (Resolução 794, de 1992), onde era inquestionável a tragédia humana, o Conselho de Segurança não hesitou em considerar aplicável o capítulo VII da Carta das Nações Unidas, ou seja, a disposições referentes aos casos de ameaça à paz, à ruptura da paz e atos de agressão.

A Somália podia ter se convertido no teatro ideal para a demonstração do acerto da concepção de segurança coletiva que amplia o leque desencadeador da coerção militar para abarcar situações de crise humanitária ou de violações de direitos humanos e delega a aplicação da força coletivamente autorizada a exércitos nacionais ou a tropas da ONU. A intervenção determinada pelo Conselho de Segurança para a proteção da população civil e um país falido, sem governo, em estado de virtual anarquia ho-

mbesiana teria comprovado a obsolescência das noções tradicionais de soberania e a inutilidade do apego rígido à regra do consentimento como requisito para a presença de forças onusinas. No entanto, pondera Canotilho (1995), ao expor tropas norte-americanas e forças da ONU à violência, a Somália se transformou repentinamente em um sinal da necessidade de uma reflexão mais aprofundada sobre futuro da segurança coletiva em um ambiente internacional em mutação.

A situação de anarquia geral e de violência organizada num território, mesmo quando não há efeitos transfronteiros, inclui-se no âmbito normativo da ameaça à paz. De igual modo, a Resolução 949, de 1994, relativa ao Haiti, foi considerada pelo Conselho de Segurança como única e excepcional, para invocar a ameaça à paz e legitimar a intervenção armada.

Esses dois casos – em que a tragédia humanitária se revelava como indiscutível – indicam claramente um dos impasses do atual direito de ingerência humanitária: o da sua ligação com o direito de intervenção por ameaça à paz. O alargamento da competência do CSNU nestas situações de complexa imbricação de ameaça à paz/urgência de auxílio humanitário coloca sem dúvida o problema do déficit de legitimação do Conselho com a sua composição atual. O caminho para o controle das fronteiras entre humano/desumano implica, sem dúvida, uma nova definição da ordem mundial e das linhas de conduta da comunidade internacional.

A relativização do princípio da soberania interna pela ampliação do conteúdo do conceito de ameaça à paz poderá ser uma das exigências de uma “nova ordem internacional”, mas não é certo que através de uma transposição de planos – intervenções militares por ameaça à paz em vez de intervenções humanitárias – se dêem os passos decisivos a favor do “direito de urgência humanitária”, alerta Canotilho (1995). A fixação de um caso de “ameaça à paz” e de

“urgência humanitária” por parte do CSNU deve basear-se na existência de determinados pressupostos de fato ou a deliberação do Conselho tem efeito constitutivo, fixando ela mesma a existência de um ou de outro? No primeiro caso, limitar-se-ia a discricionariedade do Conselho. Na segunda hipótese, trata-se de uma decisão jurídica.

A interrogação feita acima leva a considerar-se que as deliberações do Conselho firmadas em apreciações políticas, mas com efeitos jurídicos, devem obedecer a um *due process* que ofereça determinadas garantias. Ou seja: a “nova ordem mundial através de intervenções” tem de estruturar-se como “Estado de direito” ou como “comunidade” que observa o *the rule of the law* (CANOTILHO, 1995).

Assim, uma fixação puramente política da ameaça à paz ou da urgência humanitária sem que se verifiquem os pressupostos materiais legitimadores das intervenções militares ou humanitárias, revelar-se-ia aos olhos da comunidade internacional como carecendo de justificação e como subversora dos princípios estruturantes do direito internacional (soberania, não intervenção). Para Canotilho, a conclusão é a seguinte: a dimensão puramente formal da autorização para a ingerência – humanitária ou militar – não é fundamento suficiente para assegurar a legitimidade da mesma. Ainda que não haja um “último guardião” para assegurar a legalidade das deliberações do Conselho de Segurança, existe pelo menos a “racionalidade material” que a comunidade internacional exige às ações dos seus órgãos. Uma “crise humanitária” não se inventa, continua ele, é necessário existirem situações existenciais coletivas quando não seja possível manter o padrão mínimo humanitário.

Canotilho (1995) ainda aborda a questão da relativização dos direitos humanos. A idéia de que as violações dos direitos humanos por parte de um Estado constituem também, sobretudo quando conduzem a “crises humanitárias”, uma infração do direito internacional que os outros Estados

devem impedir, mesmo se necessário for com utilização de meios militares, deve ganhar força. Mas para que a segurança e realização de determinadas idéias de valor e de justiça sejam transformadas em princípios ou regras de direito internacional, então esses direitos humanos não podem ser relativizados ao sabor dos interesses de alguns membros da comunidade internacional.

Outro ponto levantado pelo autor é sobre a suspeita de que as operações de manutenção da paz e até de intervenções humanitárias são monopólio de certos países no seio da organização. A acusação peca pelo fato de, em certas intervenções, só poucos Estados estarem em condições de cumprir com a tarefa de coordenação e liderança de forças e meios. Todavia, deve-se considerar que a ação onusina só é coletiva quando as forças das Nações Unidas não forem dominadas, de forma excessiva, por um só Estado e quando elas agirem sob um comando que seja efetivamente onusino.

Assim, as ações de intervenção devem ter um suporte democrático onusino mesmo quando a sua execução for descentralizada ou regionalizada. As exigências democráticas, continua o autor, obrigarão a rever a composição do Conselho de Segurança de forma a torná-lo representativo da comunidade internacional de hoje e não de ontem. Dentro do mesmo espírito, impõe-se um mínimo de controle efetivo da Assembleia Geral relativamente às deliberações do CSNU, a fim de limitar sua imobilidade ou seu impasse frente às demandas mais controversas.

8. A Doutrina da Comunidade Internacional

Talvez numa tentativa de preencher o vácuo que a atuação internacional em situações de conflito graves tem deixado, o Primeiro-Ministro britânico, Tony Blair, enunciou a sua Doutrina da Comunidade Internacional em abril de 1999, em discurso feito no *Chigago Economic Club*. Ele apontou a cri-

se financeira internacional do ano anterior e o então conflito em Kosovo como dois exemplos análogos da necessidade de um novo arsenal de regras globais para o século XXI.

O ponto central do seu discurso foi um novo contexto para a intervenção internacional no combate a ditaduras – uma “doutrina Blair” que trazia ecos da “doutrina Brezhnev”, que a União Soviética utilizou para justificar o seu uso da força contra a Checoslováquia em 1968. Naquela ocasião, Moscou justificou o esmagamento da Primavera de Praga pelo Pacto de Varsóvia argumentando que a soberania nacional era menos importante do que os interesses do socialismo mundial. Segundo Morrison (1999), Blair deixou claro no seu discurso que estaria virando ao contrário a velha doutrina para também argumentar que a soberania nacional é menos importante do que os direitos humanos e a prevenção do genocídio.

Para Blair, o problema mais premente da política externa estaria em identificar as circunstâncias em que os países deveriam se envolver ativamente com os conflitos de outros povos. A não-interferência, segundo ele, foi por muito tempo considerada um princípio importante da ordem internacional, e não é sua pretensão descartá-lo de imediato.

Blair defende que um Estado não deveria achar que tem o direito de mudar o sistema político de um outro ou fomentar subversão ou tomar pedaços de território a que imagina ter algum direito, no entanto, o princípio da não-interferência precisa ser qualificado em aspectos importantes. Ato de genocídio jamais podem ser considerados uma questão puramente interna para o primeiro-ministro, que, no entanto, reconhece que há regimes ruins em demasia no mundo, o que inviabilizaria a intervenção em todos os casos.

O primeiro-ministro expôs cinco questões a serem respondidas para que se decidisse em favor de uma intervenção (MORRISON, 1999):

1) “Estamos certos de nossos argumentos?” Para ele, a força armada, às vezes, é a única forma de tratar com ditadores;

2) “Será que esgotamos todas as opções diplomáticas?”

3) “As operações militares seriam sensatas e prudentes?”

4) “Estamos preparados para o longo prazo?” Considerando a experiência britânica na Guerra do Golfo e nos Bálcãs, Blair disse que não se pode simplesmente sair do país depois que a luta terminou;

5) “Há interesses nacionais envolvidos?”

Para o Primeiro-Ministro inglês, é importante salientar a necessidade de que o Conselho de Segurança se esforce para evitar um retorno ao impasse Leste-Oeste dos tempos da Guerra Fria.

Conclusão

As críticas à Ingerência Humanitária são muitas e têm como fulcro a falta de um padrão de conduta ou de regras pré-estabelecidas que venham a fornecer certa segurança jurídica aos Estados-Membros da ONU. O exemplo citado no capítulo anterior, a Doutrina da Comunidade Internacional, pouco pragmática, não avança no sentido de resolver essas questões. Embora a preocupação do Primeiro-Ministro inglês seja legítima e há, conforme foi visto ao longo do trabalho, a necessidade premente de se estabelecer regras de conduta frente às situações de emergência humanitária, sua doutrina não diminui o impasse.

A ONU, ao representar a comunidade internacional e defender seus valores primordiais vem, principalmente após o término da guerra fria, atuando em várias frentes em prol da paz e da segurança coletivas. Entretanto, esses valores têm sofrido modificações e ampliações ao longo dos anos, reflexo da própria sociedade em constante mutação, influenciadas, de forma decisiva, pelo processo de globalização e pelo papel relevante dos meios de comunicação, que integraram os mais longínquos pontos entre si. Estabelecer padrões nesse cenário não é tarefa simples nem rápida. É, antes, um processo, com avanços e também revezes,

como é possível perceber ao se lançar um olhar mais crítico na atuação dos Estados Unidos da América no conflito com o Afeganistão e com o Iraque.

Apesar do reconhecimento das dificuldades existentes, a lentidão com que as mudanças ocorrem é um fator agravante. As discussões são demoradas e os países tentam preservar e manter seu *status quo* e adiar possíveis decisões que possam, talvez, vir a prejudicar-lhes. Isso causa certa paralisia e prejudica a credibilidade do sistema onusino. Ruanda, como exemplo da imobilidade que pode inviabilizar a defesa efetiva de uma população em perigo, tem sido lembrada como mote para acelerar as decisões em casos urgentes. No entanto, as mudanças na Carta da ONU que regulamentariam sua atuação, ao criar e efetivar novas regras, são lentas, lentíssimas, e dependem da acomodação de, afinal, nações soberanas, temerosas de perder tanto soberania quanto independência frente às nações hegemônicas.

Decidir-se a favor da Ingerência Humanitária é reconhecer que há valores comuns a todas as sociedades que devem ser defendidos. Gonçalves (*apud* BULL, 2002, p. XV) diz que “não obstante a variedade de tradições, hábitos e costumes entre os diversos povos que compõem os diversos Estados, o respeito a determinados valores comuns é suficiente para compor a sociedade internacional”. Hedley Bull (2002), ao começar a explicar seu conceito de ordem, cita três objetivos elementares, já que, em certa medida, são condições para a vida social em si mesma: vida, verdade e propriedade. Embora não representem uma lista completa das metas comuns a todas as sociedades, eles ilustram bem a idéia do que sejam os objetivos básicos que as sustentam.

Dessa forma, para muitos autores, a falta de ordenamento não tira a validade dos objetivos da Ingerência Humanitária, principalmente, o de defesa da vida. Como disse Canotilho (1995), em sua palestra sobre o assunto, qualquer que seja a incerteza perante a idéia de um standard mínimo hu-

manitário e quaisquer que sejam as dificuldades em torno de um sistema jurídico internacional de defesa de direitos humanos, sempre se terá de reconhecer a bondade destes postulados quando se discute o problema das intervenções humanitárias (CANOTILHO, 1995, p. 6).

Assim, apesar de todos os problemas, é a urgência e o reconhecimento de que o sofrimento de qualquer homem diminui a todos “porque na humanidade nos encontramos envolvidos”, que moverá a comunidade internacional adiante, em busca da criação de um novo paradigma baseado na solidariedade, na justiça, na fraternidade.

Referências

BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002. 361p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Nova ordem mundial e ingerência humanitária (claros-escuros de um novo paradigma internacional). *Boletim da Faculdade de Direito*, VOL LXXI, p. 1-26. Universidade de Coimbra, Coimbra, 1995.

FONSECA, Gelson Jr. *O Brasil no Conselho de Segurança da ONU: 1998-1999*. Brasília, IPRI/FUNAG, 2002. 374p.

FONTOURA, Paulo Roberto Campos Tarrisse da. *O Brasil e as Operações de Manutenção da paz das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 1999. 409p.

LAMAZIÈRE, Georges. *Ordem, hegemonia e transgressão: a Resolução 687 (1991) do Conselho de Segurança das Nações Unidas, a Comissão Especial das Nações Unidas e o regime internacional de não proliferação de armas de destruição em massa*. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre de Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1998. 197p.

MORRISON, John. Blair propõe nova doutrina de intervenção militar. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 23 de abril de 1999.

PATRIOTA, Antonio de Aguiar. *O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva*. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre de Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1998. 226p.

O Tratado de Petrópolis

Interiorização do conflito de fronteiras

Flávia Lima e Alves

Sumário

1. Introdução; 2. A Revolução Acreana; 2.1. O longo processo insurrecional; 2.2. *Bolivian Syndicate*: pomo da discórdia; 2.3. Diplomacia em vez de guerra; 3. O Tratado de Petrópolis; 3.1. O acordo com o Peru: aquilo que faltou ao Tratado de Petrópolis; 4. A Questão Acreana Passa à Economia Doméstica; 4.1. A disputa de fronteiras em sede constitucional: o *mea culpa* da União; 5. O Acre na Federação: Ontem e Hoje; 6. Conclusão; 7. Notas; 8. Referências.

1. Introdução

A história do Acre sempre esteve associada a disputas territoriais externas e internas. Esses conflitos deram forma ao centenário Tratado de Petrópolis, tido como sua certidão de nascimento, e à Reclamação Constitucional nº 1421, de 2000, em tramitação no Supremo Tribunal Federal. Pode-se afirmar, então, que esses dois documentos constituem faces distintas de uma só moeda: tanto o primeiro, firmado entre o Brasil e a Bolívia, quanto o segundo, de autoria do Estado do Amazonas, versam sobre os limites territoriais do Acre.

Desde a segunda metade do século XIX, alguns brasileiros — sobretudo cearenses fustigados por sucessivas secas no Nordeste — embrenharam-se na selva amazônica, pela bacia do rio Acre, para se dedicar à atividade extrativista. Sem conhecer e mesmo sem se importar com títulos de propriedade, eles foram aos poucos ocupando as ter-

Flávia Lima e Alves é bacharel em Ciências Econômicas e Relações Internacionais pela UnB; Assistente Técnica do Quadro Permanente do Senado Federal.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. ANTÔNIO JOSÉ BARBOSA.

ras localizadas no extremo oeste do País, a maior parte delas pertencente à Bolívia e outras pretensamente peruanas. Eram fronteiras inexatas e fluidas, apesar de estabelecidas reiteradas vezes por tratados internacionais, a exemplo daqueles celebrados em Madri (1750), em Santo Ildefonso (1777) e em Ayacucho (1867).

Enquanto a borracha era apenas um item “exótico” das exportações amazônicas, as incursões populacionais nessas áreas não chegaram a preocupar os referidos países vizinhos. Acostumados aos altiplanos, eles não se mostravam aptos ou mesmo interessados em tomar posse daquela região de planície.

Todavia, a Revolução Industrial provocou a alteração do *status* dessa matéria-prima na pauta de importações da Europa e dos Estados Unidos. De fato, a produção industrial da borracha — viabilizada pelo processo de vulcanização inventado por Charles Goodyear em 1839 — deu origem ao advento dos pneumáticos, item fundamental da vigorosa e ascendente indústria automobilística. Iniciou-se, desse modo, a corrida ao “ouro negro” da Amazônia, já valorizado graças ao incremento da produção de calçados e das exigências do maquinário empregado no processo de industrialização em si. Isso acabou por despertar os anseios de propriedade da Bolívia e do Peru sobre terras antes esquecidas.

Os reflexos de tal mudança na economia mundial não tardaram a ditar os rumos do processo socioeconômico de migração neste País, acentuado após a grande seca nordestina de 1877, que acelerou a ocupação territorial do futuro Estado do Acre e a contenda para sua anexação ao Brasil.

Internamente, já se percebiam desejos contrastantes: os habitantes da região queriam vê-la transformada em Estado da Federação brasileira, ao passo que o Estado do Amazonas pretendia incorporá-la a seus domínios, conforme declara Ernesto Leme no prefácio ao volume 37 das Obras Completas de Rui Barbosa (1984, t. 6, p. XXII).

No plano externo, o Brasil viria a firmar tratados que encerrariam os conflitos territoriais relativos àquela região e assentariam os marcos das linhas limitrofes do Acre com os países vizinhos de língua espanhola. Na esfera doméstica, ao contrário, até hoje os estados do Acre e do Amazonas mantêm a discussão em litígio.

Assim, em pleno século XXI, era da tecnologia espacial, o Brasil ainda carece de um mapa definitivo da região Norte, uma das mais atrativas para investidores nacionais e estrangeiros por conta de suas reservas minerais, suas extensas áreas desabitadas e seu potencial agroindustrial.

Registre-se, por oportuno, que são inúmeras as pesquisas em curso para o aproveitamento econômico da Amazônia, visando combinar a preservação e o uso sustentável de sua enorme biodiversidade. Elas deixam evidente que as questões relativas à região não podem ser tratadas como algo periférico. Afinal, o interesse dos investidores que para lá voltam seus olhos requer o delineamento preciso dos parceiros envolvidos, o que pressupõe clareza quanto às divisas territoriais.

2. A Revolução Acreana

2.1. O Longo Processo Insurrecional

Não se pode entender o Tratado de Petrópolis, firmado entre a Bolívia e o Brasil em 1903, sem conhecer as origens da chamada Revolução Acreana. A Bolívia, cujos domínios se estendiam sobre a região até aquele momento, jamais exercera ali sua soberania. A área entre os rios Javari e Madeira constava em seus mapas como “*tierras non descubiertas*”.

Todavia, com o aumento da demanda internacional pela borracha extraída na região, o Governo de Sucre, em setembro de 1898, mudou de atitude e rompeu com a indiferença que nutria quanto à ocupação brasileira em curso naquela fronteira. Com isso, o que antes eram “*simples escaramuças locais*”, “*controvérsia de interesses*” envol-

vendo seringueiros brasileiros e vizinhos bolivianos, começou a tomar a forma de conflito internacional.

Em 3 de janeiro de 1899, José Paravicini — Ministro Plenipotenciário da Bolívia no Rio de Janeiro — hasteou a bandeira de seu país à margem esquerda do rio Acre, dando ao povoado o nome de Puerto Alonso, em homenagem ao então Presidente Severo Fernandes Alonso, e fundou nessa localidade um posto alfandegário. Também por decreto, abriu vários rios à navegação internacional, desconsiderando que os trechos navegáveis encontravam-se todos em território brasileiro.

Muito embora essa mostra ostensiva de uma “estratégica tomada de posição” tivesse resultado em contundentes protestos e pedidos de explicações à Legação Boliviana por parte de Olinto Magalhães¹, incluindo a proibição do trânsito de navios bolivianos em águas brasileiras, o País insistia em reconhecer que, pelo Tratado de Ayacucho, celebrado em 27 de março de 1867, aquelas eram terras “incontestavelmente bolivianas”. Essa disposição tinha o propósito de comprar a neutralidade da nação vizinha na guerra que se procedia contra o Paraguai.

O Tratado transcrevia quase literalmente os limites fixados nos acordos celebrados em Madri e em Santo Ildefonso nos idos da colonização e sempre inspirados no princípio do *utis possidetis, ita possideatis* (como possuíis, continuais possuindo), estabelecendo que “deste rio [rio Verde até a sua confluência com o Beni, onde principia o rio Madeira] para o oeste seguirá a fronteira por uma paralela, tirada de sua margem esquerda na latitude sul 10°20’, até encontrar o rio Javary”.

Seus arts. 2º e 4º, em essência, denunciam a imprecisão do traçado que se estava acordando e as complicações que daí poderiam advir, nos seguintes termos (Calixto: 2003, pp. 88-89):

Art. 2º Si (sic) o Javary tiver as suas nascentes ao norte daquella linha leste-oeste [que é a do paralelo 10°20’]

seguirá a fronteira, desde a mesma latitude, por uma recta a buscar a origem principal do rio Javary.

.....
Art. 4º Si (sic) no acto da demarcação ocorrerem dúvidas graves, provenientes de inexactidão nas indicações do presente tractado, serão essas dúvidas decididas amigavelmente por ambos os governos, aos quaes comissários as sujeitarão, considerando-se o accordo que as resolver como interpretação ou additamento ao mesmo tractado; e ficando entendido que, si taes dúvidas ocorrerem em um ponto qualquer, não deixará por isto a demarcação de proseguir nos outros indicados no tractado.

Sabia-se de antemão, portanto, que os dados para a fixação dos limites eram insuficientes e falhos. Nenhum geógrafo havia explorado suficientemente a região até as nascentes do Javari para afirmar em que latitude e longitude elas se situavam. Tal situação ensejaria, no entender de Calixto (2003, p. 89), “uma dramática e trágica dança das linhas geodésicas, envolvendo o destino de milhares de pessoas”.

Em 1874, uma comissão mista Brasil-Peru, cuja delegação brasileira era chefiada pelo Barão de Tefé, concluiu seus trabalhos demarcatórios apontando a nascente do Javari em 7°1’17’’5 de latitude sul e 74°8’27’’07 de longitude de Greenwich, que se tornou conhecida como linha Tefé.

Desprezava-se, desse modo, a latitude sul 10°20’, referenciada pelo Tratado de Ayacucho, tornando oblíqua a linha que antes era reta e arrancando ao Brasil 242 léguas quadradas de território, conforme Sílvio Meira no prefácio ao volume 37 das Obras Completas de Rui Barbosa (1983, t. V, p. XIX). Essa linha inclinada, que unia a foz do Beni à nascente do Javari, começou a aparecer nas cartas geográficas a partir de então.

Havia, em suma, duas correntes: uma que endossava a interpretação do Ministé-

rio das Relações Exteriores e apresentava a fronteira como uma linha oblíqua e outra que propugnava a fronteira em ângulo reto com o paralelo 10°20', nos termos do Tratado de Ayacucho.

As negociações entre o Brasil e a Bolívia, interrompidas em 1878, foram retomadas em 1895, quando se firmou um protocolo entre os dois países, ratificando a conclusão dos trabalhos de Tefé.

Curiosamente, entretanto, o próprio chefe da missão brasileira, Coronel Gregório Thaumaturgo de Azevedo, passou a engrossar o coro daqueles que se opunham à posição do Palácio do Itamaraty, a exemplo de Paula Freitas e Sezerdelo Corrêa. Afrontando a rigidez hierárquica a que estava habituado nos quartéis, ele encaminhou um ofício ao Ministro das Relações Exteriores, Carlos de Carvalho, alertando-o sobre os prejuízos que aquele protocolo traria para a Nação (Calixto: 2003, p. 93):

Aceitar o marco do Peru como o último da Bolívia, devo informa-vos que o Amazonas irá perder a melhor zona de seu território, a mais rica e mais produtora, porque, dirigindo-se a linha geodésica de 10° e 20' a 7°1'17''5 ela será muito inclinada para o norte, fazendo-nos perder o alto rio Acre, quase todo o Iaco e o Alto Purus, os principais afluentes do Juruá e talvez os do Jutai e do próprio Javari; rios que dão a maior porção da borracha exportada e extraída por brasileiros. (...) Toda essa zona perderemos, aliás explorada e povoada por nacionais e onde já existem centenas de barracas, propriedades legítimas e demarcadas e seringais cujos donos se acham de posse há alguns anos; sem reclamação da Bolívia, muitos constituídos provisórios, só esperando a demarcação para receberem os definitivos.

O chanceler, em princípio, foi sensível aos argumentos de seu subordinado e chegou a determinar que fosse feita uma nova verificação pela Comissão Bilateral. Logo,

porém, viu-se substituído no cargo pelo General Dionísio de Cerqueira, que tratou o caso como insubordinação, o que levou Thaumaturgo a pedir demissão. Seu sucessor na supervisão dos trabalhos demarcatórios, o Capitão-Tenente da Armada Cunha Gomes, retificaria as observações do Barão de Tefé.

Em janeiro de 1898, ele enviou seu relatório ao Ministério das Relações Exteriores informando a nova latitude das origens do Javari: 7°11'48''10. Isso significava, para o desapontamento de muitos, uma discrepância de apenas 10° das observações do Barão de Tefé, o que deixava praticamente inalterada a situação geográfica dos territórios da borracha. As tentativas de demarcação continuariam, mas a Bolívia, já com vivo interesse naquelas terras, acreditava ser o momento oportuno para a imediata ocupação do Acre.

O fato é que o Governo brasileiro permitiu à Bolívia a fundação de Puerto Alonso, decisão essa interpretada por seringalistas e seringueiros como a oficialização da soberania estrangeira na região. Isso engendrou aquela que seria a primeira insurreição acreana.

Em abril de 1899, o Cônsul Dom Moisés Santivañez substituiu José Paravicini, que retornou a seu posto no Rio de Janeiro porque um golpe de estado deflagrado pelo General José Manoel Pando depusera o Presidente Severo Alonso e era preciso estar atento aos rumos do novo governo. Em 1º de maio daquele ano, cerca de quinze mil brasileiros, a maioria deles residentes na região, sob o comando do advogado José Carvalho e com o apoio do governo do Estado do Amazonas, levantaram-se contra os bolivianos, dando a Santivañez o seguinte ultimato, prontamente atendido (Tocantins: 2001, v. 1, p. 292): “Estais intimado a retirar-vos o vosso governo deste território o mais breve possível, porque é esta a vontade soberana e geral do povo deste município e de todo o povo brasileiro”.

A segunda insurreição deu-se em 14 de julho de 1899, chefiada pelo jornalista es-

panhol Luiz Galvez Rodrigues de Arias. Depois de alertar o então Governador amazonense Ramalho Júnior sobre o teor de um acordo diplomático que assegurava o apoio militar dos Estados Unidos da América (EUA) à Bolívia², em caso de guerra com o Brasil pelo domínio do Acre, ele partiu de Manaus — sob o patrocínio daquele governo — rumo à localidade de Puerto Alonso, rebatizada de Porto Acre.

Ali, Galvez hastearia a bandeira acreana — símbolo patriótico que traz as fortes cores do pavilhão nacional — e proclamaria a criação do Estado Independente do Acre.³

Em resposta, as autoridades federais brasileiras — avocando o disposto no Tratado de Ayacucho — reconheceram tratar-se de invasão territorial à Bolívia e enviaram tropas e uma flotilha da Marinha para que fosse defenestrada a “República do Acre”. No dia 15 de março de 1900, data da rendição dos autodeclarados acreanos, o Cônsul Eduardo Otaviano foi indicado formalmente pelo Governo brasileiro para promover a transição política, passando o controle da região à Bolívia.

Houve, ainda, mais um episódio de insurreição, conhecido como a “República dos Poetas”, não menos importante para a compreensão do processo de anexação das terras acreanas ao Brasil. Esse episódio teve início no raiar do século XX, com a decisão da Bolívia de enviar uma pequena missão militar para ocupar a região. Impedida de avançar pelos brasileiros, a missão não foi além de Porto Acre. Entrementes, Silvério Néri — à frente do Governo do Amazonas, em substituição a Ramalho Júnior, com o firme propósito de alargar as fronteiras estaduais — financiou uma nova expedição armada em apoio à resistência brasileira no local.

A Expedição Floriano Peixoto — designação oficial — era chefiada pelo jornalista Orlando Correa Lopes, que liderava boêmios e profissionais liberais de Manaus sem nenhum treinamento militar. Ela proclamou a

Segunda República do Acre, que seria presidida pelo Coronel Rodrigo de Carvalho, mas que teve destino idêntico ao de sua predecessora, graças à fragorosa derrota sofrida diante do exército boliviano, em 29 de dezembro de 1900. Com isso, as terras permaneciam bolivianas.

O tráfego das embarcações comerciais, rio acima e abaixo, dava o tom de normalidade a esse quadro político, e a arrecadação das receitas alfandegárias por parte da Bolívia ocorria sem maiores embaraços.

Por essa época, como ressalta Bandeira (2000, p. 153), com base nos próprios registros estatísticos do governo norte-americano, sessenta mil brasileiros habitavam o Acre e as importações de goma elástica do Brasil, que em 1879 e 1889 atingiram o valor de US\$ 3.296.766 e US\$ 7.569.005, respectivamente, já alcançavam a cifra de US\$ 16.999.345 em 1900, elevando Belém e Manaus à condição de importantes centros para o comércio exterior.

A queda persistente dos preços do café a partir de então fez com que os políticos e empresários nacionais passassem a se interessar pelos acontecimentos no Acre.

2.2. Bolivian Syndicate: *Pomo da Discórdia*

No início do século XX, soube-se da existência de um acordo militar entre norte-americanos e bolivianos envolvendo a região em análise. Apesar da negação peremptória do acordo por ambas as partes, o inequívoco estreitamento das relações entre esses dois países levantou preocupações do Governo brasileiro, que se revelaram bastante procedentes.

De fato, em 1901, a Bolívia — presidida pelo General José Manuel Pando e visivelmente ansiosa por se livrar dos problemas com a administração das terras consideradas acreanas pelos brasileiros — concordou em arrendá-las a um sindicato de capitalistas majoritariamente norte-americanos e ingleses, o *Bolivian Syndicate*. Tratava-se de uma espécie de companhia colonial privilegiada, uma *chartered company*, nos moldes

das existentes na África⁴, formada com recursos fornecidos pelas seguintes empresas e pessoas físicas (Bandeira: 2000, p. 165): *Central Trust Co.*, *Varmilye Co.*, *Metropolitan Life Insurance Co.*, *Morton Bliss & Co.*, *Brown Brothers & Co.*, *K. Twombly*, *S. W. Cross*, *Adrian Iselin Jr.*, *E. Emelen Roosevelt*, *Lord Avebury* (do Banco Lubbock) e *August Belmont* (representante da Casa Rothschild).

Pelo contrato, o grupo assumiria, por trinta anos, o controle total sobre a região, incluindo a movimentação alfandegária e militar. Para os brasileiros, essa era uma situação intolerável, pois o trânsito livre de estrangeiros pelo território nacional significava uma real ameaça às soberanias tanto da vizinha Bolívia quanto do Brasil.

Tornou-se patente, à época, que o problema extrapolava o âmbito da mera “controvérsia sobre interesses locais”. Se não havia declaração de guerra entre as nações, existia uma firme disposição dos brasileiros ali estabelecidos em defender seus interesses comerciais e patrimoniais, afrontados pela presença daquele sindicato patronal.

Lembre-se, a propósito, que, embora o látex existisse em outros países, o extraído da *Hevea Brasiliensis* — seringueira somente encontrada na Amazônia brasileira — era o de melhor qualidade e também o mais procurado. Por isso, em fins do século XIX, a região já respondia por 65% da produção mundial e era sinônimo de borracha.

As tentativas diplomáticas do Governo brasileiro para conseguir a anulação do contrato provocaram a pronta reação das autoridades governamentais em Washington e Londres, que as tiveram como sinônimo de violação de direitos adquiridos dos seus nacionais, pois estavam habituadas ao sucesso de suas companhias comerciais no continente africano.

O Presidente Campos Sales decidiu, então, fechar o Amazonas e seus afluentes à navegação, ignorando os protestos dos EUA, Grã-Bretanha, França e Alemanha. Além de impedir o fluxo comercial na região, sustou a tramitação — no Congresso — do projeto

do Tratado de Comércio e Navegação que celebrara com a Bolívia. Essas resoluções levaram o Secretário do Departamento de Estado Norte-americano, John Hay, a declarar que era necessário proteger os “inocentes interesses de cidadãos americanos”, lembrando que a Bolívia, um país pobre, não poderia arcar com indenizações.

As gestões diplomáticas prosseguiram lentas. Com o fechamento da navegação dos rios brasileiros, o *Bolivian Syndicate* não conseguia concluir a implementação do empreendimento, e o contrato estabelecia o dia 6 de março de 1903 como data limite. Os ânimos estavam cada vez mais exaltados, e um novo movimento insurrecional ganhava volume, dessa vez capitaneado pelo gaúcho Plácido de Castro, que participara dos embates da revolução federalista.

A despeito de seus tenros 27 anos, ele era um homem de rara ténpera e caráter forte, capaz de coordenar a resistência às investidas bolivianas e de levá-la a termo, graças a seus conhecimentos como agrimensor e militar. Ao inteirar-se do arrendamento do Acre ao *Bolivian Syndicate*, com o aval dos proprietários de seringais e do Governo do Amazonas, Plácido tratou de organizar o levante que passaria para a história como a Revolução Acreana. Em 6 de agosto de 1902, sob seu comando, brasileiros armados atacaram uma guarnição militar boliviana, baseada às margens do rio Xapuri, um afluente do Acre. Entrementes, na Capital do País, as autoridades federais temiam as conseqüências dessa campanha, que ele prometera breve, mas que já se alongava por algum tempo e poderia ter resultados imprevisíveis.

A essa altura, o fabrico da borracha havia sido interrompido em todo o rio, os seringueiros haviam deixado as estradas de seringa para formar as hostes revolucionárias e os maiores inimigos não estavam no *front*, e sim em Nova York e Londres, atentos à evolução dos preços da borracha. Eram os grandes financistas, sobretudo americanos e ingleses, acostumados a polpudos lucros e determinados a garantir — pela pres-

são econômica junto aos governos do Brasil e da Bolívia — a instalação de uma *chartered company* na América do Sul e o livre acesso de seus produtos para Bolívia, Peru e Nova Granada pela bacia Amazônica.

2.3. Diplomacia em Vez de Guerra

Quando a controvérsia em torno do *Bolivian Syndicate* acirrou-se, surgiu na cena política a figura de José Maria da Silva Paranhos, o Barão do Rio Branco. Por sua notória sagacidade e talento para as questões internacionais, ele foi convidado pelo Presidente Rodrigues Alves, em 3 de dezembro de 1902, a assumir a pasta do Ministério das Relações Exteriores e, de imediato, debruçou-se sobre o delicado tema.

Ao mesmo tempo, como diplomata e político, Rio Branco rompeu com o tratamento geográfico que seus antecessores dispensavam à questão, não mais admitindo passivamente que terras acreanas fossem consideradas alheias. Decidiu interpretar o Tratado de 1867 ao pé da letra, defendendo a linha de fronteira leste-oeste que passa pelo paralelo 10°20' e recusando-se a aceitar o tracejado da linha oblíqua ao Equador. Também declarou o território do Acre litigioso com relação ao Brasil e ao Peru, com quem a Bolívia acabara de firmar um tratado para submetê-lo à arbitragem da Argentina.

Esse tirocínio livrava-o de buscar uma solução arbitrada, pois bem sabia que seria arriscado ficar à mercê de argumentos jurídicos ou históricos, depois de 36 anos de entendimento que o Acre era boliviano.

Reconhecer que aquela era uma questão litigiosa, como declarara a Bolívia inúmeras vezes, e lançar-se na negociação de um tratado foi, então, o caminho escolhido por Rio Branco para defender os interesses dos brasileiros que habitavam a área de confronto.

Retificando erros anteriores, ele telegrafou à delegação brasileira em La Paz, em 18 de janeiro de 1903, conforme consta do Arquivo Histórico do Itamaraty, afirmando

energicamente que: “O Governo brasileiro deu, até aqui, ao Tratado de 1867, uma interpretação contrária à letra e ao espírito do mesmo, com o único fim de favorecer a Bolívia. [...] não podemos concordar que ali penetrem tropas ou autoridades da Bolívia”.

Com o real intento de forçar a Bolívia a negociar, o Barão apresentou a proposta de permuta de territórios ou de compra do Acre pelo Brasil, que assumiria o compromisso de acertar-se com o *Bolivian Syndicate*. Embora onerosa, essa era a forma de obter a cessão de todo o território ocupado por brasileiros, inclusive uma faixa ao sul do paralelo 10°20'. Ambas as propostas foram rechaçadas pela Bolívia, que se fiava no apoio dos Estados Unidos.

Entretanto, um outro barão — o de Rothschild⁵ — agente financeiro do Brasil na Grã-Bretanha, não menos interessado na questão, tratou de encontrar meios de intermediar uma solução pacífica para o dissídio. Entabulou contatos diretos com os dirigentes do sindicato, por meio de um dos seus sócios, August Belmont, que, não por acaso, era também seu representante nos Estados Unidos.

Cabe salientar que os Rothschild insistiram durante toda a negociação na conveniência de o Brasil entregar a questão à arbitragem da Grã-Bretanha, fazendo insinuações e trazendo notícias de ameaças veladas por parte do Presidente americano Theodore Roosevelt. O Brasil, contudo, mantinha-se firme na defesa do diálogo bilateral com a Bolívia e ganhava tempo, respondendo com evasivas à oferta dos ingleses.

Servindo-se de um telegrama endereçado a Rodrigues Alves (cf. Bandeira: 2000, p. 166), o Barão de Rothschild informou ao Governo brasileiro que o *Bolivian Syndicate* reclamava uma indenização de US\$ 1 milhão. Pedia brevidade na decisão e autonomia “para fechar o negócio rapidamente, preservados os interesses do seu país” (Bandeira: 2000, p. 157).

A pressa externada no texto justificava-se pelas notícias veiculadas pela imprensa

sobre a precária situação das forças bolivianas — acoissadas em Puerto Alonso pelos brasileiros liderados por Plácido de Castro — e pela impossibilidade do *Bolivian Syndicate* de instalar-se no Acre e honrar seus prazos contratuais, uma vez que o veto de navegação no Amazonas fora oposto à Bolívia.

A estratégia de Rio Branco consistia em preparar-se para guerra a fim de evitá-la. Assim, ele se mantinha disposto a negociar um “acordo honroso e satisfatório”, segundo declarou ao Ministro brasileiro em La Paz, Eduardo dos Santos Lisboa⁶, com a ressalva categórica de que as tropas bolivianas, que rumavam para o Acre, não ultrapassassem o paralelo 10°20’.

3. O Tratado de Petrópolis

A vitória de Plácido de Castro teve lugar com a rendição da guarnição boliviana em 24 de janeiro de 1903. Logo, o litígio já estava solucionado militarmente, no campo de batalha, quando o Presidente boliviano, General Pando, percebendo que não poderia manter nenhum controle sobre o Acre, viu-se compelido a concordar com o entendimento diplomático. Afinal, era melhor aceitar as compensações oferecidas pelo Brasil em troca da área litigiosa do que enfrentar uma batalha diplomática com o Peru, outro a reclamar propriedade sobre aquelas terras. Assim, em 21 de março de 1903, ele concordou com a ocupação e a administração brasileira na região até a conclusão dos termos do acordo.

Estabelecido o *modus vivendi* provisório, imposta a vigilância das forças federais sobre a parte situada a leste do Rio Iaco, e limitada, ao norte, pela linha geodésica do marco do Madeira à nascente do Javari, e, ao sul, pelo paralelo de 10°20’, desde o referido marco até o Iaco, foram possíveis os entendimentos que culminariam com o Tratado de Petrópolis, assinado no Estado do Rio de Janeiro em 1903.

Por esse instrumento, ficou acordado que a Bolívia receberia compensações terri-

toriais em vários pontos da fronteira com o Brasil; que o Governo brasileiro se comprometeria a construir a Estrada de ferro Madeira-Mamoré; e que seria garantida a liberdade de trânsito pela ferrovia e pelos rios até o oceano Atlântico, o que facilitaria o escoamento das exportações bolivianas pelo sistema fluvial do Amazonas. Como não havia equivalência entre as áreas dos territórios permutados, estabeleceu-se, ainda, uma indenização pecuniária no montante de dois milhões de libras esterlinas, a ser paga pelo Brasil em duas parcelas.

Em contrapartida, a Bolívia cederia a parte meridional do Acre, reconhecidamente boliviana, mas povoada por brasileiros, e desistiria de seu alegado direito à outra parte do território mais ao norte, igualmente ocupada só por brasileiros.

O reconhecimento da soberania brasileira sobre um território de 191.000 km², assim negociado, mostrou ser um excelente negócio para os Rothschild, que, depois de alguns meses, deram um adiantamento à Bolívia, debitando-o na conta do Brasil, para que este pagasse o montante acrescido de juros.

O *Bolivian Syndicate* rendeu-se às evidências. Admitiu que atuar na região seria impraticável e aceitou a rescisão contratual mediante uma compensação financeira de 114.000,00 libras esterlinas. O distrato foi assinado em 26 de fevereiro de 1903, deixando a casa bancária inglesa ainda mais radiante. A questão do Acre convertera-se na galinha dos ovos de ouro para os Rothschild, que forneceram os créditos necessários ao Brasil para honrar toda a transação.

3.1. O Acordo com o Peru: Aquilo que Faltou ao Tratado de Petrópolis

A questão do Acre, porém, não estava encerrada. O Peru, que já perdera para o Chile, há pouco menos de três décadas, as províncias de Tarapacá, Tacna e Arica na Guerra do Pacífico (1879-1883), não se conformava com a redução de seu território. Reivindicando também aquela porção ama-

zônica, ele pretendia participar das negociações com a Bolívia, no intuito de que houvesse uma solução tríplice.

Rio Branco opôs-se a essa pretensão, pois não poderia lutar em duas frentes simultaneamente e temia que um impasse levasse a questão à arbitragem. Entretanto, deixou claro em telegrama endereçado à Legação do Brasil em Lima, a 20-1-1903, que — no devido tempo — levaria em conta as reclamações peruanas, sobretudo quanto às terras que vão do Purus para o Oeste.

Nesses termos, somente depois de equacionar a questão com o *Bolivian Syndicate* e de assinar o Tratado de Petrópolis, Rio Branco dispôs-se a entabular conversações com o Peru, cujas pretensões territoriais iam além da área que fora objeto do Tratado de 1903. De fato, o Governo de Lima reclamava terras que a Bolívia cedera ao Brasil, pelo Tratado de Ayacucho, alcançando territórios situados ao sul da linha Madeira-Javari e ao norte da linha Beni-Javari, num total de 251.000 km² e com uma população da ordem de sessenta mil brasileiros.

Apoiado em documentos e na doutrina de Direito Internacional, Rio Branco sustentou a tese de que os títulos da posse brasileira sobre toda a bacia do Purus e do Juruá eram oriundos do título português, que decorria da anulação do Tratado de Ildefonso, corolário da paz firmada em Badajós em 1801⁷. Esses direitos, concedidos à Bolívia pelo Tratado de Ayacucho, haviam sido recuperados pelo Brasil, na medida de sua conveniência, em 1903, quando ele firmou o Tratado de Petrópolis com o Governo boliviano. Asseverava Rio Branco, em nota de 27-6-1904 enviada ao Ministro das Relações Exteriores do Peru, Hernán Velarde:

“A verdade é que o Governo peruano começou em fins de 1902 e meados de 1903 a apoderar-se, *manu militare*, dos territórios em litígio, quase que exclusivamente habitados por brasileiros, procurando modificar o estado em que se achavam as coisas, e acreditando que tais invasões e tomada de posse

violentas, efetivadas à última hora, lhe podiam alcançar posição vantajosa no processo arbitral que desejava”.

Em suma, se a questão fosse submetida à arbitragem, o Peru nada arriscaria e lucraria com qualquer resultado, já que os títulos de posse de que dispunha por si só não eram válidos e suficientes em reclamações dessa natureza e a simples adoção do princípio do *utis possidetis* tampouco lhe beneficiaria.

O Barão recusou-se, peremptoriamente, a abrir as negociações com o Peru enquanto seus destacamentos estivessem naquelas áreas. Contava, para tanto, com o irrestrito apoio do Presidente Rodrigues Alves, que mandou Manaus deslocar dois destacamentos militares para a região ocupada, a fim de oferecer represália se o Peru insistisse em não se retirar.

O impasse perdurava e, com isso, os conflitos eram freqüentes. No segundo trimestre de 1904, as relações entre as duas chancelarias ficaram ainda mais críticas. Em Lima, os ânimos estavam bastante acirrados, havendo a disposição do Governo peruano de defender suas posições com o emprego da força, conforme noticiou o *Jornal do Comércio* do Rio de Janeiro (*apud* Tocantins: 2001, v. 2, p. 459).

Em 12 de maio de 1904, a empresa de navegação *Red Cross Iquitos Steam Ship*, precavendo-se contra o pior, fez publicar a seguinte nota nos jornais de Liverpool:

“Devido à ameaça de rompimento de hostilidades entre o Brasil e o Peru, somos obrigados a reter todos os carregamentos do vapor *Bolívia*, a sair para Iquitos, a 12 do corrente, que consistam em armas, cartuchos de pólvora, chumbo de munição e quaisquer outras mercadorias ou materiais que possam ser considerados ou usados como munição de guerra” (Tocantins: 2001, v. 2, p. 437).

Apertando o cerco ao vizinho, o Brasil decidiu interditar todo o trânsito de artefatos de guerra que se valesse da via do Amazonas com destino ao Peru. A 18 de maio,

denunciou, então, “pela provada inconveniência de certas cláusulas” (cf. nota de Rio Branco ao Ministro Hernán Velarde, em 18-5-1904), o Tratado de Comércio e Navegação subscrito com o Peru em 10 de outubro de 1891, que assim perderia eficácia no ano seguinte.

Aquela altura, a guerra parecia tão iminente que o Barão tratou de angariar a simpatia da Bolívia e sua promessa de apoio caso o conflito bélico fosse mesmo deflagrado. Outrossim, firmou uma aliança secreta com o Equador, país com o qual o Peru tinha também uma antiga desavença envolvendo limites territoriais.

A intimidação brasileira surtiu o efeito almejado, pois — em 12 de julho de 1904, no Palácio do Itamaraty — Brasil e Peru firmaram um *modus vivendi*, embora o clima de desconfiança compromettesse a normalização das relações entre os dois países. Nesse momento, já havia fracassado a tentativa do Peru de angariar o apoio diplomático dos Estados Unidos, a fim de que fossem reconhecidas de pleno direito as suas pretensões territoriais. Para a alegria do Barão de Rio Branco, o Secretário de Estado John Hay optou pela neutralidade nessa questão, ante a ausência de interesses financeiros envolvendo norte-americanos (como ocorrera no caso do *Bolivian Syndicate*) e o resultado do trabalho jurídico sobre a questão de fronteiras entre o Brasil e o Peru, encomendado ao internacionalista Bassett Moore, por sugestão do próprio chanceler brasileiro à Embaixada do Brasil em Washington.

O referido jurista, com base na copiosa documentação que lhe fora fornecida pelos brasileiros, preocupados em evitar as distorções e a manipulação da opinião pública por parte das autoridades peruanas, elaborou um folheto intitulado *Brazil and Peru Boundary Question*, que chegou às mãos de Rio Branco em janeiro de 1905. Nele, Moore considerou os títulos brasileiros válidos e definitivos e declarou:

“O Brasil, antes de 1851, data de sua convenção com o Peru, ocupava efeti-

vamente a margem meridional do Amazonas e as margens dos baixos cursos de seus afluentes a leste do Javari. As nascentes desses rios, entre os quais se incluem o Juruá e o Purus, e todos os seus tributários, nem o Peru nem a Bolívia as ocuparam em quaisquer pontos. (...) O Brasil, em 1867, estava em posição de manter o seu título sobre as bacias do Juruá e do Purus. Porém, quis ceder à Bolívia o território ao sul da linha Beni-Javari, o que fez pelo Tratado de Ayacucho, naquele ano, território readquirido em 1903 pelo Tratado de Petrópolis” (Tocantins: 2001, v. 2, p. 497).

Anos mais tarde, Rui Barbosa recordaria tal observação em sua petição em defesa dos interesses do Amazonas na anexação do Acre ao território brasileiro.

O ano de 1906 transcorreu sem novidades no que concerne aos avanços diplomáticos referentes ao litígio de fronteiras Brasil-Peru. Do lado do Brasil, era intenção do Barão de Rio Branco aguardar os relatórios das comissões técnicas a cargo de Euclides da Cunha (Purus) e Belarmino Mendonça (Juruá), para que ambas as partes negociassem com segurança, conforme estipulado no *modus vivendi*. O Peru, por sua vez, esperava que a troca do Governo brasileiro no ano seguinte ensejasse uma posição mais favorável a suas pretensões. Mas Afonso Penna, depois de assumir a Presidência da República, querendo evitar uma solução de continuidade para a política externa brasileira em momento tão delicado, confirmou José Maria da Silva Paranhos à frente do Ministério das Relações Exteriores, a despeito da opinião de desafetos e censores do Governo de Rodrigues Alves.

Ao longo de 1907, ficaram prontos os relatórios dos comissários brasileiros e as memórias das comissões mistas que deram provas cabais da conquista, do povoamento, dos empreendimentos industriais e comerciais, da permanência e propriedade ininterruptas de brasileiros nos rios Juruá e

Purus, exceto nos trechos mais superiores. Rio Branco passou a dispor, então, de documentos totalmente favoráveis ao Brasil.

Vale dizer que os prazos de vigência do *modus vivendi* foram prorrogados sucessivamente, sem grandes dificuldades, e o protocolo de 12 de julho de 1904 chegou a ser cumprido fielmente. O tempo arrefecia as rugas entre as chancelarias, e a perseverança do Brasil na defesa de seus direitos findou por convencer os peruanos de que era tempo de pôr fim à contenda e assinar um acordo definitivo sobre as fronteiras na região.

As autoridades peruanas ainda aventaram uma compensação financeira, a exemplo do que ocorrera em relação à Bolívia. O Peru, no entanto, não possuía título válido e definitivo e não firmara com o Brasil nenhum tratado que lhe concedesse o mínimo direito sobre o Acre. Por isso, Rio Branco rechaçou energicamente a pretensão financeira do Peru, mas negociou para que ele se apropriasse de uma área triangular considerável, formada pelos rios Curanja, Santa Rosa e Purus.

Em 12 de setembro de 1909, o então Presidente peruano, Augusto Leguia, determinou a seu ministro das Relações Exteriores, D. Hernán Velarde — cuja firma figura no *modus vivendi* de 12 de julho de 1904 — que assinasse, em sigilo e com data retroativa a 8 de setembro corrente, juntamente com o Barão do Rio Branco, no Palácio do Itamaraty — o tratado que permitiu ao Brasil avançar suas fronteiras sobre uma área de 152.000 km², uma superfície cinco vezes maior do que a Bélgica. O objetivo era evitar dificuldades com a opinião pública antes que os Parlamentos de ambos os países autorizassem a ratificação do acordo, o que ocorreu primeiro no Peru e depois no Brasil.

Esse episódio trouxe a consagração definitiva para o astuto Barão do Rio Branco, saudado com loas pelo Deputado Dunshee de Abrantes, relator do tratado na Comissão de Diplomacia da Câmara, ao manifestar-se favoravelmente sobre a sua aprova-

ção (Diário do Congresso Nacional, 1^o-5-1910):

Diante de tão admiráveis conceitos, que bem revelara o espírito superior que os ditou e que tem feito da grandeza da Pátria o seu culto de todas as horas, sente-se que, ainda uma vez, fechando o último claro nas nossas fronteiras, o Brasil não desmentiu o seu honoríssimo passado de ininterrupta lealdade nas suas relações de vizinhança, de inquebrantável devotamento aos princípios liberais e de confiança a mais absoluta na realização muito próxima no continente do seu grande ideal de todos os tempos — a paz constante e a confraternização geral dos povos americanos. O Tratado de 8 de setembro foi o complemento glorioso do Tratado de Petrópolis. Encarado sob todos os aspectos, difícil seria concluir qual dos dois é o mais notável e mais digno da destinação histórica do Brasil na América do Sul. E a opinião nacional já não vê mais em Rio Branco um nome, mas um símbolo.

4. A Questão Acreana Passa à Economia Doméstica

Antes mesmo de solucionada a contenda no plano internacional, surgiria uma outra, de cunho eminentemente interno, de caráter jurídico e cores políticas. Tratava-se do conflito entre o Estado do Amazonas, que se julgava legítimo detentor dos direitos às terras acreanas setentrionais, e a União, que as incorporara ao seu patrimônio, ao tempo que, pelo disposto no Decreto do Executivo nº 5.188, de 7 de abril de 1904, organizou o território do Acre e fixou seus limites. Esse decreto dividiu o Acre em três departamentos (Alto Acre, Alto Purus e Alto Juruá), divisão essa que perduraria até a unificação ocorrida em 1920, instituiu normas administrativas, criou cargos de prefeitos, estabeleceu a justiça eleitoral e fixou suas com-

petências. Criou discricionariamente, enfim, uma pessoa jurídica de direito público interno sem par na realidade constitucional brasileira daquela época. O governo amazonense tomou isso como uma afronta, posto que o Acre sempre estivera em sua órbita administrativa e era justo incorporá-lo ao seu território.

Note-se que a ambição intervencionista do Governo Federal, impulsionada pelos lucros oriundos da exploração de látex, estava sendo obstaculizada pelos chamados “barões da borracha”, que disputavam espaço na ordem político-administrativa. Além disso, o café temia a borracha. A participação desta no conjunto das exportações brasileiras, que era de dez por cento em 1890, passou a vinte por cento em 1900 e chegou a quarenta por cento em 1910. A borracha rivalizava, assim, com o café, cuja participação caíra de 68%, em 1890, para 57%, em 1900, e não passava de 41%, em 1910 (Santos: 1980, p. 290).⁸

Rui Barbosa — que participara da delegação encarregada de negociar o Tratado de Petrópolis com a Bolívia, mas que dela se afastara, pouco antes da assinatura do acordo, por discordar do valor da indenização pecuniária proposto pelo Brasil — foi o escolhido para emprestar toda a sua verve e o seu cabedal de conhecimentos jurídicos à defesa do direito de posse do Estado do Amazonas sobre aquelas terras. Assim, em 4 de dezembro de 1905, na petição inicial apresentada perante o Supremo Tribunal Federal⁹, que originou a Ação Civil Originária nº 9, ele reivindicou, em favor de seu cliente, a incorporação territorial do chamado “Acre Setentrional”, área correspondente à região localizada acima da linha do paralelo 10º20’. Argumentando “posse imemorial e domínio antigo”, o Amazonas pleiteava o que de direito lhe pertencera quando Comarca, depois lhe pertenceu como Província e, finalmente, como Estado.

A batalha judicial não se limitou a Rui Barbosa e a seu contendor, o Procurador-Geral da República, Dr. Pedro Antônio de

Oliveira Ribeiro. A exemplo do que ocorrera com a “questão acreana” outrora, os debates ganharam repercussão em toda a imprensa brasileira, chegando a provocar outro grande jurista, o sergipano Gumerindo Bessa. Esse saiu espontaneamente em defesa do Acre, divulgando um *Memorial em Prol dos Acreanos Ameaçados de Confisco pelo Estado do Amazonas na Ação de Reivindicação do Território do Acre*, em 31 de janeiro de 1906.

Rui Barbosa não se fez de rogado e ocupou as páginas do *Jornal do Comércio* para contestar os argumentos de Bessa, que — imbuído do papel de “defensor dos acreanos” — retrucou com outros oito artigos, todos devidamente contestados pelo patrono do Amazonas, nas edições publicadas pelo referido periódico entre 18 de junho e 2 de julho de 1906.

O litígio ganhou dimensões caudalosas. À petição inicial, somaram-se outras peças jurídicas (contestação, réplica, tréplica, razões finais), mas o processo nunca chegou a termo. As tentativas de acordo foram infrutíferas e os autos do processo quedaram esquecidos no Supremo Tribunal Federal (STF). Eles só voltariam à baila na década de trinta.

4.1. *A Disputa de Fronteiras em Sede Constitucional: o Mea Culpa da União*

No mérito, poder-se-ia admitir que Rui Barbosa foi vitorioso na defesa do governo amazonense, uma vez que os parlamentares constituintes da década de trinta reconheceram que o Amazonas tivera prejuízo com a forma pela qual as autoridades federais decidiram implementar o acordo firmado pelo Tratado de Petrópolis e que lhe era devida uma indenização. Por esse motivo, fizeram constar da Constituição de 1934, no art. 5º das Disposições Transitórias, que caberia à União indenizar o Estado do Amazonas dos prejuízos que lhe tivessem advindo da incorporação do Acre ao território nacional. O dispositivo ainda determinava que “o valor fixado por árbitros, que terão em conta os benefícios oriundos do convê-

nio e as indenizações pagas à Bolívia, será aplicado sob a orientação do Governo Federal”, em proveito daquele Estado. Os parlamentares pretendiam, com isso, pôr um ponto final à questão, ao tempo em que patenteavam que aquele contencioso sobre as fronteiras na região era um subproduto, um desdobramento direto das decisões tomadas pelo Governo Federal ao assinar o Tratado de Petrópolis.

Em decorrência disso, ao elaborar sua nova Constituição, o Estado do Amazonas — em flagrante afronta ao referido preceito —, dispôs sobre o assunto nos seguintes termos:

Art. 2º Tendo sido o território do Acre incorporado ao domínio da União, sob protesto do Estado do Amazonas, reserva-se este o direito de não reconhecer tal desmembramento, enquanto não se der execução ao art. 5º das Disposições Transitórias da Constituição da República.

Em 18 de outubro de 1936, depois de assinado o convênio cogitado pelo art. 5º das Disposições Transitórias da Constituição de 1934 e com a juntada aos autos do “Compromisso das Partes”, foi fixada a indenização em cerca de 350.000 contos de réis, moeda da época. Acreditava-se definitivamente encerrado, assim, o litígio entre a União e o Estado do Amazonas.

Contudo, segundo Sílvio Meira (Rui Barbosa: 1983, v. 37, t. 5, p. LXXXII), somente depois de quase duas décadas, o Amazonas entraria com uma petição solicitando formalmente a indenização pela “desanexação do Acre”, nos termos do longuíssimo processo da Ação Civil nº9. À frente da causa amazonense, honrando o trabalho feito por Rui Barbosa, estava o ilustre e eminente jurista San Tiago Dantas, o que não impediu o lacônico fim daquele litígio, transformado em 14 volumes sem solução judicial.

A União deixou de ser parte no contencioso quando a Constituição de 1934 reconheceu explicitamente que, antes da assi-

natura do Tratado de Petrópolis, a porção setentrional do Acre era ocupada por brasileiros que se reportavam, no dia-a-dia, às autoridades administrativas, fiscais e judiciárias do Estado do Amazonas. De fato, como enfatiza Sílvio Meira (Rui Barbosa: 1983, v. 37, t. 5, p. XXIII), “os atos oficiais do Governo do Amazonas comprovam que naquele território eram as autoridades desse Estado que policiavam, catequizavam, demarcavam, julgavam e administravam”. O Amazonas fazia jus, portanto, a uma indenização para compensar a perda daquelas terras.

Desde então, o problema passou a centrar-se na definição das linhas divisórias entre os estados do Acre, Rondônia e Amazonas, mas isso não invalida o argumento de que ainda se pode considerá-lo um desdobramento das decisões federais pós-Tratado de Petrópolis.

Deve-se admitir, ademais, que, durante séculos, a geografia da porção amazônica brasileira — com seus rios de planícies que mudam de leito a cada nova estação das águas, seus terrenos de pouco relevo que determinam a ausência de marcos inconfundíveis e a densa floresta que dificulta a visibilidade — conspirou contra a definição de marcos de fronteiras. Nas últimas décadas, porém, foram imensuráveis os avanços tecnológicos nesse quesito. Assim, hoje se pode definir uma linha limítrofe com precisão milimétrica, bastando, para isso, sobrevoar a área em avião bem equipado.

5. O Acre na Federação: Ontem e Hoje

A história da fixação do povo acreano na Amazônia brasileira impõe-se na solução do problema de linhas de fronteiras e revitaliza um antigo princípio jurídico, o do *utis possidetis post facto*.

Há cem anos, o Governo brasileiro reconhecia a impossibilidade do Estado do Amazonas de arcar com a responsabilidade de garantir a paz e a efetiva ocupação nas terras recém-incorporadas ao mapa do

Brasil. Temendo o vigor dos habitantes da região e sua avidez por fixar raízes, ele resolveu criar uma espécie nova de unidade federada — o Território Federal do Acre —, à revelia da consulta à vontade popular.

De todo modo, em 1920, unificaram-se os três departamentos, contrariando as previsões do Barão de Rio Branco, feitas na Exposição de Motivos do Tratado de 8 de setembro de 1909, quando comentava as novas fronteiras do Acre:

“os nossos territórios do Médio Juruá, do Médio Purus e do Alto Acre terão, portanto, extensões bastantes para que introduzidos neles os necessários melhoramentos, e suficientemente povoados, possam, em futuro próximo, constituir mais dois ou três Estados da União Brasileira”.

Por conseguinte, centralizou-se a administração nas mãos de um governador. Esse, ainda nomeado segundo critérios federais, privava os bravos habitantes da região de qualquer possibilidade de participação política, comprometendo os seus anseios de desenvolvimento econômico. Os destinos do Acre estavam, então, sob a tutela de governantes nomeados pelo Presidente da República, à sua conveniência. Essas pessoas eram escolhidas entre militares, magistrados e políticos, sem forte vínculo ou conhecimento necessário de uma realidade tão particular.

Satisfeito o interesse do Amazonas — pelo menos parcialmente — em fins da década de 50, com o pagamento do valor arbitrado a título de indenização, o Presidente João Goulart sancionou a Lei nº 4.070, de 15 de junho de 1962, que elevou o Território do Acre à categoria de Estado. O projeto que deu origem a esse diploma legal era de autoria do Deputado José Guiomard dos Santos, figura proeminente do vitorioso movimento autonomista. Essa campanha, que tinha por bordão “O Acre para os acreanos”, materializava o sonho de Plácido de Castro e de seus comandados.

Em outubro de 1962, José Augusto de Araújo — natural do município de Cruzeiro do Sul — seria eleito o primeiro governador daquele Estado, com 7.184 votos, deixando o povo acreano exultante com as perspectivas existentes no cenário político. Essas, entretanto, foram frustradas em 1964, com o apoio incontestado do regime militar, que acabou por depor aquele jovem idealista disposto a contrariar interesses arraigados no antigo fazer político. Por conseguinte, o Acre ainda deveria esperar mais de uma década para eleger novamente, pelo voto, seu governador.

Note-se que, a despeito das medidas já enunciadas, as discussões sobre os limites geográficos do Estado do Acre continuaram a arrebatar os ânimos dos moradores daquela parte da região amazônica. Para buscar uma solução consensual que colocasse fim às divergências quanto às linhas limítrofes da citada unidade federativa, representantes dos Estados do Acre, do Amazonas e de Rondônia reuniram-se na Delegacia do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em Manaus, no dia 16 de outubro de 1984.

Em 19 de fevereiro de 1986, as partes referidas firmaram o Convênio nº 26/86, conforme consta do Processo nº 7.346/82/IBGE. Esse documento criava uma comissão tripartite, integrada pelos estados supramencionados, com o fito de fixar os limites territoriais entre si. Cabia ao IBGE — que, à época, funcionava apenas como um órgão técnico — a execução dos trabalhos geodésicos e cartográficos.

Persistia, porém, o conflito entre os estados do Amazonas e do Acre, pois o primeiro alegava que o traçado da linha divisória deveria adotar como marcos a Foz do Igarapé Remanso e do Estirão Eliezer, o que implicaria manter quase inalterada a linha Beni-Javari (também denominada de poligonal Cunha Gomes) e faria com que importantes cidades acreanas ficassem em território amazonense.

Marco	Latitude Sul	Longitude Oeste de Greenwich
91.004 – Cruzeiro do Sul	07°33'05,886"	72°35'03,100"
91.005 – Feijó	07°50'41,193"	70°03'15,902"
91.006 – BR-137	09°35'31,191"	67°19'30,950"
91.007 – Sena Madureira	09°02'56,535"	68°38'47,861"
91.008 – Caquetá	09°33'37,883"	67°30'58,785"

Fonte: Ofício nº 541/PR/IBGE, de 25 de novembro de 1999.

Encerrados os trabalhos da comissão tripartite, foi rejeitada a proposta amazonense que fixava os marcos no rio Envira (Cruzeiro do Sul), perto da Vila Jurapari (Feijó). Tampouco foi aceita a sugestão do IBGE, que se limitou a apresentar os seguintes marcos geodésicos divisores dos dois estados amazônicos:

Convém recordar que o IBGE, dada a natureza de suas atribuições, não era órgão competente para dirimir os conflitos entre as Partes, nem para impor uma solução obrigatória.

Sua sugestão, entretanto, recebeu o endosso dos parlamentares que participaram da elaboração da Constituição de 1988, que traz — no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) — o seguinte dispositivo:

Art. 12.....

§ 5º Ficam reconhecidos e homologados os atuais limites do Estado do Acre com os Estados do Amazonas e de Rondônia, conforme levantamentos cartográficos e geodésicos realizados pela Comissão Tripartite integrada por representantes dos Estados e dos serviços técnico-especializados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Além desse desdobramento, o acordo firmado em Petrópolis no início do século XX daria também ensejo à propositura de uma ação judicial em 1990. O Acre — com o argumento de que as fronteiras tinham sido estabelecidas de direito, mas não de fato, uma vez que não figuravam nem nos mapas nem no solo — moveu a Ação Cível Originária (ACO) nº 415, de cunho demarcatório, perante o Supremo Tribunal Federal. Pretendia, assim, ver fixada sua divisa ma-

terial com os Estados do Amazonas e de Rondônia, tomando por base limites naturais, como o rio Madeira, o Igarapé dos Ferreira e a Serra do Divisor. Buscava, pois, explicitar a sua interpretação quanto à “vontade constitucional”.

Essa pretensão foi rechaçada pelo parecer da Procuradoria-Geral da República no processo, que chega à seguinte conclusão:

51. Em suma, se, diante de tudo o que se afirmou, a pretensão do Estado do Acre em relação ao Estado do Amazonas não parece justificável, tampouco merece acolhimento a pretensão deste último quanto à simples adoção da “linha Cunha Gomes” original. O constituinte, se não pretendeu cancelar as pretensões expansionistas do Estado do Acre, do mesmo modo não parece ter pretendido estabelecer que várias das cidades tradicionalmente consideradas acreanas passassem a integrar o território do Amazonas [...].

Tal parecer obteve o endosso do Ministro Néri da Silveira, relator da matéria no Supremo, firmando-se o entendimento de que os limites do Acre e do Amazonas devem ser aqueles apontados nos relatórios e nas notas dos serviços técnico-especializados do IBGE, com base em levantamentos cartográficos e geodésicos, e consubstanciados no relatório final da Comissão Tripartite. Isso porque foram esses os limites reconhecidos e homologados pelo § 5º do art. 12 do ADCT da Constituição de 1988, observando-se a necessidade de emprestar à linha geodésica do limite madeira-javari, quando locada no terreno, traçado que garante a jurisdição acreana sobre cidades tradicionalmente sob sua jurisdição, como Cruzeiro do Sul, Tarauacá, Feijó, Sena Madureira e Manuel Urbano.

O IBGE executou os trabalhos técnicos indispensáveis à execução do julgado, mas o Amazonas — inconformado com os pontos limítrofes definidos pelo órgão técnico (91.004 para Cruzeiro do Sul e 91.005 para Feijó), por atingirem parcialmente a cidade de Guajará, um de seus municípios — decidiu propor, junto ao STF, a Reclamação Constitucional nº 1421, em fevereiro de 2000, contra o Presidente do IBGE. Alegou que este não dera cumprimento ao julgado da ACO nº 415, segundo o qual, no seu entender, deveriam ser adotados os marcos divisórios de Estirão do Eliezer e Remanso, como sempre havia apregoado.

A Reclamação Constitucional em apreço foi distribuída ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em 21 de junho de 2002, e ainda carece ser apreciada por aquela egrégia Corte. Entretanto, a Procuradoria-Geral da República, à época representada pelo jurista Geraldo Brindeiro, já se manifestou no sentido da improcedência do pedido.

Apesar do caráter não-vinculante dos pareceres que instruem a ação, tudo leva a crer que os argumentos arrolados até o momento pelos magistrados que se pronunciaram nos autos venham a sustentar, em alguma medida, a decisão final, conduzindo ao fiel cumprimento do disposto no § 5º do art. 12 do ADCT.

6. Conclusão

O Estado do Acre, até bem pouco tempo, vivia a sina de Estado periférico. Sua maturidade política foi conquistada sob a égide da hipertrofia da Federação e do poder discricionário dos estados do Sul e Sudeste.

Entretanto, a Amazônia brasileira goza, hoje, do *status* de patrimônio nacional, e conflitos de interesse na região não podem ser tratados como questões menores. O interesse internacional pelas reservas hidrominerais e extrativistas e pela enorme biodiversidade ali existente vem engendrando a revisão conceitual sobre o grau, a forma e a subs-

tância do pacto federativo brasileiro, ainda em curso.

A renitente omissão das autoridades federais faz com que hoje a solução para a demarcação da divisa entre o Acre e o Amazonas tenha que se pautar, prioritariamente, pelo interesse do cidadão que habita as áreas limítrofes. A pretensão do Estado do Acre relativamente ao Amazonas não parece justificável, mas tampouco merece acolhimento a pretensão deste quanto à simples adoção da linha “Cunha Gomes” original. Afinal, isso importaria na absurda situação de submeter ao domínio amazônense — por força do disposto em algum documento de páginas amareladas — várias cidades que há décadas se reconhecem acreanas.

Vale lembrar que, ao longo da Constituição de 1988, é explícita a preocupação em garantir amplos direitos sociais a todo cidadão brasileiro, e um deles, sem dúvida, é o respeito à cultura do indivíduo, ao sentimento que o une à terra natal. Ora, o cidadão tem o direito de conhecer o nome correto da municipalidade onde mora, vive, estuda, trabalha e, talvez, morrerá. Ademais, o estabelecimento de divisas afeta diretamente o patrimônio, as heranças, as questões trabalhistas, entre outras, e define a jurisdição competente. Trata-se, portanto, de um problema de fundo, não de forma.

As autoridades federais parecem menosprezar a instabilidade social que a falta da demarcação de divisas produz, sobretudo para as pessoas diretamente envolvidas. Afinal, quando o Estado do Amazonas, por exemplo, recorre à Justiça contra a publicação do mapa do Brasil — alegando que a simples notícia do seu lançamento “já gerou conflitos quanto às propriedades imobiliárias e desapropriações na jurisdição de Guajará, [...] não sendo menor a apreensão do Poder Público de cada Município, eis que a estes cabe garantir a paz social” — compromete, em certa medida, o conteúdo das aulas de Geografia ministrado a todos os alunos brasileiros.

O Tratado de Petrópolis completou cem anos com pompas e honrarias, prestígio a que decerto também fará jus, em 2009, o Tratado firmado com o Peru. Ambos são referência para a política externa brasileira, nascida sob o signo da cordialidade e da busca pelo estreitamento dos laços de amizade com as demais nações da comunidade mundial. O Brasil é um país reconhecidamente afeito à negociação e ao entendimento na defesa de seus interesses.

O Acre e o Amazonas perdem com a indefinição sobre suas divisas. Ela prejudica a boa convivência na região e pode vir a comprometer futuras parcerias, tão importantes para o fortalecimento do empresariado local.

O que foi estabelecido e votado, democraticamente, pelos Constituintes, entre eles amazonenses e acreanos, deve pôr fim à longa disputa por demarcação de terras. Dar cumprimento ao § 5º do art. 12 do ADCT, aquiescer aos relatórios e notas dos serviços técnico-especializados do IBGE, fundamentados em cuidadosos levantamentos cartográficos e geodésicos, aplacará a angústia de milhares de brasileiros e poderá fazer com que esse desfecho passe às páginas de nossa história como uma demonstração da sensibilidade e do espírito público das autoridades estaduais da Amazônia brasileira.

Se não for essa a solução consensual, urge que os dirigentes dessas unidades federativas debruçem-se sobre a matéria, atualizem a discussão e encontrem uma saída condizente com o propósito de vir a fazer da região a grande dinamizadora da economia nacional.

Notas

¹ Olinto Máximo de Magalhães, sucessor de Dionísio Cerqueira no cargo de Ministério das Relações Exteriores (1899-1902), no governo de Campos Sales, atuou na pasta até o final do governo, quando foi substituído pelo Barão do Rio Branco.

² Segundo o texto integral do acordo, que apareceu na edição de 4 de junho na *Província do Pará* e cinco dias depois no *Jornal do Commercio*, de Manaus, os EUA auxiliariam a Bolívia a defender seus

direitos sobre os territórios do Acre, Purus e Iaco, por via diplomática ou, no caso de guerra com o Brasil, forneceriam armas e financiamento, recebendo em hipoteca as rendas das alfândegas bolivianas. Também exigiriam que o Brasil nomeasse uma comissão, para demarcar, juntamente com a Bolívia, as fronteiras definitivas entre o Purus e o Javari, e concedesse livre trânsito pelas alfândegas de Belém e Manaus às mercadorias bolivianas. A Bolívia, por sua vez, concederia abatimento de cinquenta por cento sobre os direitos de importação a todas as mercadorias americanas e 25% sobre a borracha destinada aos portos dos EUA, pelo prazo de dez anos. Caso tivesse que apelar para a guerra com o Brasil, a Bolívia denunciaria o tratado de 1867, e a linha de fronteira passaria a correr pela boca do Acre, ficando com os EUA, em livre posse, o território restante (cf. Tocantins e Meira, apud Bandeira: 2000, p. 151).

³ Nas palavras de Tocantins (2001, v. 1, p. 37), “Luiz Galvez exerceu, assim, papel de certo relevo naqueles sucessos: o de haver plantado a semente de organização autônoma, o de preparar psicologicamente as populações do Acre para a resistência libertadora. Parece-me justa a opinião de Soares Bulcão, contemporâneo, dos fatos, quando em artigo no jornal *Alto Purus*, de Sena Madureira, disse que o levante de 1º de maio de 1899, nascido no Baixo Acre, marcou o primeiro passo para a jornada de reivindicação, era o Acre uno e indivisível que se insurgia; Galvez vivificou-lhe as aspirações, Plácido concretizou-as.”

⁴ Segundo Bandeira (2000, p. 165), a Grã-Bretanha mantinha no continente africano a National Africa Company, a British Africa Company, a British South Africa Chartered Company e a North Africa Company, todas dotadas de direitos administrativos, funcionando como se estados soberanos fossem.

⁵ Trata-se de Sir Nathan Meyer Rothschild (1840-1915), membro do Parlamento Inglês, primeiro Barão de Rothschild, bisneto de Mayer Amschel Rothschild, o grande fundador da dinastia de banqueiros alemães judeus. A família Rothschild exerceu durante mais de um século e meio poderosa influência sobre a economia da Europa e, de forma indireta, sobre a evolução política do continente. Favorecidos pelas monarquias européias a que haviam auxiliado na luta contra Napoleão e apoiados na estrutura econômica que lhes proporcionava sua rede internacional de casas, a família Rothschild teve participação ativa na revolução industrial e monopolizou a oferta de empréstimos internacionais, sempre feitos em libras esterlinas como escudo às variações cambiais, sobretudo, a países da América do Sul. Após a morte do Barão, seus filhos Lionel de Rothschild (1882-1942) e Anthony Gustav de Rothschild (1887-1961) conti-

nuram à frente dos negócios. A sucursal de Londres é, até hoje, uma das mais importantes instituições financeiras da Europa.

⁶ A volumosa correspondência de Eduardo Lisboa, no Arquivo Histórico do Itamaraty, não só do caso do *Bolivian Syndicate*, mas também relativa à fase das negociações do *modus vivendie* do Tratado de 1903, atesta-lhe o alto espírito público (cf. Tocantins: 2001, v. 1, p. 41).

⁷ Por meio de diferentes ações militares, as tropas espanholas ocuparam a Colônia do Sacramento, parte do litoral do Rio Grande do Sul, e a ilha de Santa Catarina. Portugal viu-se forçado a negociar um novo tratado de limites, que foi assinado em Santo Ildefonso em 1777. Esse documento retomava os limites territoriais fixados em Madri, com exceção do extremo sul da América do Sul, onde o arroio Chui passou a servir de limite entre as possessões ibéricas, ao mesmo tempo em que os Sete Povos das Missões e a Colônia do Sacramento passaram para o domínio espanhol. Antes que esses limites fossem demarcados, porém, o Tratado de Santo Ildefonso perdeu a validade. Em 28 de janeiro de 1801, sob a influência da ação napoleônica, a Espanha declarou guerra contra Portugal, seu reino e seus domínios, e enviou instruções aos Vice-Reis espanhóis na América do Sul para que atacassem o Brasil. Tropas hispano-americanas, provenientes do Paraguai, invadiram o Mato Grosso, enquanto as luso-brasileiras revidaram invadindo a Banda Oriental e os Sete Povos das Missões. O Tratado de Badajós, firmado em 6 de junho daquele ano, pôs fim ao clima de animosidade (a região dos Sete Povos passou definitivamente a fazer parte do império português na América), mas não revalidou o disposto em 1777 nem restaurou o *status quo ante bellum*.

⁸ Segundo Hélio Silva, apud Santos (1980, pp. 290-91), “de 1900 a 1910, por exemplo, a composição da exportação desviou-se fortemente para a borracha, cujos preços estiveram então em alta no mercado mundial e cuja participação na exportação brasileira oscilou entre 20% (1900) e 39% (1910) do valor total” e “os efeitos desfavoráveis da queda do preço do café sobre a relação de intercâmbio foram atenuados pela redução da importância relativa do café e a maior participação da borracha na exportação”.

⁹ Nesse documento, Rui assim circunscreve a área do conflito: “mover contra a União a ação ordinária, a que o peticionário tem direito, com o fim de reivindicar o triângulo territorial abrangido entre o paralelo 10°20’ de latitude sul, a oblíqua tirada entre a confluência do Beni com o Madeira nesse paralelo e as cabeceiras do Javari e o meridiano que deste ponto baixe sobre o dito paralelo; região essa, de que, violando a posse e senhoria do suplicante, se apoderou o Governo Federal, estribado no De-

creto Legislativo nº 1.181, de 25 de fevereiro de 1904, e no que, em execução deste, expediu, sob nº 5.188, a 7 de abril do mesmo ano”. (...) Se a União, argumentava, “poderia alegar direito sobre a parte sul do território, que adquirira, não poderia fazer o mesmo quanto à parte setentrional, ‘visto se tratar de terras que sempre foram brasileiras, [e] a respeito das quais aquele tratado serviu apenas para a anuência formal da Bolívia ao nosso antigo direito’.” (cf. Ernesto Leme no prefácio ao volume 37, tomo VI, das Obras Completas de Rui Barbosa (1984, p. XXV).

Referências

1. ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Formação da diplomacia econômica no Brasil: as relações econômicas internacionais no Império*. São Paulo: Senac, 2001.
2. AZEVEDO, Ricardo de. Acre: um estado ímpar. Disponível em: http://www.fpabramo.org.br/td/nova_td/td47td47_reportagem.htm. Acesso em: 20 ago. 2003.
3. BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. O Barão de Rothschild e a questão do Acre. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 43, n. 2, p.150-169, 2000.
4. BARBOSA, Rui. O direito do Amazonas ao Acre setentrional. In: *Obras completas*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura; Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983, v. 37, t. 5.
5. _____. _____. Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Cultura; Fundação Casa de Rui Barbosa, 1984, v. 37, t. 6.
6. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional nº 1421, Reclamante: Estado do Amazonas; Reclamado: Presidente da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Relator: Ministro Néri da Silveira. 2000.
7. CALIXTO, Valdir de Oliveira. *Plácido de Castro e a construção da ordem no Aquiri: contribuição à história das idéias políticas*. Rio Branco: FEM, 2003.
8. CASSIANO, Ricardo. *O Tratado de Petrópolis*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1954, v. I e II.
9. CASTRO, Genesco de. *O Estado Independente do Acre e J. Plácido de Castro* excerptos históricos. Brasília: Senado Federal, 2002.
10. O Tratado de Petrópolis. Disponível em: <http://assisbrasil.org/tratado.html>. Acesso em: 21 ago. 2003.
11. POLETTI, R. *A Constituição de 1934*. Brasília: Centro de Ensino à Distância, 1987 (Coleção Curso “Constituições do Brasil”).

12. REVISTA DO PRIMEIRO CENTENÁRIO DO ESTADO INDEPENDENTE DO ACRE. Galvez e a República do Acre. Rio Branco: Acre, maio/2002.
13. SANTOS, Roberto A.O. *História econômica da Amazônia: 1800-1920*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1980.
14. SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. O Tratado de Petrópolis de 1903. In: *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, v. 102, n. 292, 25/01/1993, p. 11.
15. TEXTOS & DOCUMENTOS. Tratado entre o Brasil e a Bolívia: Petrópolis, 17 de novembro de 1903, v. 3, n. 12, p. 39-43, dez. 1981.
16. TOCANTINS, Leandro. *A formação histórica do Acre*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, v. I e II.
17. _____. _____. 4. ed. Brasília: Senado Federal, 2001, v. I e II.
18. VIANA FILHO, Luiz. *A vida do Barão de Rio Branco*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1959.

Ouvidoria parlamentar

Uma proposta para o Senado Federal

Ilana Trombka

Sumário

1. Introdução. 2. O termo *ombudsman* e sua tradução como ouvidor no Brasil. 3. *Ombudsman*: antecedentes históricos, função e prerrogativas. 4. A inserção das ouvidorias no ramo do Direito Administrativo. 5. O papel do Código de Defesa do Consumidor no desenvolvimento das ouvidorias. 6. As falhas no modelo atual de ouvidoria parlamentar. 7. A ouvidoria da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul. 8. Proposta de ouvidoria parlamentar no Senado Federal. 9. Conclusões. 10. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Os termos *ombudsman* e *ouvidoria* vêm, paulatinamente, se tornando conhecidos do grande público. Hoje é bastante comum que, além dos serviços telefônicos de atendimento ao consumidor, as grandes empresas privadas possuam ouvidorias, forma como a atividade de *ombudsman* foi chamada no país, para fidelizar o cliente, dar um tratamento mais célere às suas demandas e sinalizar para a organização os eventuais ruídos em sua comunicação e na formação de sua imagem institucional junto aos segmentos de seu interesse, entre outras.

Na esfera pública, especialmente após os anos 90, as ouvidorias também vêm ocupando um espaço de destaque. Vários órgãos da administração pública federal já possuem setores designados para funcionarem como um canal específico de comunicação com o cidadão. Não apenas em nível

Ilana Trombka é Graduada em Comunicação Social, especialista em Direito Legislativo e mestre em Comunicação Social. Analista Legislativo do Senado Federal.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. HENRIQUE SAVONITTI MIRANDA.

federal, esses setores já são comuns em várias prefeituras, algumas instituições legislativas, inclusive a Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, caso que irá ser abordado nesse estudo, e em uma dúzia de administrações estaduais. Nesse particular, há de se ressaltar o trabalho do Governo do Estado de São Paulo¹, que construiu toda uma política de atendimento ao cidadão, buscando garantir serviços públicos de qualidade e implantou, em todos os órgãos da administração pública paulistana a figura do ouvidor.

Apesar da grande difusão, a forma como as ouvidorias, com as funções de ombudsman, acabaram se estruturando no país, em pouco se parecem com o modelo clássico da atividade, que é o modelo sueco de ouvidor parlamentar, fonte de inspiração para todos os países que adotaram essa figura para fortalecer o controle da administração pública. Este trabalho irá procurar, de forma bastante sucinta, explicar as razões da distorção da função de ombudsman no Brasil e, a partir do entendimento destas diferenças, propor um modelo de funcionamento de uma ouvidoria para o Senado Federal. Irá se buscar atribuir um papel mais amplo a esta estrutura, no sentido de que se torne algo maior do que um simples canal institucionalizado de comunicação, mas que, efetivamente, atue no controle da prestação dos serviços do Estado, neste caso no âmbito do Poder Legislativo.

2. O termo ombudsman e sua tradução como ouvidor no Brasil

A definição do vocábulo “ombudsman”, em sueco, é bastante ampla. *Ombud* quer dizer representante, agente, advogado, solidador, substituto, procurador, delegado. *Man* quer dizer homem, no sentido de ser humano. Diferente do idioma inglês, não existe declinação no plural para o termo e nem sua versão para o feminino. Segundo Daniel Barcelos Vargas (2003, p. 09) acredita-se que as raízes históricas do termo en-

contram-se no Old Norse, idioma de origem norte-germânica falado por comunidades que habitaram a Escandinávia até meados do século XIV. Nessas comunidades, quando alguém cometia um crime elegia-se um terceiro imparcial, responsável por determinar um preço a ser pago pelo ofensor à família do ofendido. Essa pessoa era conhecida como ombudsman.

No Brasil, ainda que algumas entidades utilizem o termo sueco original para denominar a pessoa que se ocupa da atividade de representar o cidadão, na esfera pública, ou o consumidor, nas empresas privadas, dentro de uma organização tornou-se bem mais comum o termo “ouvidor/ouvidoria”. Ao contrário do que pode parecer, a origem do termo não deriva do “ouvidor da coroa”, cargo criado na época do Império quando a Coroa Portuguesa enviava para as colônias um representante do rei que tinha como missão representar os interesses da metrópole. O ouvidor moderno tem uma função, pode se dizer, inversa, pois representa os interesses do cidadão em relação ao governo.

Não se tem conhecimento de nenhum estudo formal que explique as razões que levaram a atividade de “ombudsman” a difundir-se pelo Brasil como sinônimo de “ouvidor”, mas se pode entender essa questão, uma vez que o ombudsman, para iniciar sua ação, necessita de uma informação primeira. Ou seja, é primordial que, de alguma forma, cheguem ao ombudsman denúncias ou reclamações que motivarão sua ação, seja esse dado via contato interpessoal ou pela imprensa.

No Brasil as ouvidorias nasceram com o suporte de serviços de tele-atendimento, que, normalmente, já existiam, sendo assim a maioria das informações que motivava a ação dos representantes do cidadão/cliente tinha origem em uma comunicação interpessoal via telefone, ou seja, a primeira ação da ouvidoria, que na maioria dos casos acabou por absorver os serviços de tele-atendimento, era escutar o que tinha a dizer a outra parte, daí a utilização do termo “ouvido-

ria”, ainda que ele dê um sentido bastante incompleto à atividade de “ombudsman”.

3. *Ombudsman: antecedentes históricos, função, prerrogativas e modalidades*

As origens do que se conhece hoje por ombudsman, como função ligada ao poder público, são remanescentes do século XVI, na Suécia, sob a figura do grande “*semeskal*”, que era um funcionário do rei encarregado de exercer o controle das atividades dos juizes. No entanto a fundação do ombudsman na Suécia ocorre após um longo processo de evolução do Estado, marcado pela constante rivalidade entre o rei e o Parlamento. A disputa pelo poder começa a se resolver a partir da elaboração da Constituição de 1809, que estabelece a divisão dos poderes estatais e a proteção dos direitos do cidadão contra as arbitrariedades do Estado. Nesse momento, é criada a instituição do ombudsman parlamentar ou “*justitiombudsman*”, que tinha como missão exercer o controle da administração pública, verificar a observação da lei pelos tribunais, podendo processar aqueles que cometessem negligência ou ilegalidades no exercício de seus deveres, obrigando-os a reparar a falta cometida.

Para Vera Giangrande (1997: 19), desde seu surgimento a instituição do ombudsman foi identificada com a proteção aos direitos individuais. Ficou clara também, uma nítida divisão entre os atos políticos do governo e os atos de administração, sobre os quais o ombudsman poderia exercer sua fiscalização. Anos mais tarde o parlamento vai assumir a função de gestão estatal, afastando o rei da administração da nação. Fica sendo a Suécia um país parlamentarista e, atualmente, unicameral.

No Brasil não existe a figura constitucional do ombudsman. Houve na Assembléia Nacional Constituinte de 1988 uma tentativa de se criar a função, que não obteve êxito. Segundo relata Marcos Amaral Filho (1993: 117) os parlamentares rejeitaram a emenda da deputada Raquel Capiberibe, do

PMDB do Amapá, que propunha a criação do defensor do povo. Contra a criação dessa figura se levantaram poderosos *lobbies* corporativos do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público, que muniram os adversários da idéia com inúmeros argumentos, desde o ônus de se criar mais uma estrutura no país até a afirmação de que o controle jurisdicional possibilita maiores garantias aos cidadãos. Dessa maneira as tradicionais funções do ombudsman ficaram diluídas entre estes dois órgãos e o Congresso Nacional.

Cabe ao Ministério Público, por exemplo, conforme rege o artigo 129 da Constituição Federal “zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”; já no que diz respeito ao Tribunal de Contas da União ficou definido que auxiliará o Congresso Nacional no controle externo das contas públicas, fazendo a fiscalização contábil, financeira e orçamentária conforme o artigo 71 da Carta Magna. O Congresso Nacional, por sua vez, teve sua função bastante ampliada pela Constituição cidadã, podendo, segundo o artigo 49, “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer uma de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”. Completa, ainda, o artigo 50:

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre o assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada.

Seria injustiça se não fosse reconhecido o crescimento do papel do Poder Legislativo brasileiro. Desde a promulgação da Constituição, algumas das mais importantes pas-

sagens históricas contaram com uma participação ativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Não se pode olvidar do processo de cassação do ex-presidente Fernando Collor de Mello e, mais recentemente, do ex-senador Luiz Estevão. Também as Comissões Parlamentares de Inquérito tem contribuído para a legitimação do poder de fiscalização e de investigação do parlamento. No entanto, a hipertrofia do Poder Executivo é inegável. O sistema presidencialista brasileiro é extremamente centralizado e autoriza a utilização de dispositivos, como as medidas provisórias e o orçamento autorizativo, que acabam por redundar em um desequilíbrio de poder. Assim fica bastante prejudicado o controle da máquina estatal por meio destes três órgãos.

Ocorreram outras tentativas para que a função de “ombudsman” existisse no país. Pode-se destacar o CODICI – Conselho de Defesa e Informação do Cidadão, que tinha como finalidade proteger o indivíduo contra erros, omissões ou abusos de autoridades administrativas, mediante petição de qualquer cidadão. Segundo sua regulamentação ele podia receber reclamações e sua jurisdição abarcava todas as entidades da administração direta e indireta. Mas a primeira tentativa perene na esfera pública de atuação da ouvidoria deu-se em 1986, com a iniciativa do então prefeito de Curitiba, Roberto Requião. Posteriormente, ao assumir o cargo de governador, implantou a ouvidoria na esfera estadual também. Há de se ressaltar, no entanto, que o trabalho inicial da Prefeitura Municipal de Curitiba tinha um enfoque diferenciado, pois atuava estritamente no controle interno, com auditorias e não por meio do atendimento à população.

Ocorreu, especialmente nos últimos dez anos, uma grande disseminação das ouvidorias nos órgãos públicos. No entanto, diferente dos modelos clássicos, no Brasil optou-se por uma ação descentralizada, órgão por órgão, deste mecanismo de controle. Desta feita, a instituição “ombudsman”, na

forma brasileira de funcionar, atua como uma instância de controle interno da administração pública em suas variadas figuras. Podemos encontrar estruturas de representação do cidadão nos três poderes da República e nas diversas esferas de poder. A experiência da Câmara dos Deputados, órgão co-irmão do Senado Federal, é um exemplo claro do tipo de controle que as ouvidorias públicas tem feito, uma vez que ela pretende ser uma ligação entre o cidadão e a administração pública e apoiar a população na garantia dos direitos explicitados na Constituição Federal e na legislação em geral.

Ainda que com uma proposta ampla de defesa da cidadania, na prática as ouvidorias, por vezes, tem tido um papel limitado baseando seu trabalho no estabelecimento de um canal formal de informações e na garantia de tramitação da manifestação do cidadão. Sem dúvida os passos acima citados são fundamentais, mas tem faltado ao modelo brasileiro o papel opinativo dos ouvidores, que com suas investigações e no efetivo controle interno, estaria autorizado para atuar de forma mais ampla, além das resoluções de questões pontuais. Uma breve reflexão poderá nos levar à conclusão que, por ter sido implantado de forma “fatiada” e extremamente especializada o caráter do ombudsman de defesa de grandes temas nacionais afetos a administração pública ficou prejudicado. Faz-se necessário um novo olhar sobre a função do ouvidor e uma ampliação de seu leque de atividades para que os efeitos da atividade possam caminhar no mesmo sentido da busca de um maior espaço de ação social.

O ombudsman legislativo clássico, que trabalha a partir de um enfoque externo da administração pública e se encontra em um ambiente parlamentarista, tem quatro características fundamentais. A primeira delas é seu estabelecimento pela constituição, por lei ou por estatuto de um órgão legislativo, assegurando-se o caráter de instituição permanente, a neutralidade e independência em relação à autoridade administrativa re-

clamada. O modelo do ouvidor parlamentar nacional segue a mesma tendência, sendo normalmente criado por ato do legislativo, mas ao invés de lei ou emenda constitucional, por estar afeto apenas a sua própria instituição, é regulado por projeto de resolução da casa legislativa.

A segunda característica diz respeito a capacidade de receber e investigar reclamações do público contra qualquer parte da administração pública relacionada ao Poder Executivo, podendo, inclusive, iniciar investigações sem provocação prévia. Nesse sentido o ouvidor legislativo brasileiro tem papel bastante distinto, uma vez que trabalha *intra-corporis*, ou seja, sua jurisdição limita-se efetivamente a organização ao qual pertence. Aos demais órgãos, sejam eles do Executivo ou do Judiciário, cabe apenas a solicitação de informações em nome do cidadão, mas sem a possibilidade de intromissão.

O terceiro traço do ombudsman clássico também difere do ouvidor parlamentar existente no Brasil. Enquanto na Suécia e nos países que adotaram as atribuições de controle externo o ombudsman é um órgão de apelação, no sentido que investiga uma autoridade apenas se a reclamação tiver sido previamente apresentada à autoridade pública, no Brasil não existe relação entre as esferas de demanda e a área de atuação do ouvidor.

A quarta função fundamental do ombudsman parlamentar clássico é apenas, em parte, desenvolvida pelo ouvidor parlamentar no país. Enquanto que o primeiro, se concluir pela procedência da reclamação, faz recomendações para a autoridade reclamada suprir a deficiência constatada e, se tais recomendações não forem aceitas ele as apresenta, diretamente, ao chefe do executivo, no Brasil o ouvidor só tem tal amplitude de resultado garantida quando a questão ocorre dentro de sua casa legislativa de origem. No entanto, pode-se afirmar, que ambos possuem uma função não coativa, ou seja, exercem a magistratura de persuasão, não ten-

do, portanto, suas atividades confundidas com os órgãos do Poder Judiciário.

Além do ombudsman parlamentar, outros órgãos públicos adotaram a função em seus organogramas. Atualmente a gama de ouvidores é tamanha que se corre o risco de errar ao tentar precisar a grande diversidade de ramos da função. Exemplos clássicos no Brasil são as ouvidorias das polícias, de variadas prefeituras e governos de estado, de bancos de economia mista, das agências reguladoras, entre outros. Também se destacam os ombudsman universitários, de órgãos da imprensa, de instituições financeiras, de serviços privatizados e de grandes empresas dos mais variados segmentos. As experiências, por exemplo, do grupo Pão de Açúcar e do jornal Folha de São Paulo já foram transformadas em obras literárias e são exemplos de iniciativas bem sucedidas e já consolidadas em seus respectivos ramos e empresas.

4. *A inserção das ouvidorias no ramo do Direito Administrativo*

O Direito Administrativo, que surge no século XIX na França, é o ramo autônomo do Direito que se preocupa com o estudo do conceito aglutinador de administração pública tomada em seus aspectos objetivos e subjetivos. Em relação a suas atividades, aspectos objetivos, trata de realizar o fomento social, de abarcar as questões relativas ao serviço público, atua como polícia administrativa e faz algumas intervenções, devidamente reguladas, na propriedade privada. No que diz respeito aos aspectos subjetivos é integrada por pessoas jurídicas que compõem a administração direta e indireta nos níveis federal, estadual e municipal.

Esse segmento do direito tem como principal traço seu papel regulador em relação ao comportamento de toda a atividade administrativa do Estado frente aos cidadãos, no sentido de protegê-los contra os desmandos do poder estatal, que é imensamente maior que a cidadania individualmente, por

isso ele é, por excelência o direito defensivo do cidadão. Para deixar claro os princípios que devem nortear a ação do organismo público, a Constituição Federal, no seu artigo 35 explicita quais são os alicerces e as vigas-mestras sobre as quais se constrói o edifício-jurídico desta área.

A forma como está organizada a estrutura jurídica brasileira em relação ao Direito Administrativo faz com que o Poder Judiciário apenas se pronuncie a respeito do cumprimento pela Administração Pública das etapas exigidas por lei para a tomada de decisão, no entanto, não faculta a análise sobre o mérito da questão. Ou seja, controla-se a forma do procedimento, mas não seu conteúdo. Segundo Adalberto Braz (1992, p. 149) o principal neutralizador jurídico-político do Judiciário tem sido a teoria prevalente do Direito Administrativo que inibe esse poder de entrar no mérito do ato administrativo.

O ombudsman, ou a ouvidoria, quando imbuída das funções do primeiro atua no controle da administração pública, podendo ser considerada um instrumento do Direito Administrativo, especificamente em seu caráter fiscalizador. Esse traço de ação fica bastante claro quando analisada a natureza objetiva da função, que, segundo Braz (1992: 91), diz respeito às suas atribuições como supervisor da aplicação das leis e demais normas. No entanto, a formatação da estrutura de origem da função modelará o tipo de auditoria a ser feito pela ouvidoria, dando o seu caráter interno ou externo. O controle será externo quando o segmento a ser investigado for proveniente de uma estrutura de poder diferente daquela que dá legitimidade à ouvidoria, por exemplo, se coubesse à Ouvidoria da Câmara Federal investigar atos relativos à regulamentação das normas por parte do executivo. Nesse sentido a legislação nacional dá, por exemplo, aos congressistas a possibilidade de por meio das comissões, fiscalizar a ação dos outros poderes, sendo uma estrutura voltada para o controle externo.

Na forma em que estão sendo constituídas no país, no entanto, as ouvidorias podem ser denominadas de instrumentos de controle interno da administração pública, não na forma global do termo, mas na especificidade de cada órgão que a compõe. Assim, por exemplo, a ouvidoria da Polícia Militar de São Paulo fiscalizará, a partir de denúncias ou por ofício, ações dos membros de sua própria estrutura. Em relação as matrizes político-ideológicas inspiradas na atuação deste tipo de órgão, segundo o professor Rubens Pinto Lyra (1993: 117) podemos diferenciar a vertente modernizadora, que se preocupa com a eficiência, da vertente democrática, que preza a formação de baixo para cima da estrutura da ouvidoria, com a participação dos grupos sociais na consolidação e administração da estrutura. Praticamente, no primeiro caso o ombudsman seria um membro do órgão e, no segundo, poderia ser alguém de fora da estrutura que trabalharia com as atribuições dentro dela.

Outro marco legal que justifica a existência das ouvidorias, inspiradas nas funções do ombudsman clássico sueco é o Artigo 37 da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que estende ao cidadão a tarefa de participar do controle dos atos do Poder Público. O parágrafo 3º, inciso I diz “as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, de qualidade de serviço”. Ou seja, esse dispositivo autoriza a cidadania a exercer diretamente, com presença ativa, a função de fiscalização da atuação da Administração Pública. Como é, na prática, impossível que milhões de agentes atuem em relação a função de auditoria foram sendo criados canais, meios específicos e o mais relevante deles é o ombudsman, para exercer de forma delegada e organizada o que preconiza a chamada Reforma Administrativa de 1998.

Por fim, como colocou o senhor Humberto Pedrosa Espíndola, Coordenador-

geral do Conselho de Defesa dos Direitos Humanos, no seminário “Ações de Cidadania”, promovido pela Câmara dos Deputados em 26 de junho de 2001, o Estado democrático de direito tem como uma de suas principais características o estabelecimento de canais entre os poderes constituídos e os cidadãos, a população. Esses canais facilitam a circulação das informações e permitem a transparência, indispensável ao desempenho do regime democrático. Portanto, completa ele, a ouvidoria é um agente-meio na prestação de determinado serviço, trabalhando com a circulação de informações e, então reforçando seu caráter democrático.

5. O papel do Código de Defesa do Consumidor no desenvolvimento das ouvidorias

O Código de Defesa do Consumidor, nome pela qual é conhecida a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, sancionada pelo então presidente Fernando Collor de Melo, tem um relevante papel no desenvolvimento da consciência de consumo e de cidadania. Apesar de regular as relações de consumo e restringir sua eficácia a situações de compra ou utilização de produtos ou serviços, a apropriação de direitos que o cidadão brasileiro começou a fazer a partir do Código fez com que surgisse não apenas um consumidor mais maduro e sabedor de seus direitos, mas também um cidadão consciente de seu papel e fiscalizador das atitudes do Estado, enquanto representante da gama de nacionais. Nesse sentido torna-se importante entender esse instrumento para refletir sobre o modelo de ouvidoria interessante para a Administração Pública e seus órgãos.

Mais do que resultante de uma disposição transitória da Constituição Federal de 1988 ou do disposto na própria Carta Magna, o direito do consumidor é resultado da evolução dos direitos humanos, uma vez que as relações de consumo, como fator social,

podem ser parte dos segmentos que compõem o direito difuso e, portanto, conquista da terceira geração dos Direitos Humanos.

A história da defesa do consumidor remete aos movimentos populares relacionados à carestia como a Marcha da Fome em 1931, a Marcha da Panela Vazia em 1953, o protesto contra o alto custo de vida em agosto de 1963 e ao boicote da carne de 1979. Sob o enfoque jurídico, tanto o Código Comercial de 1850, como os Códigos Civil de 1916 e Penal de 1940 já tratavam de alguns assuntos afetos à defesa do consumidor, ainda que sem mencionar expressamente o termo. No entanto, é a partir dos anos 70 que a questão se tornará mais organizada no país e sofrerá um processo de amadurecimento até o ano de 1988, com o advento da Assembléia Nacional Constituinte. Durante esses anos foram criadas as Associações Nacionais de Defesa do Consumidor, os PROCONs, o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, as Delegacias do Consumidor e o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor.

Talvez o marco mais importante no processo de amadurecimento das relações de consumo tenha sido a mobilização nacional quando do Plano Cruzado, em 1986. Os cidadãos brasileiros retomaram, nesse episódio, ainda que simbolicamente, o espaço público e agindo como agentes e parceiros da administração federal tomaram iniciativa de defender seus direitos. Apesar da desilusão posterior, especialmente em relação aos rumos do plano econômico, a experiência de participação fez com que amadurecessem os movimentos de retomada da cidadania, o que em grande parte possibilitou e estimulou o aparecimento do Código de Defesa do Consumidor.

A Lei 8.078, entre outras mudanças, reconheceu e detalhou os direitos básicos do consumidor, criou normas específicas para a responsabilidade civil do fornecedor, inverteu o ônus da prova, dispôs sobre publicidade, estabeleceu mecanismos para o controle das condições gerais dos contratos e

dos contratos de adesão, instituiu instrumentos para serem utilizados pelos consumidores para sua própria defesa e dispôs sobre o aparato repressivo administrativo e penal. A importância desta norma foi sendo comprovada paulatinamente e sua validade principal se deu pela inovação que causou no contexto jurídico e social, melhorando e equilibrando as relações de consumo.

O fortalecimento que ocorreu na relação consumidor/detentor dos produtos e serviços refletiu-se na forma com que o cidadão começou a encarar o Estado. Da mesma forma que, como cliente, o indivíduo começou a exigir com maior frequência os seus direitos, como cidadão ele também passou a buscar maior participação na administração pública e a se sentir mais a vontade para questionar seus procedimentos. Encontra-se aí a intersecção entre as ouvidorias e o Código de Defesa do Consumidor. Essa legislação também foi um vetor para a modificação na estruturação dos diversos órgãos públicos no sentido de maior transparência e melhor fluxo de informação, o que resultou no aumento do número de ouvidorias nas diversas instâncias do Estado. Portanto, como coloca o professor Rubens Pinto Lyra a expansão vertiginosa das ouvidorias está associada ao crescimento dos novos espaços públicos, representados pelos diferentes instrumentos da democracia participativa no Brasil.

6. As falhas no modelo atual de ouvidoria parlamentar

As ouvidorias parlamentares criadas, têm trabalhado no sentido de implementar canais formais e agilizar o fluxo de informação entre a organização e todos aqueles que com ela mantém relação. Dessa maneira se acredita que o principal objetivo destas estruturas é buscar a aproximação do administrador público com o cidadão, de forma que ambos percebam a importância do registro de uma reivindicação. Ou seja, cria-se um órgão focado no processo de par-

ticipação, que tem como gênese de seu trabalho atender a reclamações/sugestões individuais, no intuito de com a resolução de um determinado caso evitar-se outras condutas não desejáveis.

Essa forma de ação, no entendimento desse estudo, encontra-se incompleta. Aproximar o cidadão da administração pública e estimulá-lo a participar dela por meio da colocação de sua satisfação é, sem dúvida, o primeiro passo. No entanto, resumir o trabalho da ouvidoria somente a isso é minimizar suas possibilidades. Como coloca Oliveira (2000, p. 26) uma ouvidoria é mais abrangente que um sistema de atendimento, pois não se limita apenas a recepção de reivindicações, mas participa de todo o processo do estabelecimento de políticas públicas.

É importante frisar que, exatamente por exercer uma função de caráter público, o ouvidor deve trazer as questões relevantes das demandas individuais para o coletivo e aproveitar a função concomitante de ouvidor e parlamentar, o que ocorre na maioria das casas legislativas, para colocar à comunidade as discussões que chegam até a ouvidoria. Em um caso, por exemplo, de reclamação no que diz respeito à adaptação dos prédios públicos para deficientes físicos, não é bastante que se resolva uma situação particular, mas se faz necessário o debate relativo ao verdadeiro espaço que os portadores de necessidades especiais estão ocupando na sociedade, se estão sendo garantidas as prerrogativas para que estes indivíduos exerçam sua cidadania, além de questões práticas corretivas, como a que questiona se uma administração de um órgão público que desrespeita a lei (nesse caso a que garante acesso e locomoção aos cadeirantes) deve sofrer modificações sérias na sua forma de conduta.

Acredita-se que dois aspectos poderiam enriquecer o molde sob o qual têm sido construídas as ouvidorias parlamentares. O primeiro aspecto diz respeito à criação de um sistema completo de participação popular,

formado por formas de captação das manifestações dos cidadãos (linhas 0800, e-mail, carta, etc.), uma ouvidoria que além de atender aos casos de forma individual projetasse as discussões para os fóruns públicos e uma comissão de participação legislativa para onde, se fosse o caso, as iniciativas dos populares poderiam ser enviadas. Para a efetivação deste último passo, caberia a ouvidoria a utilização dos órgãos técnicos da casa legislativa no sentido de formatar os projetos de lei adequados às normas da boa prática legiferante. Além da existência de todas essas estruturas é interessante que elas funcionem em permanente diálogo e colaboração e que se utilizem das estruturas de comunicação das câmaras de vereadores, assembleias legislativas e do Congresso Nacional para divulgar seus trabalhos e os resultados desses. Pode, ainda, o serviço de atendimento ao cidadão, via Internet, telefone ou outro meio, fazer parte da estrutura da ouvidoria, o que além de ter sentido prático facilita o trânsito das informações e o controle dos processos.

Outro aspecto ressalta a importância de um controle das leis e leva a uma reflexão a respeito da inserção da norma criada na Casa Legislativa no corpo social. A esse respeito comenta a coordenadora executiva do Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC, Marilena Lazarini, na palestra que proferiu no dia 26 de junho de 2001, na Câmara dos Deputados, por ocasião do seminário Ações de Cidadania, que o trabalho dos deputados e dos senadores não se esgota na aprovação de um projeto de lei. Depois que a lei é aprovada, é preciso que se saiba se ela foi implementada e como ocorreu esse processo. Isso quer dizer que, assim como as empresas possuem um serviço de pós-venda, caberia à ouvidoria a realização de procedimentos para verificar a inserção da norma na realidade. Seria o serviço de pós-venda dos parlamentos.

Praticamente poderiam ocorrer investigações, a partir da motivação de uma denúncia ou por observação própria do ouvi-

dor, a respeito da regulamentação e da implantação dos projetos aprovados. Se verificaria se a lei “pegou”, como se diz popularmente, se esta sendo respeitada e, em caso negativo, por quem e quais as atitudes do poder constituído para punir esses desrespeitos. Após a análise de cada caso o ouvidor agiria segunda a magistratura de persuasão e emitiria seu parecer, tanto para a autoridade pública responsável pelo caso, como para os próprios parlamentares para que eles tomassem ciência da situação e, por que não, refletissem sobre as possibilidades das leis aprovadas, efetivamente, influenciarem a vida do cidadão.

Essa atribuição teria um papel avaliativo, uma vez que daria aos parlamentares a real oportunidade de observar como cada nova norma criada beneficia ou apenas torna mais atribulado o sistema jurídico brasileiro. Por outro lado, desmistificaria a imagem de “fábrica maluca” de leis que os parlamentos possuem e fortaleceria a importância das normas junto à sociedade em geral.

7. A ouvidoria da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul

A ouvidoria parlamentar da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul foi criada no ano de 2001, por meio da resolução nº 421, de iniciativa da mesa diretora, para ser um elo entre o cidadão e o poder legislativo estadual e um canal para o encaminhamento de reclamações, denúncias e sugestões por parte da comunidade. Essa iniciativa estimulada pelo então presidente da Casa e atual Senador Sérgio Zambiasi fez parte de uma série de ações para aumentar a transparência dos atos da assembleia, bem como dar visibilidade a seus trabalhos e fortalecer sua imagem institucional junto à comunidade gaúcha.

Compete à ouvidoria parlamentar:

I – Receber, examinar e encaminhar aos órgãos operacionais da Assembléia Legislativa as reclamações de pessoas físicas e jurídicas a respeito de:

a) funcionamento ineficiente de serviços legislativos ou administrativos da Assembléia;

b) violação ou qualquer forma de desrespeito aos direitos ou liberdades fundamentais;

c) ilegalidade ou abuso de poder;

II – Sugerir medidas para sanar violações de direitos, ilegalidades ou abusos de poder;

III – Propor medidas necessárias à regularização dos trabalhos legislativos e administrativos, bem como ao aperfeiçoamento da organização da Assembléia;

IV – Encaminhar à Mesa Diretora denúncias que necessitem de maior esclarecimento junto ao Tribunal de Contas do Estado, Ministério Público ou outro órgão competente;

V – Responder aos cidadãos e entidades quanto às providências tomadas pela Assembléia sobre procedimentos legislativos e administrativos de interesse dos mesmos;

VI – Propor à Mesa Diretora audiência pública com segmentos da sociedade;

VII – Encaminhar aos outros poderes do Estado e ao Ministério Público reclamações ou representações de pessoas físicas ou jurídicas, a fim de que tomem conhecimento e se manifestem a respeito.

Quanto às atribuições pode-se verificar que existe uma clara função de controle interno do órgão, como demonstram os itens Ia, III e V, também existe uma preocupação com a defesa dos direitos individuais e das garantias constitucionais, conforme itens Ib, Ic e II e, por fim, um intuito de maximizar as discussões da ouvidoria, por meio do encaminhamento aos outros órgãos, como demonstram os itens IV e VII. No entanto a observação feita na ouvidoria da Assembléia Legislativa, bem como os dados coletados por meio dos relatos dos servidores ali lotados demonstram que o controle interno dos atos administrativos tem sido o viés de trabalho mais desenvolvido.

Vale ressaltar ainda, a abertura para o controle dos atos legislativos, além dos ad-

ministrativos. O importante nessa questão é a possibilidade de intervenção no mérito dos trabalhos dos deputados estaduais e não apenas na forma de comportamento de um órgão da administração pública no seu aspecto institucional.

A Ouvidoria Parlamentar é formada, em termos de recursos humanos, por um Ouvidor-Geral e um Ouvidor-Substituto, ambos parlamentares, uma equipe técnico-operacional que analisa as demandas e dá a elas os encaminhamentos devidos e uma equipe formada por 05 atendentes da linha 0800.

O acesso ao órgão pode ser feito por meio da linha 0800, através de e-mail, correspondência ou via fax. Quando a demanda é feita pela linha 0800 ela pode ser respondida na hora, caso a questão seja simples e sua resposta esteja disponível no site da Assembléia, ou gerará uma ocorrência que será sanada posteriormente por correio eletrônico ou carta. Todas essas formas de acesso geram ocorrências registradas no sistema. O prazo máximo de resposta ao cidadão é de 15 dias corridos.

Desde o início de suas atividades até o dia 14 de janeiro de 2004 foram realizados 11.518 atendimentos, dos quais 72% ou 8.362 foram respondidos de forma instantânea e os 28% restantes geraram ocorrências. Apenas 1,05% dos contatos ficou sem respostas nestes quase 3 anos de funcionamento.

O próximo projeto que está em desenvolvimento pelo setor é a criação de um portal de ouvidorias legislativas gaúchas, onde será disponibilizado pela Assembléia para as Câmaras de Vereadores a central de atendimento. O atendente cadastrará o cidadão e sua demanda no sistema e repassará para a Câmara, que terá um funcionário responsável pelo processamento e acompanhamento da demanda. Cada Câmara indicará, também, um vereador-ouvidor que será responsável pela resposta, a ser despachada para a Assembléia, que retornará ao cidadão.

A proposta da Assembléia Legislativa de facilitar a criação de ouvidorias nas Câmaras de Vereadores do Estado é, sem dúvida,

inovadora e contribuirá para a aproximação do poder legislativo, como um todo, do cidadão gaúcho. No entanto, é necessário entender que, apesar da disseminação da estrutura ser favorável ao processo democrático e a transparência do processo legislativo e administrativo, o foco da iniciativa segue sendo na criação de um canal de comunicação para estimular a participação popular sendo pouco focada na revisão dos processos políticos de decisão e na ampliação das atribuições das ouvidorias.

8. Proposta de Ouvidoria Parlamentar no Senado Federal

O Senado Federal, especialmente a partir da década de 90, iniciou um proveitoso trabalho com o objetivo de se aproximar da população. Algumas iniciativas, como a estrutura de comunicação, especialmente a TV Senado, foram verdadeiras revoluções na relação da Casa Parlamentar com a cidadania. A transparência que os veículos de informação trouxeram para os trabalhos dos parlamentares atribuiu novo grau de importância às sessões plenárias e às comissões.

Outras ações importantes acompanharam o movimento em direção a uma aproximação com a sociedade. Pode-se citar a criação do Serviço 0800Senado – A Voz do cidadão, uma linha telefônica de chamada gratuita, a modificação da página do Senado na Internet e, mais recentemente, a criação da Comissão de Participação Legislativa. No entanto, para completar o que aqui se denominou de “sistema de participação popular”, falta a inclusão de uma ouvidoria na estrutura do Senado Federal.

Apesar de já existirem exemplos de ouvidorias em órgãos legislativos, como o exemplo da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul e da própria Câmara dos Deputados, o que se vai propor é a construção de um novo modelo, com atribuições mais amplas e com uma função além de um canal estruturado e controlado de entrada e trânsito de informações do cidadão para a

administração pública, dessa entre seus setores e da ouvidoria em direção ao cidadão. Não há como se questionar o sucesso das estruturas já existentes e, pretende-se, a partir das experiências anteriores, melhorar ainda mais a relação do cidadão com a administração pública.

A proposta aqui apresentada divide o sistema de ouvidoria do Senado Federal em seis funções distintas, quais sejam:

1 – Função de Informação: Nessa função estão englobadas todas as atividades vinculadas a captação e fluxo de informações. Aqui estão inseridas ações de busca de participação, como o gerenciamento da linha 0800 do Senado, a construção de uma página na Internet, de um endereço de correio eletrônico e de um sistema de atendimento pessoal. Também a essa função cabe o controle dos fluxos internos para a circulação dos dados, por meio de um programa de computador que controle os prazos e os destinos das solicitações e a responsabilidade dos procedimentos de resposta aos cidadãos.

2 - Função de Investigação: Aqui estão inseridas todos os estudos técnicos e procedimentos administrativos para a investigação das denúncias e reclamações recebidas. Também para as sugestões deverão ser desenvolvidos estudos que avaliem a viabilidade de cada caso. Quando o âmbito da informação for interno, ou seja, envolvendo a própria estrutura do Senado, o ouvidor poderá solicitar os documentos que achar necessário, convocar servidores e contar com o apoio de todos os órgãos afetos ao tema investigado. Cada investigação redundará em um arquivo com a inicial, os antecedentes, a investigação e as conclusões técnicas do caso.

3 – Função de Controle: Essa função é responsável, especificamente, para os casos envolvendo desrespeito, no âmbito da administração pública, de normais legais. Esse seria o sistema de controle do Senado a respeito da eficiência e da eficácia das leis feitas pelo parlamento. Funciona como um serviço de pós-venda de uma das mais impor-

tantes atribuições constitucionais do Congresso Nacional, que é legislar.

4 – Função de Aconselhamento: Aqui estão enquadradas as confecções de todos os aconselhamentos proferidos pelo ouvidor nos casos analisados. Os documentos produzidos não têm força coativa, mais deverão ser remetidos às autoridades envolvidas nos casos estudados, bem como para seus superiores hierárquicos, independentes da denúncia estar no âmbito do Senado Federal ou dizer respeito a outras estruturas da administração pública, como nas ações relativas a Função de Controle.

5 – Função de Reflexão: As atividades dessa função funcionam como uma aplicação das experiências e das informações das quais a ouvidoria tomou ciência em relação a atividade parlamentar. Para isso o ouvidor poderá utilizar a tribuna de forma especial para fazer reflexões e propor estudos a respeito de temas relevantes. Assim a ouvidoria daria, também, um feedback de seu trabalho voltado exclusivamente para os interesses dos parlamentares.

6 – Função de Divulgação: Essa última função engloba todas as ações para a difusão do trabalho da ouvidoria. Estariam incluídos aqui programas na TV e na Rádio Senado, uma coluna semanal no jornal do Senado, a realização de seminários, a busca de meios de comunicação dirigida para a divulgação das formas de acesso e do resultado dos trabalhos da ouvidoria, a confecção e divulgação do relatório final anual, entre outras ações.

Os recursos físicos, materiais e de pessoal de uma futura ouvidoria do Senado Federal poderão ter por base as funções explicitadas acima. Deve-se ressaltar, ainda, que é interessante que ela tenha possibilidade de encaminhar projetos para a Comissão de Participação Legislativa sempre que julgar alguma idéia recebida viável e adequada, desde que já tenha submetido tal iniciativa ao estudo técnico dos órgãos da Casa.

É importante destacar que já existe uma grande sensibilização dos parlamentares

para a implantação de uma ouvidoria parlamentar no Senado Federal. Duas iniciativas nesse sentido tramitam na Casa, no momento do fechamento desta investigação, uma delas, de autoria do Senador Paulo Paim, que se encontra pronta para a apreciação da Comissão de Constituição e Justiça tendo voto favorável do relator, pretende instituir a Ouvidoria Permanente do Senado Federal para encaminhar denúncias de preconceitos e discriminações e a segunda, do Senador Siba Machado, também pronta para apreciação na CCJ, com voto favorável do relator, visa a alteração do Regimento Interno do Senado Federal para instituir a Ouvidoria Parlamentar.

9. Conclusões

As ouvidorias, especialmente quando imbuídas da função de ombudsman, vêm tendo grande crescimento no país, sem, no entanto, repetir o modelo clássico do delegado parlamentar, que é o criado na Suécia e posteriormente difundido em várias nações. No Brasil as ouvidorias, quando na esfera estatal, têm sido implantadas de forma descentralizada e, em sua maioria, com o objetivo de efetuar um controle interno da administração pública.

A atividade de ombudsman, termo original do que é nacionalmente chamado de ouvidor, buscou, desde o seu surgimento, a garantia dos direitos individuais e a proteção do cidadão em relação à máquina do Estado, restringindo sua atuação, no entanto, aos atos administrativos. No Brasil houve uma tentativa de se criar o modelo consagrado de ombudsman parlamentar na Assembleia Nacional Constituinte, mas, com a alegação de que as atribuições do ombudsman já encontravam-se contempladas na atividade do Ministério Público, no Tribunal de Contas da União e no próprio Congresso Nacional, foi rejeitada a iniciativa. Sendo assim, coube a cada órgão da Administração Pública criar ou não sua estrutura de atendimento ao cidadão independente, o

que resultou no aparecimento de um novo tipo de ombudsman, que atua de forma pontual no órgão ao qual pertence.

Dentro do ramo do Direito as ouvidorias são caracterizadas como instrumento do Direito Administrativo, por promoverem o controle das atividades da Administração Pública. Também estão ligadas ao Direito do Consumidor, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor fortaleceu o papel do homem-consumidor e, conseqüentemente, qualificou o homem-cidadão e o estimulou a buscar de forma mais atenta seus direitos. Por fim, em virtude de ter a possibilidade de defender os direitos difusos e o objetivo de resguardar as garantias individuais, as ouvidorias estão de alguma forma vinculadas aos Direitos Humanos.

As várias ouvidorias parlamentares criadas têm primado pela construção de canais formais e eficientes de comunicação, sem focalizar a questão da participação política no processo decisório dos órgãos da administração pública, o que, segundo o entendimento deste estudo tem resultado em uma forma de trabalho incompleta. O caso da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul é um claro exemplo disso. Apesar da qualidade de seu atendimento e do bom plano de expansão que prevê a construção de um portal de participação legislativa e, ainda que esteja previsto em seu ato de criação uma ação mais abrangente, os trabalhos do órgão tem se limitado à apreciação de forma profunda das questões envolvendo a Assembléia e à coleta de informações quando as demandas abrangem outros órgãos.

A partir dessas observações, foi proposta a criação de um modelo de participação popular para o Senado Federal, que seria composta de um serviço de atendimento ao cidadão, da ouvidoria e da Comissão de Participação Legislativa. Esses três órgãos trabalhariam de forma interligada e conjunta para que as provocações baseadas em casos particulares pudessem ser resolvidas e que gerassem um processo de reflexão da atividade parlamentar.

Dessa forma a estruturação de uma ouvidoria seria calcada em seis funções básicas: informação, investigação, controle, aconselhamento, reflexão e divulgação. Assim pretende-se ampliar o leque de trabalho da ouvidoria parlamentar do Senado Federal, criando um novo perfil de trabalho e diferenciando os esforços dessa Casa Legislativa em relação às demais ouvidorias parlamentares já existentes.

10. Referências Bibliográficas

Anais do seminário Ações de Cidadania, realizado na Câmara dos Deputados em 26 de junho de 2001.

AMARAL, Marcos J. T. do Filho. *O ombudsman e o controle da administração* - São Paulo: Ed. Da Universidade de São Paulo: Ícone, 1993.

BRAZ, Adalberto Cassemiro Alves. *Corrupção: combate pelo ombudsman parlamentar - Ouvidoria do povo* - Porto Alegre : Antonio Fabris Editores, 1992.

CESCA, Cleuza Gertrudes Gimenes. *Estratégias empresariais diante do novo consumidor : relações públicas e aspectos jurídicos* - São Paulo: Summus, 2000.

Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

Constituição Federal de 1988

COSTA, Caio Túlio. *O relógio de pascal* - São Paulo: Ed. Siciliano, 1991.

GIANGRANDE, Vera. *O cliente tem mais do que razão: a importância do ombudsman para a eficácia empresarial* - São Paulo: Editora Gente, 1997.

LYRA, Rubens Pinto. *A nova esfera pública da cidadania* - João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 1996.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

Relatório Final de 2001 da Ouvidoria Palamentar da Câmara dos Deputados: Uma porta aberta a cidadania.

VARGAS, Daniel Barcelos. *O ombudsman parlamentar: modelo sueco de controle das atividades do Estado e da defesa dos interesses dos cidadãos* - Brasília: Câmara dos Deputados, 2003.

VISMONA, Edson Luiz. *A ouvidoria no Brasil* - São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Associação Brasileira de Ouvidores, 2000.

O Direito Internacional e o Poder Legislativo na condução da política externa

Janice de Carvalho Lima

Sumário

Considerações iniciais; 1. A Evolução do Direito Internacional; 1.1. A Sociedade Internacional: Características e Conceitos; 1.2. Descentralização das Sociedades Internacionais; 1.3. Diferenças entre Direito Interno e Direito Internacional; 1.4. Princípios Gerais; 1.5. As fontes do Direito Internacional; 1.6. Sujeitos do Direito Internacional: Os Estados Soberanos, as Organizações Internacionais e demais sujeitos Internacionais; 2. Tratados; 2.1. Origem; 2.2. Conceito; 2.3. Importância; 2.4. Elaboração dos tratados; 2.5. Condições de validade; 2.6. Classificação dos tratados; 2.7. Processo de formação; 2.8. O legislativo não ratifica tratado; 2.9. Aplicabilidade; 2.10. Pirâmide de leis Kelsiana; 2.11. Situação jurídica dos Tratados; 2.12. Conflitos Internos; 2.13. Separação versus distribuição do poder; 3. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Processo de formação dos Tratados; 3.1. Do Poder Executivo; 3.2. Do Poder Legislativo; 4. Conclusão;

Introdução

Não é de hoje que, mediante acordos, convênios e tratados, os países buscam cooperação mútua em diversas áreas da atividade humana. O Direito não poderia deixar de posicionar-se diante dessa realidade, a qual se convencionou chamar de globalização. É por esse motivo que o Direito Internacional Público vem adquirindo tamanha importância.

Diante de tal situação, embora não se repitam na ordem internacional as mesmas condições de coerção existentes na ordem

Janice de Carvalho Lima é aluna do Curso de Especialização em Direito Legislativo pela UNILEGIS.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. JORGE LUIZ FONTOURA NOGUEIRA.

interna dos diferentes Estados, as relações entre eles, ou entre eles e nacionais de outros Estados, ou ainda entre nacionais de Estados diferentes, se processam segundo princípios e normas gerais que devem ser aceitos universalmente.

O novo sistema de Direito Internacional, que resultou da definição das fronteiras, foi baseado no equilíbrio de poder entre os Estados, ou, em outras palavras, entre as organizações responsáveis por uma ordem que mantenha os indivíduos em constante relação uns com os outros.

Após o clima de tensão oriundo da disputa militar e ideológica travada entre as superpotências Estados Unidos e União Soviética, as guerras étnicas e a conseqüente ascensão dos direitos humanos, a preocupação com o meio ambiente e um acelerado processo de globalização econômica iniciou-se a formação de um sentimento de solidariedade internacional.

Neste contexto, intensificou-se a cooperação entre as nações, como forma de promover o bem-estar mútuo e auferir ganhos recíprocos, embora ainda se trate de um processo que demandará um grande esforço internacional para que efetivamente se concretize. Mas, “a questão é de grande importância, sobretudo na época atual, quando as relações interestatais se intensifica” (MIRTÓ FRAGA, 1998, p.3).

É por tudo isto que o Direito Internacional Público deve ser entendido não como a Lei do mais forte, mas sim como um sistema planetário cada vez mais efetivo e necessário.

O presente estudo tratará dessa evolução pela qual tem passado o Direito Internacional Público, caracterizando a universalidade de seus princípios gerais, suas fontes, sujeitos entre outros. Além disso, será abordado o processo de aprovação dos tratados e suas fases regulares; a sua situação jurídica, definindo, para tanto, com que tipo de norma eles se equiparam; e, ainda, qual a medida que se deve adotar para a solução de um possível conflito com a legislação interna brasileira.

1. A Evolução do Direito Internacional

Durante a Idade Média, por força das necessidades do comércio, sobretudo o marítimo, os povos cristãos começaram a estabelecer regras que hoje são apontadas como as primeiras manifestações de um ordenamento internacional, porém, só no Renascimento, com a formação dos Estados modernos e o estabelecimento das relações diplomáticas, é que realmente passa existir o Direito Internacional Público (cf ENCICLOPÉDIA MIRADOR INTERNACIONAL, 1981, p.21-7).

O advento da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), conquanto haja sido extremamente prejudicial ao Direito Internacional, possibilitou, em seu termo, a criação das Nações Unidas, cuja Carta foi firmada em São Francisco (EUA), a 26 de junho de 1945 (MACEDO, 1997, p.33).

A partir de então, principalmente com a criação da Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas, em 1947, o Direito Internacional ingressou em nova era de desenvolvimento.

Como bem ressaltado por SILVIO DE MACEDO:

De lá a esta parte, sua atualização e os novos enfoques que passou a abordar foram constantes: guerra fria, guerra nuclear, o espaço ultraterrestre da lua e dos corpos celestes, os fundos e os subsolos dos leitos marinhos, mereceram tratados específicos pela comunidade internacional (1997, p. 37).

Mais recentemente, sua preocupação recaiu sobre questões de meio ambiente, direitos humanos, clima e biodiversidade, além de reforçar as preocupações já existentes acerca do trabalho da mulher e do menor e, também, sobre normas de comércio internacional.

Inúmeras entidades internacionais novas surgiram a partir de tais preocupações e passaram a atuar nesse cenário, como as Organizações Não Governamentais, as Or-

ganizações Regionais e Sub-Regionais, como a Comunidade Econômica Européia, o Mercosul, o Pacto Andino, a Liga Árabe, etc.

A concepção atual é no sentido de que o Estado já não é mais o único sujeito de Direito Internacional, havendo, mesmo, uma pluralidade de sujeitos atuando constantemente nas relações externas entre os países, embora se reconheça que, a despeito disso, os Estados Soberanos ainda constituem as entidades mais importantes desse relacionamento sem, no entanto, excluir as demais.

1.1. A Sociedade Internacional: Características e Conceitos

O que diferencia esse tipo de Organização (Sociedade Internacional) das demais é o fato de ser universal, paritária, de não possuir organização institucional com a sociedade interna e de ter um direito originário.

A Sociedade Internacional é constituída, em regra, por tratado, o qual criará a personalidade jurídica internacional, razão pela qual se pode prever nesse tratado, a superioridade deste sobre outros tratados (art. 103^a da Carta das Nações Unidas), bem como a superioridade dos atos praticados pelos órgãos, razão pela qual são tratados que proíbem a aposição de reservas ao tratado institutivo e a sua própria superioridade sobre os outros tratados celebrados pela Organização Internacional.

1.2. Descentralização das Sociedades Internacionais

Como bem afirmado por HANS KELSEN:

No plano internacional, verifica-se uma ausência de órgãos especialmente designados para a criação e aplicação de regras internacionalmente válidas, inexistindo uma autoridade central independente, com milícia permanente, caracterizando-se, a sociedade internacional, pela descentralização (1960, p. 201).

As relações interestatais, dessa forma, são reguladas pelos acordos negociados e firmados entre eles, bem como pelos costu-

mes e princípios gerais de direito internacional.

Contudo, ressalte-se que os tratados só representam um compromisso para as partes contratantes, de modo que não se pode responsabilizar um país pela violação de um acordo que não assinou. Como se vê, a responsabilização de um país é complicada, uma vez que os meios para puni-lo ainda são insuficientes.

Assim, nota-se que a inexistência de uma autoridade superior compromete a eficácia do direito internacional como um todo. A Organização das Nações Unidas (ONU) tem tentado assumir este papel, embora a idéia ainda sofra muitas resistências.

Talvez a ascensão de temas considerados universais, como meio ambiente e direitos humanos, possa levar à consolidação de um sistema jurídico internacional.

1.3. Diferenças entre Direito Interno e Direito Internacional

Várias são as diferenças entre esses dois ramos do direito. Uma delas diz respeito à matéria objeto de estudo, haja vista o Direito Interno estar vinculado às normas que se aplicam aos assuntos de interesse interno (que não são do âmbito Internacional), enquanto que o outro trata de questões universais, que envolvem várias nações.

Mas são as fontes que vão distinguir o direito interno do direito internacional público, pois enquanto que o primeiro é, via de regra, de criação unilateral (lei), o segundo é de criação bilateral, ou seja, se dá por meio de Tratados e Convenções.

1.3.1. Do Direito Interno

O objeto material do direito interno, ou seja, a matéria a que ele se reporta, é a vida social dos indivíduos, ou, em outras palavras, pode-se dizer que ele vai estudar as relações dos homens que compõem uma determinada sociedade.

A partir desse estudo, serão criadas, pela própria sociedade, ou pelos seus órgãos representativos, regras comuns que irão re-

gulamentar o convívio dos indivíduos no meio social. O conjunto de tais regras irá formar o direito positivo (interno) daquela sociedade.

HANS KELSEN define direito (interno) nos seguintes termos: “o direito se constitui primordialmente como um sistema de normas coativas permeado por uma lógica interna de validade que legitima, a partir de uma norma fundamental, todas as outras normas que lhe integram” (1989, p. 189).

O direito interno, portanto, reflete os valores e sentimentos básicos a serem preservados dentro da contextura de determinada coletividade, os quais podem variar de sociedade para sociedade. Entre as suas principais características destaca-se o fato de que, além do Estado, o homem também aparece como sujeito de direito, as normas jurídicas externas são a expressão da vontade estatal, a sua estrutura se baseia na subordinação, entre outras.

1.3.2. Do Direito Internacional Público

Deve-se conceituar o Direito Internacional Público como a disciplina jurídica que estuda o complexo normativo das relações de direito público externo.

As relações interestatais não constituem, contudo, o único objeto do Direito Internacional Público: além dos Estados, pode-se citar as coletividades criadas artificialmente pelos próprios Estados, como as Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos (OEA) e outros.

Entre as suas características, destaca-se o fato de que a fonte das normas jurídicas advém da vontade coletiva dos Estados, que se manifesta expressamente nos tratados e tacitamente no costume internacional, extrapolando a vontade de uma única sociedade.

Além disso, a estrutura das ordens jurídicas desse ramo do direito está baseada na relação de coordenação e cooperação entre os países e não mais na de subordinação (Estado-indivíduo), como ocorre no direito interno.

1.3.3. O Moderno Direito Internacional

Dada a fluidez e a peculiaridade das normas jurídicas que regem as relações internacionais, são numerosas as teorias voltadas para caracterizar o fundamento em que se estriba esse ramo do direito público e ao qual se deva atribuir sua existência.

Procurou-se sua razão de ser no próprio direito natural, seja de origem divina, seja como concepção filosófica; ou então no simples consentimento dos Estados soberanos, na imposição dos mais poderosos ou no interesse da própria convivência dos povos.

Modernamente têm curso, no campo do Direito Internacional Público, teorias que, se no fundo não diferem muito das do passado, lhe dão, contudo, nova feição. Assim, para os partidários da renovada doutrina do direito natural - que procuram, já agora, construí-la sobre dados da própria realidade social - o ordenamento jurídico internacional, tal como o interno, repousaria no dever moral de reparar as lesões injustificadas, e no respeito ao compromisso livremente assumido.

Esses princípios, que não estariam sujeitos à vontade arbitrária dos Estados, se firmariam na idéia de justiça inerente à razão humana. Outros, apoiados na velha regra de que os tratados devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*), limitam, nessa idéia, o fundamento do Direito Internacional Público.

Mas não só as obrigações internacionais tendem a se estender além dos limites do simplesmente ajustado entre Estados soberanos, como atrás de tal regra o que se impõe é um princípio ético de justiça internacional, acima da vontade coletiva.

Outros ainda, como o jurista francês *Léon Duguit*, fundam a validade da ordem internacional não na vontade dos Estados, mas no princípio da solidariedade, sem a qual não sobreviveria a própria comunidade humana.

1.4. Princípios Gerais

Os princípios gerais têm assumido uma importância cada vez maior nas relações

internacionais contemporâneas. Em razão da ausência de um órgão supranacional capaz de efetivamente obrigar os países a cumprirem os pactos firmados, tais princípios surgem como a principal referência da atuação internacional de um Estado, uma vez que o desrespeito aos mesmos compromete sua imagem e credibilidade junto à comunidade internacional.

Segundo MARIA HELENA DINIZ:

Os princípios gerais de direito são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imamente ao ordenamento jurídico. São reconhecidos pelas nações civilizadas como um substrato comum a todos os povos, indistintamente (1997, p. 71-2).

Além disso, uma vez que o Direito Internacional rege o relacionamento entre diversos Estados, a observância de determinados princípios é indispensável para que um país não interfira na soberania do outro.

Entre os princípios basilares do Direito Internacional, os quais deverão, sempre, ser observados, pode-se citar o Princípio De Respeito Pela Integridade Territorial e Pela Soberania dos Estados; Princípio da Não Agressão; Princípio da Não Ingerência em Assuntos Internos; Igualdade de Benefícios entre os Estados; Princípio da Coexistência Pacífica e Princípio do Ônus da Prova.

1.4.1. Aplicabilidade dos Princípios no Brasil

O Brasil, atualmente, tem assumido uma presença cada vez maior nos fóruns de debates internacionais, nos quais seus representantes têm sempre defendido o respeito aos princípios gerais de direito como forma de alcançar a harmonia e o bem-estar de toda a sociedade internacional.

Na prática, o Brasil tem norteado sua atuação no plano internacional através desses princípios, sendo hoje reconhecido externamente como um país que se compromete com a defesa dos mesmos, motivo pelo qual o então Ministro de Estado das Relações Exteriores, CELSO LAFER, referiu-se ao

Brasil como “ país que reconhece o multilateralismo como princípio ordenador da convivência entre Estados” (Correio Braziliense, 2002).

Vale lembrar que, embora estejam elencados alguns princípios gerais no art. 4º da CF/88, a legislação brasileira não é taxativa quanto ao alcance desses princípios. Em alguns dispositivos, a Constituição Federal faz expressa referência à possibilidade da aplicação de outros princípios, além das hipóteses previstas, como no art. 5º, § 2º, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

1.5. As Fontes do Direito Internacional

O sentido jurídico da palavra fonte não difere daquele que lhe é atribuído cotidianamente. Sendo assim, fonte é sinônimo de nascente, origem, causa.

As fontes do direito representam o modo de criação e revelação das normas jurídicas, podendo distinguir-se entre fontes formais (processo como a norma é criada ou revelada) *versus* fontes materiais (razões substantivas que levam à formação de uma norma).

Ainda que controvertido o caráter cogente do direito internacional, a verdade é que a Comunidade Internacional carece de um instrumento com valor universal que determine quais são as fontes de direito internacional.

Na lacuna da universalidade, no entanto, vigora um texto de natureza para-universal, de grande importância em função do número de Estados que a ele aderiram: o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que elenca em seu artigo 38 algumas das fontes do direito internacional, as quais são denominadas de fontes formais como será visto a seguir.

1.5.1. Das Espécies de Fontes

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, elenca, exemplificativamente, em seu artigo 38 as fontes do direito internacional:

Art. 38 – I) A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhes forem submetidas, aplicará:

a) as convenções internacionais, quer gerais quer especiais, que estabelecem regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo direito;

c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas;

d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

Parte da doutrina não inclui como fonte subsidiária de direito internacional a jurisprudência, a doutrina nem a equidade. Defendem que as duas primeiras são simples meios auxiliares para determinação de regras de direito, caso semelhante ao da equidade, que em sua tripla função – corretiva, supletiva e supressora – mais se assemelha a uma forma de solução de litígio (cf. ROSSEAU, 1970, p. 72).

De modo geral, estas fórmulas de solução de litígios não podem ser consideradas fontes de direito, nem subsidiárias nem indiretas, pois faltam-lhes a principal característica de uma fonte: a autonomia de criação do direito.

1.6. Sujeitos do Direito Internacional: os Estados Soberanos, as Organizações Internacionais e Demais Sujeitos Internacionais

Além dos Estados, cuja personalidade jurídica internacional resulta do reconhecimento pelos demais Estados, outras entidades são modernamente admitidas como pessoas internacionais, ou seja, como capazes de ter direitos e assumir obrigações na ordem internacional.

Tais pessoas, ou são coletividades, criadas artificialmente pelos próprios Estados – o que lhes empresta um reconhecimento implícito – como as Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos (OEA) e entidades congêneres, ou são de criação particular, como a Cruz Vermelha Internacional, a Ordem de Malta e outras associações reconhecidas, de âmbito internacional.

Alguns tratadistas reconhecem, no próprio indivíduo, personalidade jurídica internacional, vale dizer, capacidade para ser sujeito de direitos e obrigações internacionais, em determinadas situações.

Entre estas situações, cite-se a do proprietário do navio ou da carga, perante o tribunal de presas; as relações entre o pirata e o Estado que o persiga; as condições de imunidade do agente diplomático; e a situação dos apátridas (cf. ACCIOLY e EULÁLIO, 1998, p. 18).

Há, no entanto, um entendimento minoritário na doutrina que não atribui às pessoas a qualidade de sujeitos de Direito Internacional, ao argumento de que, tal como a fauna e a flora, os indivíduos são protegidos por inúmeras normas internacionais mas, nem por isso, e aí sua atuação se diferencia daqueles dos Estados e das organizações, envolvem-se, à título próprio, na formulação das normas internacionais e nem guardam qualquer relação direta e imediata com esse corpo de normas (cf. FRANCISCO REZEK, 1998, p. 156).

Há, ainda, casos especiais de personalidade internacional de fato, como o das comunidades beligerantes, reconhecidas como tais, cuja atuação incide no âmbito do Direito Internacional Público.

2. Tratados

No sistema jurídico brasileiro, o tratado, regularmente concluído, é uma fonte de direito, expressamente prevista na Constituição Federal, produzida com a colaboração externa, ao lado de outras, emanadas apenas de órgãos internos.

Advertem ACCIOLY e EULÁLIO que: “O direito das Organizações Internacionais somente foi reconhecido com a complementação dada pela Convenção sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986”. (1998, p. 23)

Dada a sua importância, os tratados, após a sua vigência, produzem alguns efeitos tais como o da obrigação de cumprimento, conforme o que fora convencionado, observando o princípio da boa-fé e *pacta sunt servanda* (art. 26º da CV) que é uma norma de *ius cogens* e que tem caráter imperativo (art. 27º, com as exceções do art. 46º da CV).

Outro efeito interessante seria quanto à sua aplicação temporal e territorial só para o futuro, ressalvados os casos em que as partes houverem convencionado de outra forma (art. 28º da CV). No que concerne à sua aplicação Territorial, o princípio geral é o da aplicação a todo o território do respectivo Estado, salvo se as partes houverem convencionado de outra forma (art. 29º da CV).

2.1. Origem

O tratado é uma figura existente desde as civilizações mais remotas. Segundo FRANCISCO REZEK: “o primeiro registro de celebração de um tratado, foi o realizado entre *Hatusil III*, rei dos *Hititas* e, *Ramsés II*, faraó egípcio da 19ª Dinastia, chegando, inclusive, a instituir regras de extradição” (1996, p. 82).

O autor GERSON DE BRITTO MELLO BÓSON (2000, p. 41), entretanto, ventila a possibilidade de considerar como sendo o primeiro tratado realizado ao berço das civilizações clássicas, o escrito num monumento de pedra, em idioma sumérico, encontrado na região da Mesopotâmia, estabelecendo, por volta de 3.100 a.C., inviolabilidade de fronteiras entre a Cidade-Estado de *Lagash* e a de *Umma*.

2.2. Conceito

A Convenção de Viena de 1969 definiu tratados como sendo um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e

regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação escrita (Art. 2 a).

Para FRANCISCO REZEK, “tratado é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional, e destinado a produzir efeitos jurídicos” (1998, p. 14).

2.3. Importância

Na celeuma doutrinária sobre fontes formais e materiais revela-se a importância de duas fontes de direito internacional – os costumes e os tratados – sobre as quais se desenvolveu toda a teoria das fontes de direito internacional.

Embora inexista hierarquia, uma ordem taxativa de aplicação de uma fonte sobre outra, deve-se considerar uma e outra fonte de maior relevância que as demais para a solução de litígios, vértice máximo da declaração normativa de um direito: um documento escrito firmado entre as partes tem um grande valor para a interpretação da relação jurídica estabelecida entre elas.

Esta prática escrita para fixação de direitos e obrigações, que ao longo dos anos ganhou espaço sobre o direito consuetudinário, teve seu reconhecimento no artigo 7º da Convenção XII de Haia de 1907, na qual se declarou os tratados como fonte mais importante de direito internacional. Além disso, vale lembrar que é por intermédio dos tratados que se encontra o consenso expresso dos sujeitos de direito internacional.

2.4. Elaboração dos Tratados

Embora o Presidente da República seja o titular da dinâmica das relações internacionais, cabendo-lhe decidir tanto sobre a conveniência de iniciar negociações, como de ratificar o ato internacional já concluído, a intervenção do Poder Legislativo, no processo de elaboração dos tratados, sob a forma de aprovação congressional é, via de regra, necessária, pois, sem a participação destes dois Poderes, a realização do ato não se completa.

Cabe, portanto, ao Poder Executivo presidir a política externa e, ao Legislativo, cumprir exercer o controle dos atos executivos.

2.5. Condições de Validade

Como exposto anteriormente, no direito brasileiro, a simples aprovação do legislativo não é capaz de gerar norma interna ou de transformar o tratado em direito interno, pois consiste apenas em uma etapa do processo de conclusão dos mesmos. Sendo assim, para que um tratado tenha validade no ordenamento jurídico vigente, é necessária a participação tanto do Poder Executivo como a do Poder Legislativo.

As condições de fundo para a validade dos tratados, no seu processo de elaboração, resumem-se aos seguintes elementos: Capacidade dos Sujeitos (partes), concedida aos Estados Soberanos, organizações sociais, aos beligerantes, à Santa Sé, e outros entes internacionais.

Habilitação dos agentes signatários, os quais recebem a denominação de plenipotenciários, sendo dispensáveis da habilitação o Chefe de Estado, Ministro das Relações Exteriores e chefes de missão.

Regularidade do Consentimento, ou seja, que os Estados quando prestem o consentimento à vinculação, o façam de forma regular, livre e esclarecida. O erro, o dolo e a coação viciam os tratados.

E, por último, a licitude do Objeto – o tratado não pode ser incompatível com as normas de *Ius Cogens*, que são normas imperativas de Direito Internacional, nem pode contrariar a moral. Além disso, o objeto deve ser possível de ser executado.

Vale ressaltar que, promulgado o Tratado, para que ele passe a ter validade jurídica no âmbito do direito interno, é necessário que o mesmo seja Publicado; abolindo de vez a diplomacia secreta.

2.6. Classificação dos Tratados

No que se refere à classificação dos tratados, será exposto aqui de acordo com o

objeto a ser apreciado. Sendo assim, uma primeira classificação considera a existência de quase-tratados em contraposição à noção tradicional de tratado.

Segundo esta corrente doutrinária, são considerados quase-tratados os acordos entre Estados e uma pessoa privada estrangeira; os demais, celebrados entre Estados, seriam classificados como tratados propriamente ditos.

Uma segunda classificação divide os tratados em bilaterais e multilaterais, distintos pelo número de partes envolvidas. Quando as partes envolvidas (no caso dos tratados multilaterais) são em grande número, dá-se a estes o nome de tratados coletivos, abertos à assinatura de todos os sujeitos de Direito Internacional.

Há, ainda, uma terceira classificação: tratados solenes e tratados em forma simplificada. Seguindo esta linha de pensamento, os tratados solenes são os celebrados segundo uma forma tradicional, e necessitam de ratificação para serem eficazes, enquanto que os tratados em forma simplificada prescindem de ratificação.

A doutrina diverge desta opinião no sentido que estes tipos de tratado sejam simplificados somente em seu procedimento de celebração, oriundo das dificuldades constitucionais que têm determinados Estados em celebrar tratados solenes (cf. SORENSEN, 1960).

Segundo o entendimento doutrinário, o Estado está obrigado internacionalmente ainda que não ratifique o tratado, sendo, pois, para tanto, desnecessário o acolhimento do mesmo pelo direito interno.

2.7. Processo de Formação

No Brasil, toda negociação de ato internacional deve ser acompanhada por funcionário diplomático, que aprova a estrutura regimental e indica a natureza e competência do Ministério das Relações Exteriores.

O texto final do ato internacional, juridicamente, deve ser aprovado pela Consultoria Jurídica do Itamaraty e, sob o aspecto

processual, pela Divisão de Atos Internacionais.

Enquanto acordo formal, o tratado exige uma série de etapas a serem cumpridas até que seja efetivamente internalizado pelo ordenamento jurídico. De uma forma geral, o tratado segue as seguintes etapas: negociação, assinatura e ratificação. Existem, porém, uma série de fases intermediárias, inerentes à instituição de cada país, que não são, necessariamente, exigidas por todos, como a promulgação, a publicação e o registro do mesmo.

Na fase inicial, tem-se a negociação do acordo e de suas cláusulas. Em regra, os competentes para o exercício desta fase são os chefes de Estado e de Governo; secundariamente, tem-se os plenipotenciários, por meio da apresentação da Carta de Plenos Poderes, e as delegações nacionais, especificamente enviadas para este fim.

Cabe ressaltar, ainda, a competência derivada do Ministro das Relações Exteriores, a quem compete auxiliar o Poder Executivo na formulação da política exterior do país, conforme o Decreto nº 2.246, de 06 de junho de 1997.

Possui também competência derivada, prescindindo da Carta de Plenos Poderes, os Chefes de Missão Diplomática (embaixadores ou encarregados de negócios), mas somente para negociar tratados entre o Brasil e o Estado acreditante.

Após a negociação do tratado, submetese ao crivo do Parlamento, representativo da vontade da Nação, com a incumbência de apreciá-lo e aprová-lo.

O Congresso Nacional por meio do decreto legislativo, materializa o que ficou resolvido sobre os tratados, acordos ou atos internacionais.

O decreto legislativo está dentre as espécies normativas do art. 59 da Constituição Federal, aprovada pelo Legislativo sobre matéria de sua exclusiva competência, e por isso, não está sujeito à sanção presidencial. Apenas é promulgado pelo Presidente do Senado Federal. Segundo PONTES DE

MIRANDA, “decretos legislativos são as leis a que a Constituição não exige a remessa ao Presidente da República para a sanção (promulgação ou veto)” (1958, p. 338).

O que não pode o Presidente da República fazer é manifestar definitivamente o consentimento sem o abono do Congresso Nacional. Embora ele seja o titular da dinâmica das relações internacionais, cabendo-lhe decidir tanto sobre a conveniência de iniciar negociações, como a de ratificar o ato internacional já concluído, o abono do Poder Legislativo, sob a forma de aprovação congressional é, via de regra, necessário.

No momento da Ratificação, a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes do Estado, que confirma a assinatura do Tratado negociado pelo plenipotenciário. Os Tratados somente tornam-se obrigatórios após a ratificação dos Estados.

Em seguida, tem-se a promulgação, ou seja, ato jurídico de natureza interna, pelo qual o governo de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para a sua conclusão, ordenando sua execução.

Promulgado o Tratado, para que ele passe a ter validade jurídica no âmbito do direito interno é necessário que o mesmo seja publicado; abolindo, como dito anteriormente, a diplomacia secreta.

Finalmente, tem-se o Registro do tratado, que serve para a informação dos demais Estados.

2.8. O Legislativo Não Ratifica Tratado

O Congresso Nacional não tem competência para ratificar tratados. Somente o chefe do Estado, Presidente da República, tem esse poder.

O ilustre Professor ANTÔNIO PAULO CACHAPUZ, a respeito desse assunto, resalta o seguinte:

Os Parlamentos não ratificam tratados internacionais. Somente os examinam, autorizando ou não o Poder

Executivo a comprometer o Estado. (...) A ratificação, por conseguinte, é ato privativo do Chefe do Executivo, pelo qual este confirma às outras partes, em caráter definitivo, a disposição do Estado de cumprir um tratado internacional. (1983, p. 128).

2.9. Aplicabilidade

Na Inglaterra os tratados, para produzirem efeitos, devem ser transformados em lei, sem o que os tribunais estão impedidos de aplicá-los, devendo conferir eficácia ao Direito interno. Nos Estados Unidos, o tratado é aprovado apenas pelo Senado.

Não é o que acontece com o Ordenamento brasileiro. Aqui, o Poder Judiciário, por imposição constitucional, aplica diretamente o tratado, ao contrário do juiz inglês que aplica a norma de Direito interno na qual, porventura, se tenha transformado o tratado. No Brasil, não há necessidade da transformação do tratado em Direito interno. Basta a promulgação que lhe confere força executória.

Ainda quanto à aplicabilidade dos tratados, vale lembrar que o Brasil é signatário da Convenção de Havana, cujos artigos 10, 11 e 12 dispõem:

- a) um Estado só pode deixar de executar um contrato se houver concordância dos demais contratantes;
- b) os Tratados continuarão a produzir seus efeitos ainda que se modifique a constituição interna dos contratantes;
- c) a parte que inexecutar culposamente um tratado é responsável pelos prejuízos resultantes de sua inexecução.

2.10. Pirâmide de Leis Kelsiana

Buscando solucionar o problema da fonte de validade de uma norma jurídica, o filósofo alemão, HANS KELSEN (1961), desenvolveu uma teoria que ficou conhecida como Pirâmide das Leis. De acordo com esta teoria, uma norma é válida porque foi criada

de uma forma determinada por outra norma, que é a razão de sua validade. Entre estas normas surge uma relação de subordinação, em que a norma geradora é chamada de superior e a norma gerada de inferior.

Observa-se, desse modo, uma hierarquia de diferentes níveis de normas superpostas, cuja unidade deriva do fato de que o fundamento para a criação de uma norma é determinado pela norma superior correspondente, que por sua vez tem seu fundamento numa terceira norma que lhe é superior, e assim por diante.

No topo da pirâmide, enquanto norma básica da estrutura jurídica, está a Constituição, concebida como o fundamento de todas as normas, ocupando, assim, o nível mais alto da hierarquia do direito nacional.

Segundo este modelo, uma ciência normativa não pode admitir qualquer contradição entre duas normas que pertencem ao mesmo sistema. O próprio sistema resolve um possível conflito entre duas normas válidas, situadas em estratos diferentes, em favor daquela de nível mais elevado.

2.11. Situação Jurídica dos Tratados

Na Carta Brasileira de 1988, como se sabe, infelizmente, à exceção da regra insculpida no seu art. 5º, § 2º, sobre os tratados de proteção dos direitos humanos, não existe sequer uma cláusula de reconhecimento ou aceitação do direito internacional pelo nosso direito interno.

Diferentemente, a título de comparação, a Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) expressamente dispõe, em seu art. 25, que as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal e sobrepõem-se às leis nacionais.

O que existe na Constituição brasileira é um rol de princípios pelos quais o Brasil se rege em suas relações internacionais, consagrados pelo art. 4º, bem como disposições referentes à aplicação dos tratados pelos tribunais nacionais (arts. 102, III, b, 105, III, a 109, inc. III e V).

2.11.1. O Tratado no Ordenamento Jurídico – CF

Segundo os ensinamentos de GABRIEL DEZEN JÚNIOR, “a hierarquia federativa das normas no ordenamento jurídico brasileiro segue a estrutura e a organização político-administrativa do País, explicitada no art. 18 da Constituição Federal de 1988” (2001, p. 63).

Dessa forma, no primeiro nível está a Constituição Federal, norma fundamental e subordinadora das demais; no segundo nível, encontram-se as Constituições Estaduais (art. 25 da CF/88), subordinadas aos princípios da Constituição Federal; e, no terceiro e último nível, estão as leis orgânicas dos Municípios (art. 29 da CF/88), subordinadas duplamente à Constituição Federal e à Constituição do seu Estado respectivo.

Abordando mais especificamente as demais normas e, tomando como critério a maior ou menor complexidade do processo de elaboração legislativa, a Constituição Federal de 1988 hierarquiza os diversos tipos normativos em seu art. 59 (emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções).

Como se pode ver, os tratados não foram elencados no referido dispositivo. Contudo, devem ser equiparados às leis ordinárias, uma vez que o processo de aprovação de um tratado se assemelha àquele de votação de um projeto de lei.

Os tratados de direitos humanos, além de terem natureza de norma constitucional, têm incorporação imediata no ordenamento jurídico interno. Já, os demais tratados (tratados tradicionais), além de apresentarem natureza infra-constitucional nos termos do artigo 102, III, b, da Constituição (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), não são incorporados de forma automática pelo nosso ordenamento interno.

2.12. Conflitos Internos

Solucionar os conflitos de lei e tratados, em nosso mundo globalizado e internacionalizado, passou a ter importância fundamental para que coexistam e possam se relacionar os países neste novo mundo.

De acordo com FRANCISCO REZEK, o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional, pode ser resolvido, no âmbito do direito das gentes, em princípio, de duas maneiras:

Numa, dando prevalência aos tratados sobre o direito interno infraconstitucional, garantindo ao compromisso internacional plena vigência, sem embargo de leis posteriores que o contradigam; Noutra, tais problemas são resolvidos garantindo-se aos tratados apenas tratamento paritário, tomando como paradigma leis nacionais e outros diplomas de grau equivalente (1998, p.146).

Posteriormente, será visto que a posição do Supremo Tribunal Federal é no sentido do sistema paritário, ou seja, não há hierarquia normativa entre os tratados e as leis nacionais.

Cabe ressaltar a lição de MIRTÔ FRAGA, segundo a qual:

O tratado não se confunde com a lei, e vice-versa. Isto se deve ao fato de que seus processos de elaboração são distintos. Diante disso, não se pode aplicar, automaticamente, a regra *lex posterior derogat priori*, ou seja, o critério temporal, pois deve ser levada em conta a citada hierarquia normativa entre as normas conflitantes (1998, p. 49).

2.12.1. Conflito Aparente de Normas no Brasil e o Posicionamento do STF

Face aos conflitos de norma, necessária se torna a criação de Tribunais Internacionais, o que antes era inimaginável, dar força coercitiva a esses tribunais, elaborar-se novas legislações, ratificarem-se tratados e alianças

entre países que se interessem em participar dessa nova realidade, sob pena de caírem na estagnação econômica e literalmente ficarem para trás diante das transformações ocorrentes em todo o mundo nos dias atuais.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, qualquer tratado ratificado pelo Brasil passa a fazer parte do direito interno brasileiro, no âmbito da legislação ordinária, sem força para mudar o texto constitucional, pois, sendo a Constituição Federal a expressão máxima da soberania nacional, está ela acima de qualquer tratado ou convenção internacional que com seu texto conflite (MAZZUOLI, 2000, p.30).

Não há, segundo o Supremo, garantia de privilégio hierárquico dos tratados internacionais sobre o direito interno brasileiro, devendo-se garantir a autoridade da norma mais recente, pois é paritário o tratamento brasileiro, dado às normas de direito internacional (*lex posterior derogat priori*).

No caso de simples portarias, decretos e resoluções do Poder Executivo e do Poder Legislativo, não se questiona que deve ser reconhecida a prevalência do tratado. A grande questão diz respeito ao eventual conflito entre um tratado e uma norma infraconstitucional, já que possuem tramitação semelhante no Congresso Nacional.

De acordo com o posicionamento adotado pelo STF, dois são os critérios para solucionar um possível conflito entre tratado e lei ordinária: a regra da especialidade (análise de qual norma trata a matéria de maneira mais específica) e a regra *lex posterior derogat priori* (critério temporal em que deverá prevalecer a norma editada mais recentemente).

2.13. Separação versus Distribuição do Poder

Para conter o absolutismo das monarquias nacionais, buscou-se consolidar um sistema em que não fosse mais possível que um único indivíduo chegasse a exercer tal dominação. Surgiu, então, a teoria da separação dos poderes, a qual desmembrava o poder do Estado em três – Executivo, Legislativo e Judiciário (KELSEN, 1961, p. 269).

Contudo, o termo separação não é apropriado, pois o que se observou foi a divisão do poder absolutista do monarca entre ele mesmo, o parlamento e os tribunais. O termo mais correto seria distribuição, pois o que se verifica é a atribuição de competências e funções estatais a cada um dos Poderes, que são exercidas de forma autônoma, mas coordenada, sem que haja o isolamento de nenhum dos Poderes, como pressupõe a palavra separação.

No que se refere ao tema dos tratados, o assunto é muito importante, pois, dependendo do momento em que se analisa o tratado, a competência é atribuída a apenas um dos Poderes, mas as decisões tomadas interferem na futura atuação dos demais.

Como bem ressaltado por MIRTÔ FRAGA:

Ao aprovar o tratado assinado pelo Poder Executivo, o Congresso Nacional dá o seu assentimento para que se conclua o ato internacional, trabalhando, sempre, de forma autônoma e coordenada. Por fim, estando ultrapassados os trâmites de aprovação para a vigência de um tratado, caberá ao Poder Judiciário conferir-lhe eficácia, quando aplicável ao caso em julgamento (1998, p.56).

Portanto, no Brasil, ainda há muito que evoluir tocante ao chamado Direito dos Tratados. De fato, a posição externada e defendida pelos três Poderes muitas vezes “não converge para um denominador comum, sobretudo em razão dos interesses específicos de cada um” (MARQUES, 2001, p.4).

3. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Processo de Formação dos Tratados

No Brasil, os tratados internacionais são celebrados pelo Presidente da República (art. 84, VII, da CF), submetendo-se à posterior aprovação do Congresso Nacional (art. 49, I, da CF).

Conforme o art. 84 da Constituição de 1988, “compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

Por sua vez, o art. 49 da Constituição dispõe ser da competência exclusiva do Congresso Nacional: “I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos do patrimônio nacional”.

Assim, é competente para a celebração de atos internacionais em nome do Governo brasileiro o Presidente da República, cabendo ao Ministro de Estado das Relações Exteriores, nos termos do parágrafo único do art. 1º, do Anexo I do Decreto nº 2.246/97, a tarefa de “auxiliar o Presidente da República na formulação da política exterior do Brasil, assegurar sua execução e manter relações com Estados estrangeiros, organismos e organizações internacionais”.

Ao Poder Legislativo é atribuída a incumbência de examinar, uma vez consumada a celebração do ato pelo Presidente da República, se tal decisão pode ser mantida em nome do interesse nacional, concedendo, ou não, o seu abono.

3.1. Do Poder Executivo

O processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são da competência do órgão do Poder Executivo.

No Brasil, toda negociação de ato internacional deve ser acompanhada por funcionário diplomático, que aprova a estrutura regimental e indica a natureza e competência do Ministério das Relações Exteriores.

O texto final do ato internacional, juridicamente, deve ser aprovado pela Consultoria Jurídica do Itamaraty e, sob o aspecto processual, pela Divisão de Atos Internacionais.

Após a assinatura do tratado pelo chefe do Executivo, submete-o ao crivo do Parlamento, representativo da vontade da Nação, com a incumbência de apreciá-lo e aprová-lo.

3.2. Do Poder Legislativo

O Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, materializa o que ficou resolvido sobre os tratados, acordos ou atos internacionais. A ele caberá analisar se o tratado é constitucional, legal, oportuno e convencional.

O decreto legislativo está dentre as espécies normativas do art. 59 da Constituição Federal, aprovada pelo Legislativo sobre matéria de sua exclusiva competência e, por isso, não está sujeito à sanção presidencial. Apenas é promulgada pelo Presidente do Senado Federal.

Como dito anteriormente, após os atos de negociação do tratado pelo Poder Executivo, caberá ao Legislativo apreciá-lo e, se for o caso, dar o seu abono.

Este abono Parlamentar, na visão do Ministro FRANCISCO REZEK:

Não obriga à ratificação. Isto significa, noutras palavras, que a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, repousa sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos. A vontade individualizada de cada um deles é necessária, porém não suficiente (1998, p. 40).

Quanto à necessidade indispensável da participação dos dois Poderes no processo de formação dos tratados, salienta MIRTÔ FRAGA que:

Com a simples concordância do Congresso, completa-se, apenas, uma das fases de sua elaboração. O decreto legislativo é autorização ao Executivo para concluir o acordo e é a aquiescência do Congresso à matéria nele contida. (...) O decreto legislativo, sem o decreto de promulgação do Presidente da República, após as demais formalidades, nenhum valor normativo possui (1998, p.31).

Conclusão

Conforme o que fora aqui apresentado e, com base na política atual da globalização,

percebe-se que o mundo está passando por diversas mudanças: surgem os Blocos Econômicos como a União Européia, o Mercosul, o NAFTA, etc., as chamadas Organizações não Governamentais ganham uma força muito grande, começam, também, a ser criados Tribunais Internacionais.

Embora o seu processo de evolução ainda demande bastante tempo até que efetivamente se consolide, o Direito Internacional tem hoje sua importância e abrangência crescentemente reconhecidas pela opinião pública.

Especialmente em face da relevância assumida por grandes temas da agenda internacional como meio ambiente e direitos humanos, as nações têm percebido que, cooperando entre si, podem mais facilmente alcançar objetivos comuns.

Dessa forma, ganha destaque o papel dos tratados neste cenário, pois é através deles que os Estados se relacionam, trazendo harmonia e bem-estar às relações internacionais no mundo de hoje.

Como se vê, é imprescindível o estudo das relações entre o Direito interno e o Direito Internacional, presente a possibilidade, a cada dia, de conflito entre a norma convencional e a de Direito interno.

O tema ainda carece de uma maior atenção por parte dos órgãos competentes do País, em especial devido ao fato de que a regulamentação dos tratados está prevista em diversos artigos dispersos, ou seja, não existe um capítulo específico no texto constitucional ou numa legislação própria para tratar da matéria, o que faz com que dificilmente um acordo atinja a eficácia pretendida quando de sua celebração (MARQUES, 2001, p.9).

Além da reforma de suas instituições internas, faz-se necessário que o Brasil reconheça o importante papel das relações internacionais na formulação da política de todos os países, na medida em que não mais se concebe um Estado que possa se desenvolver sem cooperar com os demais.

Nas condições atuais, como bem exposto por MIRTÔ FRAGA:

É impossível afirmar-se, com certeza, qual o caminho que seguirá a jurisprudência brasileira, embora ainda haja a esperança de que a Suprema Corte passe a dar prevalência ao Direito Internacional sobre o Direito Pátrio, com amparo na Lei Magna, na doutrina e nos próprios julgados passados do Supremo Tribunal Federal (STF). (1998, p. 128)

Vale ressaltar que a celebração de acordos internacionais tem por escopo também o desenvolvimento social da humanidade, não visando apenas satisfazer os interesses econômicos e financeiros. Por isso, os governos devem ter em mente que o processo de globalização por que passa o mundo atualmente não implica, necessariamente, na subordinação da prioridades nacionais.

Para finalizar, veja-se um discurso do então Presidente da República, FERNANDO HENRIQUE CARDOSO:

As dificuldades existem na medida em que muitas de nossas instituições, empresas e indivíduos, ainda não estão preparados para internalizar a dimensão da sustentabilidade global. Mas enfrentamos esse desafio democraticamente, e esperamos que os outros países também o façam (2002).

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. 13 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2^o vol. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BÓSON, Gerson de Britto Mello. *Direito Internacional Público – O Estado em Direito das gentes*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

- CARDOSO, Fernando Henrique. *Discurso do Senhor Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, na Abertura do Debate em Torno da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável*. Palácio da Cidade, Rio de Janeiro, 23 jan. 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, Vol. 1.
- ENCICLOPÉDIA MIRADOR INTERNACIONAL. São Paulo: Editora Enciclopédia Britânica do Brasil, 1990.
- KELSEN, Hans. *General Theory of law and State* Nova Iorque: Editora Russell & Russell, 1961.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- LAFER, Celso. Em defesa do multilateralismo. *Correio Braziliense*, Brasília, 14. de set. 2002.
- MACEDO, Silvio de. *História do pensamento jurídico*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *A internalização dos Tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro: O Caso do Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MAZZUOLI, Valério De Oliveira. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeirão Preto, ano 1, Vol. 6: Nacional de Direito Livraria Editora, jun. 2000.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: L&PM Editores/Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1983.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- PIOVESAN, Flávia. *Direito internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: Curso Elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROSSEAU, Charles. *Droit International Public*. t. I. Paris: 1970.
- SORENSEN, Max. *Les Principies du Droit International Public*, 101 Hr, 5, 1960.

Medida provisória legislativa

José Mendonça de Araújo Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Instrumentos Processuais de Emergência de que dispõem as Funções Judiciária e Executiva. 2.1 Instruções Processuais de Emergência. 2.2 Das Medidas de Emergência no Poder (Função) Judiciário. 2.3 Das Medidas de Emergência no Poder (Função) Executivo. 2.4 Dos Efeitos Práticos dos Instrumentos Processuais de Emergência. 3. Das Medidas de Emergência no Poder (Função) Legislativo. 3.1 Da Medida Provisória Legislativa. 4. Da Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

A partir do momento que o homem passou a viver em sociedade, à conta de sua carência primária, tornaram-se necessárias formas de organizações humanas bem simples, até como fator de uma convivência mínima. Neste contexto surge o Estado, tal como é conhecido hoje e num nível de complexidade que merece uma análise mais detida, com enfoque especial para sua relação com o indivíduo e com os grupos sociais.

A relação do Estado com o indivíduo e a sociedade demanda maior atenção porque vai apontar não apenas o modo como cuida dessas gentes, mas como gere seu dia a dia.

Neste estudo urge se ater ao modelo de Estado moderno e conhecido no mundo ocidental, concebido como Estado de Direito, o qual basicamente é marcado pela liberdade e o exercício do poder pelo próprio povo, não olvidando, por certo, outros direitos naturais.

José Mendonça de Araújo Filho é servidor de carreira do Senado Federal, atuou na Advocacia-Geral do Órgão, ocupou a função de Consultor-Geral do Prodasen e atualmente compõe a assessoria do Primeiro-Secretário, Senador Romeu Tuma.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. PAULO FERNANDO MOHN E SOUZA.

Pois bem, dentro da realidade ocidental, em particular do Brasil, encontra-se um Estado arquitetado sob a égide da teoria de Montesquieu (com méritos a Locke), fundado na tripartição do poder. E aqui vale uma correção da doutrina, pois a melhor exegese desta é a organização do Estado não em três poderes, mas por três funções, haja vista o poder ser único.

As três funções são por todos bem conhecidas, fala-se da função legislativa, que rege as relações para o futuro, as ações que devem ser tomadas pelo organismo social ou mesmo delas se abster; da função executiva, que rege o presente, executando as ações do Estado sob o pálio da lei; e a função judicial, que se manifesta sobre o passado, sobre a ação ocorrida. De maneira sucinta, este é em poucas e breves palavras o Estado brasileiro.

Buscar-se enfrentar nesse trabalho o importante papel da função legislativa, notadamente quando esta é convocada a ter plena atuação em situações consideradas de emergência e de grande clamor público. Haveria instrumentos hábeis à disposição?

De posse dessa realidade introdutória é de todo conveniente promover análise sobre como é exercida cada uma dessas funções no cotidiano das pessoas.

2. Instrumentos Processuais de Emergência de que dispõem as Funções Judiciária e Executiva

A Constituição Federal traça a organização do Estado e isso compreende desde o seu nome até a sua composição (arts. 20/47).

Com os poderes (funções) não é diferente, a Carta Maior descreve cada um *per se* e delimita-lhes as divisas, não sem antes firmar que eles são independentes e harmônicos entre si. Esta é uma regra de ouro constitucional (art. 2º).

A Lei Maior não descarta, ainda, de dispor da defesa do Estado e das instituições democráticas (arts. 136/144).

Relembra-se tudo isso para se ter firme que o Estado, cada dia mais demandado, e, portanto, mais carente em modernizar-se, tem a urgente necessidade em aparelhar-se, adequadamente, para situações hodiernas, em especial, para aquelas mais emergentes. Opta-se neste trabalho por estudar os instrumentos do Estado voltados a atender os rogos urgentes, os quais, indubitavelmente, colocam o representante do Estado de plano em uma situação por demais delicada.

A atuação do Estado dentro dos limites previsíveis e rotineiros é por demais confortável, mas o confronto com as surpresas da variabilidade da própria vida, mormente de uma sociedade complexa e dinâmica como a nossa, exigem, e muito, do agente público e/ou político, uma forte atuação no campo do poder discricionário, ou seja, dele muito se cobrará uma atitude firme e zelosa dentro dos princípios constitucionais, haja vista que serão estes seus únicos meios e instrumentos numa situação como a aqui descrita.

Pensando nisso, tanto o constituinte, como o legislador ordinário, procuraram dotar o Estado de mecanismos para esses momentos. Por certo não previram todos eles, nem haveria como, mas minoraram a esfera discricionária do agente estatal, numa clara afirmação da vontade em se dar fiel cumprimento ao princípio-mor da legalidade e capitulado no artigo 5º, II da Carta Política, de 1988. Segundo este vetor magno, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Para o Estado significa, poder fazer apenas aquilo que a lei permite.

Na lição do professor Hely Lopes Meirelles temos que:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim. (1989, p. 78).

O administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (1997, p. 35) fazendo referência à lição acima do Professor Hely, reforça que:

Não quis, certamente, restringir o princípio da legalidade ao agente, isto é, ao administrador, embora haja se referido expressamente a ele. O princípio, que formulou com tanta clareza, diz respeito à Administração em si, à atividade administrativa como um todo, englobando, é certo, seus agentes. Tanto isso é verdade que o mesmo doutrinador com precisão assinalou: 'A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração só é permitido fazer o que a lei autoriza'.

A última frase sintetiza, excelentemente, o conteúdo do princípio da legalidade.

O publicista Diógenes Gasparini (1993, p. 6) adverte que "com efeito, o agente da Administração Pública está preso à lei e qualquer desvio de suas imposições pode nulificar o ato e tornar o seu autor responsável, conforme o caso, disciplinar, civil e criminalmente".

2.1 Instruções Processuais de Emergência

Mas como ficou registrado, e convém lembrar, o Estado rege-se por três funções bem nítidas e importantes, e no pleno exercício de cada uma delas ele enfrentará as situações de emergência ou urgência conforme normas preestabelecidas. Infelizmente, pelo atual ordenamento jurídico brasileiro, nem todas elas podem dispor de instrumentos hábeis a favorecer uma pronta resposta nessas oportunidades.

Impõe estudar cada uma de *per se*, deixando a função legislativa para análise derivada.

A função jurisdicional está bem definida nos artigos 102, 105, 108, 109, 114 e 124,

da Constituição Federal, e há todo um arcabouço legal que define a competência do magistrado em seu mister.

O Código de Processo Civil, em particular, é a maior compilação nacional a estabelecer os procedimentos que devem ser adotados nas mais diversas situações do cotidiano dos particulares e até do Estado em relação a estes. Interessa atentar, como dito acima, o enfrentamento dos casos segundo a ótica de emergência e risco.

2.1.1 Oportunidade da Medida Cautelar

Os artigos 796 a 889, do estatuto processual indicado, cuidam das Medidas Cautelares e logo em seus primeiros dispositivos é possível ler que, "além dos procedimentos cautelares específicos... poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação" (art. 798). Completa o legislador citado que "poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor prestação de caução" (art. 799). Essa ação preventiva poderá ocorrer, igualmente, mesmo depois de proposta a ação principal.

O artigo 273, do mesmo CPC, é bem enfático ao prescrever:

O juiz poderá a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

2.1.2 Do Objetivo Assecuratório da Medida Cautelar

Na hipótese das medidas cautelares o Código de Processo Civil cuidou em asse-

gurar o efetivo cumprimento do resultado advindo com a ação principal, ou seja, aquela que abriga a discussão de mérito e recebe a sentença. De outra banda, a tutela antecipada, como o nome deixa antever, representa a antecipação de parcela do mérito, ou seja, do direito material alegado pelo autor. Em síntese, enquanto na antecipatória há como concedido parte do direito pleiteado, na medida cautelar isso não ocorre, mas apenas a garantia de utilidade e certeza do cumprimento efetivo da sentença de mérito quando proferida.

2.2 Das Medidas de Emergência no Poder (Função) Judiciário

2.2.1 Medidas Cautelares e Antecipação de Tutela

O juiz do Tribunal Regional Federal, 4ª Região, Doutor Teori Albino Zavascki, ao traçar um interessante paralelo entre as medidas cautelares e a recente tutela antecipada, afirma que o:

Que se operou, inquestionavelmente, foi a *purificação* do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, *devendo* ser reclamadas na própria ação de conhecimento, exceto nos casos, raros, já referidos, em que a lei expressamente prevê ação autônoma com tal finalidade. Postulá-las em ação cautelar, na qual os requisitos para a concessão da tutela são menos rigorosos, significará fraudar o art. 273 do Código de Processo Civil, que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre *prova inequívoca* (1997, p. 45).

O juiz federal, citado no parágrafo anterior, em breve resumo assevera que:

Há casos em que apenas a certificação do direito está em perigo, sem que sua satisfação seja urgente ou que sua execução esteja sob risco; há casos em que o perigo ronda a execução do direito certificado, sem que a sua certificação esteja ameaçada ou que sua satisfação seja urgente. Em qualquer de tais hipóteses, garante-se o direito, sem satisfazê-lo. Mas há casos em que, embora nem a certificação nem a execução estejam em perigo, a satisfação do direito é, todavia, urgente, dado que a demora na fruição constitui, por si, elemento desencadeante de dano grave. Essa última é a situação de urgência legitimadora da medida antecipatória (1997, ps. 47/48).

2.2.2 Liminares em Ações Autônomas

A Lei do Mandado de Segurança, nº 1.533/51, é outra boa fonte de consulta para o tema em foco. Seu artigo 1º define que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que autoridade for ou sejam quais forem as funções que exerça”.

Cotejando ambos os institutos citados, a tutela antecipada e a liminar em mandado de segurança (art. 7º, da Lei do Mandado de Segurança), podemos verificar que não há diferença substancial entre um e outro. Acresça-se até, sob a lição do magistrado indicado linhas atrás, que “o art. 7º da Lei do Mandado de Segurança não constitui empecilho à antecipação da tutela em outro momento processual que não o do despacho da inicial. Aplicam-se, aqui, inteiramente, as regras e princípios do procedimento comum ordinário”. (ZAVASCKI, 1997, p. 194)

Colhe-se que a prestação jurisdicional, mais precisamente, a função de prestar o direito ao caso posto ao Judiciário, dispõe

de ferramentas bem completas, atuais e eficientes a socorrer as vítimas quando se deparam com as inesperadas agruras da vida e não só para os episódios de normalidade quanto de excepcionalidade, como no caso de uma situação de risco iminente.

É possível assim dizer que a função jurisdicional detém os melhores meios e condições de atender aos mais variados reclames da sociedade, notadamente para aquelas hipóteses de elevado risco ou urgência em uma imediata resposta do Poder Público, seja antes ou até mesmo depois de proposta a ação principal. O juiz para o cumprimento de seu múnus poderá inclusive, valer-se da analogia, costumes e princípios gerais do direito. Descreve a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 04/09/42), em seus artigos 4º e 5º respectivamente que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” e “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

2.3 Das Medidas de Emergência no Poder (Função) Executivo

2.3.1 Das Medidas Provisórias

Em seu quadrante, a função de executar, própria do Executivo, tem a relevante missão de pôr em prática o que determina a Lei Maior e as normas infraconstitucionais.

A Carta Política de 1988, por seus artigos 76/91, distingue detalhadamente a competência do Poder Executivo, sendo que o artigo 84, XXVI define que “compete ao Presidente da República editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62”. Este dispositivo constitucional a seu turno exara que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

A medida provisória está capitulada entre as normas decorrentes do processo le-

gislativo (art. 58, V, da Constituição Federal de 1988), e como lido, tem cabimento para os “casos de relevância e urgência”.

O distinguido professor e doutor Alexandre de Moraes as compara aos antigos decretos-leis e menciona como sua origem a Constituição italiana (art.77). É ele quem descortina de forma apropriada a este estudo que:

Apesar dos abusos efetivados com o decreto-lei, a prática demonstrou a necessidade de um ato normativo excepcional e célere, para situações de relevância e urgência. Pretendendo regularizar essa situação e buscando tornar possível e eficaz a prestação legislativa do Estado, o legislador constituinte de 1988 previu as chamadas medidas provisórias, espelhando-se no modelo italiano. (2003, p. 1121)

O ministro do STF, Celso de Mello, em voto lapidar sobre a natureza jurídica da medida provisória decretou, *verbis*:

As medidas provisórias configuram espécies normativas de natureza infraconstitucional, dotadas de força e eficácia legais (...) O que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso direito constitucional, é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio periculum in mora que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa (...) O que legitima o Presidente da República a antecipar-se, cautelarmente, ao processo legislativo ordinário, editando as medidas provisórias pertinentes, é o fundado receio, por ele exteriorizado, de que o retardamento da prestação legislativa cause grave lesão, de difícil reparação, ao interesse público.

2.3.2 Medidas de Poder de Polícia e Contratos Administrativos

No âmbito da Administração seria possível citar um grande número de medidas de emergência (cautelares) utilizadas pelo agente público em nome do interesse público, com forte acento no exercício do poder de polícia, *e.g.*, embargo de obra considerada perigosa, podendo assinalar, também, outras decorrentes da gestão da coisa pública.

Aqui vale abrir um parêntese para conferência do lúcido conceito de poder de polícia proferido pelo professor Hely (1989, p. 110), segundo ele representado pela “faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

Poderiam ser citadas, ainda, as hipóteses de revogação de contratos firmados pelo Poder Público com os particulares “por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta”. (artigo 49, *caput*, primeira parte, da Lei nº 8.666/93).

2.4 Dos Efeitos Práticos dos Instrumentos Processuais de Emergência

Portanto, não fica difícil de divisar que os efeitos práticos dos instrumentos processuais destinados às ocasiões de emergência e risco são de ingente valia para o dia-a-dia das pessoas que freqüentemente estão se deparando com casos desse jaez.

Como registrado linhas acima, a vida humana não segue um padrão, mas revela um turbilhão de mudanças que vez ou outra coloca o cidadão de frente com realidades impensáveis e que dele exigem uma pronta resposta. O exemplo a ser trazido é o do contribuinte que se vê compelido a recolher um tributo inconstitucional e para evitar a ação deletéria do Estado sobre seu patrimônio impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, para conter o Erário.

O exemplo escolhido atraiu a necessidade do exercício da função jurisdicional, quanto identicamente, da função executiva, eis que o exator foi obrigado a valer-se de medida extrema diante do Poder Judiciário para cancelar a ação do Estado sobre seus bens e o próprio Estado abster-se de recolher o imposto, numa clara atitude executiva, à conta da ordem judicial.

Como já ficou expresso, o legislador, por mais alerta que esteja para os problemas de seus representados, jamais terá condições de legislar integralmente sobre a solução daqueles, até por sua limitação humana. Ciente disso ele aperfeiçoou as funções judiciária e executiva com as medidas cautelares, marcadamente assecuratórias, e também com a antecipação da tutela, mandado de segurança e com o poder de polícia da Administração.

3. Das Medidas de Emergência no Poder (Função) Legislativo

A pergunta que se faz agora é quanto à função legislativa. Qual ou de quais medidas dispõe para enfrentar situações de emergência ou urgência? Como visto há pouco, as outras duas funções do Estado têm seus meios para atender as demandas de risco iminente, ao passo que a função legislativa não dispõe de um instrumento hábil e eficaz nesse sentido. É disso que se tratará com mais vagar ao ser abordado sobre a Medida Provisória Legislativa.

Ao se fazer uma incursão no Título IV, artigos 44/75, da Constituição Federal, não será possível detectar uma medida de natureza cautelar à disposição do Congresso ou de quaisquer de suas Casas, para suprir as necessidades de uma situação de emergência ou risco. Algo próximo disso, mas que se apresenta de uma maneira ainda muito tímida, diz respeito ao poder de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito e próprio das autoridades judiciais. (artigo 58, § 3º).

A se comparar os casos de urgência e perigo submetidos ao crivo das funções ju-

diciária e executiva com aqueles da legislativa, de antemão será percebida a grandeza da responsabilidade desta última, sem desmerecer, por óbvio, as duas primeiras.

A função legislativa tem por fito a solução dos problemas nacionais, tanto quanto internacionais envolvendo os interesses do País. Só essa realidade leva a todos raciocinar o quanto é séria e ingente a responsabilidade do Legislativo e adicionando-se o chamamento deste para resolver os conflitos emergentes e de risco, faltarão números para dimensionar sua missão.

O que não se pode é descurar que o Legislativo tem um público alvo bem maior que o Executivo e o Judiciário e, mesmo sem insinuar uma menor grandeza destes, sua atuação tem que ser exemplar em qualquer hipótese, notadamente nos casos de emergência ou perigo.

Ocorre que o Legislativo, pela ausência de mecanismos próprios para esses momentos de forte clamor público, iminente perigo ou emergência, à exemplo das cautelares, antecipatórias e liminares, termina por editar normas ou que chegam tarde para socorrer o problema posto ou, muitas das vezes, desprovidas dos comandos esperados pela comunidade que a aguarda ansiosa. O primeiro e negativo resultado prático disso é o descrédito do Parlamento, o que não é saudável para o estado de direito, muito menos para o País.

Não é raro assistir o Congresso parar o curso de seus trabalhos para ter que legislar sobre um tema que ocupa a mídia e preocupa a sociedade naquele momento. Na maioria das vezes o ponto em discussão não possuiu nenhuma previsão legal, carecendo ser normatizado o mais rapidamente possível. É o que chamamos de crise do vácuo legal.

Assim como o juiz não pode deixar de julgar, o mesmo vale, e com mais intensidade, para o legislador, ou seja, este não pode deixar de legislar, e com mais cuidado nas hipóteses de risco e emergência. Ademais a função de legislar é um serviço público em altíssima conta e não pode sofrer, de forma

alguma, solução de continuidade. Poder-se-ia dizer que lança aqui suas raízes o Princípio da Continuidade do Serviço Público.

De uma sorte ou de outra, a população costuma ser mais exigente e crítica nas oportunidades descritas no parágrafo anterior, em relação à função precípua do Legislativo, notadamente os grupos de pressão, essencialmente representados por aqueles que sofrem a angústia pela ausência da norma. Em casos tais, ou o Congresso presta uma pronta resposta à sociedade ou corre o risco de ser denominado de inoperante e outros adjetivos mais.

De outra banda, se na hipótese citada o Legislativo se vê compelido à prestação legislativa imediata, não pode perder o foco de sua responsabilidade quanto ao processo legislativo, o qual, por enquanto, não aparelha o legislador com instrumentos para o embate de uma situação de emergência e risco. Impõe, pois, a criação de um devido processo legal suficiente a gerar uma medida urgente, segura e efetiva como resposta rápida às ocasiões de emergência e perigo.

3.1 Da Medida Provisória Legislativa

É desejo, nesse momento, apresentar como sugestão de solução para o preenchimento desse hiato processual, no âmbito da função legislativa, o que se resolveu chamar de medida provisória legislativa, para diferenciar daquela baixada pelo Presidente da República.

Antes de mais nada, a medida provisória legislativa tem que apresentar fina sintonia constitucional, profundo respeito aos princípios norteadores do Direito e primar pela simplicidade, sem perder de vista o prestígio que se deve dar à eficiência e eficácia. Deverá ter o condão de ser expedita, constitucional e muito eficiente para atender a demanda do povo, sob pena de fracassar antes de ter nascido para o mundo jurídico.

Feita a apresentação do projeto do novo instituto normativo cabe agora traçar algumas considerações a propósito dele.

3.1.1 Da Natureza Jurídica da Medida Provisória Legislativa

Quanto a sua natureza jurídica, a medida provisória assinala com traços de uma ação acautelatória e preparatória, seguindo, assim, a mesma trajetória de sua co-irmã, a medida provisória do Executivo, a qual, segundo o Ministro Celso de Mello, justifica-se quando “há fundado receio, segundo o Presidente da República, de que o retardamento da prestação legislativa cause grave lesão, de difícil reparação, ao interesse público”. Explica-se.

A natureza assecuratória da medida provisória legislativa é imanente à situação de risco e emergência posta à responsabilidade do legislador que, não podendo esperar pela conclusão do complexo processo legislativo, diante do clamor público a uma demanda iminente, se vê obrigado a tomar uma ação preventiva, com valor de norma, até que esta receba a análise final através do devido processo legal.

A ação efetiva do legislador frente a uma situação de risco e emergência sempre poderá ser vista como uma atitude imprópria, eis que, poderá suscitar o debate sobre a possibilidade de serem editadas normas de “conveniência” e, portanto, absolutamente íntimas apenas daquele fato isolado que a gerou. Em outras palavras, seria uma precipitação do legislador exercer seu múnus de forma açodada, pois o fruto dessa investida poderia ser uma norma inconseqüente.

Com a devida licença, não nos parece o raciocínio mais consentâneo com os fins da medida provisória legislativa, haja vista que, à luz de seu próprio nome, ela seria “provisória” até merecer a redação final após o crivo do processo legislativo próprio. E nesse passo é encontrado o segundo elemento que compõe a natureza jurídica da medida provisória legislativa.

A natureza preparatória deste instituto jurídico proposto está justamente nessa vocação de intervenção anterior à norma definitiva. Nos moldes das cautelares, a medi-

da provisória legislativa também age de maneira preparatória, garantindo uma segurança futura.

3.1.2 Da Medida Provisória (art. 62, da CF/88) x Medida Provisória Legislativa

Trazendo de volta o disposto no artigo 62, podemos ler naquela passagem da Carta Política Maior que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

O mesmo artigo, seguindo sua finalidade, discorre sobre o processo legislativo específico para as medidas provisórias e estabelece seus limites. Indaga-se, então, se o desiderato primordial da função executiva não é legislar, sendo este apenas um aspecto secundário de sua incumbência constitucional, onde estaria a inconveniência da função legislativa ser exercida pelo próprio Parlamento em sua plenitude, mormente nas situações de risco e urgência? Ora, como alertado pelo Ministro Celso de Mello, se a medida provisória tem o mesmo elemento teleológico da cautelar, ou seja, de evitar a grave lesão, de difícil reparação ao interesse público, pela demora na prestação do Estado, com mais ênfase deverá ter a medida provisória legislativa, por incontestável vocação constitucional para esse mister.

Entendemos que, com mais razão, é crucial que o Legislativo, antes mesmo do Executivo – como de sorte previu Montesquieu – atue cautelarmente, assegurando à sociedade uma resposta imediata em seus momentos de dificuldade e quando ela está mais necessitada e sensível.

3.1.3 Medida Provisória Legislativa, uma Matéria de “Lege Ferenda”

O Brasil tem muito a que se orgulhar de sua democracia, entretanto, não podemos perder de vista que ela ainda se encontra em processo de constante amadurecimento. A medida provisória legislativa, como norma a ser criada, viria aproximar ainda mais

o Legislativo do povo brasileiro, e contribuiria, e muito, como dito, no restabelecimento definitivo da confiança deste em sua Casa parlamentar.

Nada impediria, antes se recomendaria, que a medida provisória legislativa viesse ao ordenamento constitucional na conformação de sua irmã a medida provisória do Executivo, guardadas as devidas diferenças, por óbvio. Estamos falando, portanto, da inserção na Carta Magna de um artigo próprio para a medida provisória legislativa.

A medida provisória legislativa teria um papel importantíssimo a ser cumprido, eis que representaria a primeira e imediata impressão do Congresso Nacional sobre um fato marcante no cenário nacional e de relevância e urgência para o País. Sua edição necessariamente não afastaria a função executiva, ainda que pela dicção de uma medida provisória, posto que a Constituição estipularia de forma nítida quando uma e outra, ou até mesmo ambas, teriam seu lugar.

Não se pode olvidar o velho brocardo jurídico de “quem pode o mais pode o menos”. Posto assim, se ao Legislativo é dado legislar, nada mais legítimo do que ter sua própria medida provisória legislativa. É digno de apontamento o fato de estranhar-se o porquê de não ter ele contado com este instrumento desde a promulgação da Carta Cidadã em 1988.

3.1.4 Da Legitimidade Constitucional da Medida Provisória Legislativa

Outro aspecto igualmente relevante é vislumbrar, ainda, a legitimidade maior da medida provisória legislativa frente a sua co-irmã do Executivo. O Chefe maior do Executivo é eleito para gerir e administrar o País, ao passo que os congressistas para legislar. Partindo dessa realidade, não fica difícil perceber que a medida provisória legislativa estaria partindo de quem originariamente tem a competência magna para legislar e, dessarte, representaria melhor a vontade popular.

Até o Poder Judiciário tem legislado em caráter emergencial, seja quando decreta para os casos concretos posto a sua consideração, seja quando decreta a inconstitucionalidade de uma lei (artigo 102, I, a; 102, § 2º c/c 52, X, da Constituição Federal de 1988), assim, nada justifica fique mais o Legislativo sem a medida provisória legislativa.

Recorde-se que a medida provisória legislativa seria apenas provisória, nada além disso, e que tão logo cumprida sua missão imediata, tanto ela como seus efeitos seriam submetidos ao processo legislativo ordinário ou até mesmo constitucional, a critério do Parlamento.

Acredita-se que a medida provisória legislativa seria cabível em quaisquer daquelas hipóteses em que os parlamentares têm competência para apresentar projeto de lei e que o caso vertente fosse marcado pela relevância e urgência. E esse juízo de valor não seria nenhuma dificuldade para o legislador, como é possível conferir pelo exarado no artigo 57, § 6º, II, da Lei Maior.

3.1.5 Da Competência para expedir a Medida Provisória Legislativa

Quanto ao titular da edição da medida provisória legislativa, esta função poderia estar vinculada ao Presidente do Congresso Nacional ou até mesmo de um colegiado composto por notáveis representantes do Legislativo federal que já tenham ocupado cargos de relevância em sua Mesa Diretora, *e.g.*, ex-presidentes do Congresso, da Câmara e do Senado. Seria uma espécie de Conselho composto por membros exclusivamente do Legislativo federal e com mandato coincidente com o das Mesas Diretoras da Câmara e Senado.

O Conselho ou o editor da medida provisória legislativa teria outra função primordial, qual seja, perscrutar se a norma a ser elaborada já não pertenceria ao mundo jurídico, o que poderia ser feito pelo próprio corpo de assessores das Casas legislativas e Secretarias-Gerais, como de resto, por toda

a estrutura hoje existente para a elaboração das demais normas de competência do Congresso Nacional.

Se a opção do legislador for o Conselho, este poderia espelhar-se, também, mudando o que tiver de ser mudado, na comissão que representa o Congresso Nacional nos períodos de recesso (artigo 58, § 4º, da Constituição Federal de 1988).

Como ficou registrado, a medida provisória legislativa exsurgiria no ordenamento legal brasileiro através de emenda constitucional apresentada por iniciativa de parlamentar e ato contínuo, poderia ser regulamentada por normas infraconstitucionais, a exemplo dos regimentos internos do Senado e Câmara. O que deveria ficar muito claro no texto constitucional é a natureza jurídica da medida provisória legislativa, repise-se, ser preparatória para norma futura e assecuratória de uma situação emergente e de risco, ou, em linguagem da própria Constituição, editada em casos de relevância e urgência.

3.1.6 Da Medida Provisória Legislativa como complemento ao Processo Legislativo Ordinário

Numa atenção mais detida, em verdade, a medida provisória legislativa terminaria por representar um complemento do processo legislativo ordinário, haja vista que acresceria a este mais uma fase, frise-se, uma etapa prévia. Essa inovação, também por esse enfoque, seria de todo salutar para o País, pois estaria permitindo ao legislador uma fase a mais para seus estudos e preparação de uma norma mais consentânea com a realidade. Senão vejamos.

Num primeiro momento o legislador depara-se com o fato relevante e urgente, dispõe de forma a assegurar o interesse da sociedade e, com o tempo destinado pela lei e/ou Constituição, conclui sua missão com mais conhecimento, discussão e segurança. Logo, ao contrário do que poderia a princípio parecer, a medida provisória legislativa não viria como uma norma de conveniência, mas como uma ação preventiva e im-

portantíssima de nosso Congresso Nacional.

O verdadeiro Estado de Direito se faz com instrumentos hábeis a garantir ao cidadão o mínimo de dignidade e exercício de seus direitos, caso contrário é um Estado virtual e imaginário que, a cada dia, fica mais descreditado. O Congresso Nacional tem um papel fundamental para impedir que isso ocorra, e esse trabalho é uma pequena contribuição nesse sentido.

Se o processo é uma seqüência de atos visando um fim comum, o processo legislativo não transborda deste conceito, até o reforça com a idéia de contar com mais um procedimento que venha a ajudá-lo na produção e normas mais eficazes e realistas.

Essa é uma idéia que se traz à baila como uma oportunidade de discussão se, verdadeiramente, não é passada a hora do Poder Legislativo ter um instrumento eficiente na resposta às necessidades de seus principais alvos, o povo brasileiro e o País.

A mudança radical no modo de vida das pessoas é reflexo de um mundo cada mais veloz, exigente, medido pelo ponteiro dos segundos e décimos e, sem dúvida de errar, influenciando diretamente na maneira de ser das pessoas. Isso implica dizer que o Congresso hoje conta com um tipo de cidadão que exige dele muito mais do que no passado, e, certamente, ainda mais no futuro. Por isso mesmo deve contar com instrumentos hábeis a não decepcionar a nação.

A medida provisória legislativa, acreditamos, poderá ajudar, e muito, no grande objetivo da função legislativa, ou seja, atender plenamente a sociedade que a justifica.

Este instrumento, a ter endereço constitucional, ainda mais se justifica se lembrarmos que o Princípio da Legalidade é muito restritivo para o administrador e Administração, ou seja, “somente ser permitido fazer aquilo que a lei permite”, e como ficou averbado, nas hipóteses de risco e emergência, nem sempre há previsão legal de como agir.

4. Da Conclusão

Em síntese apertada sobre a matéria é possível afirmar que o Estado brasileiro é dividido em 3 (três) funções bem definidas e não Poder. São elas as funções Legislativa, Executiva e Judiciária. A melhor doutrina ensina que a função legislativa rege as relações para o futuro, as ações que devem ser tomadas pelo organismo social ou mesmo delas se abster; a função executiva rege o presente, executando as ações do Estado sob o pálio da lei; e a função judicial se manifesta sobre o passado, sobre a ação ocorrida.

Certo é, o Estado tem uma grande parcela de atuação na seara do poder discricionário, eis que o legislador não tem como prever todas as situações a serem enfrentadas, principalmente naquelas de emergência e risco.

A seu turno, o Estado-Juiz tem a seu dispor para as ocasiões de risco e emergência as medidas cautelares, tutela antecipada, poder geral de cautela e liminares em ações autônomas e recursos.

À sua vez, o Estado-Administração tem a seu favor para as hipóteses de risco e emergência as medidas provisórias e o poder de polícia, além de outros instrumentos decorrentes da gestão da coisa pública.

Restou revelado que o Estado-Legiferante não dispõe de instrumentos hábeis para enfrentamento das circunstâncias que denotem risco e emergência.

Também não é dado perder de vista que a complexidade cada vez maior de nossa sociedade, torna-se imperioso que o Legislativo esteja mais atuante e entregue ao povo o que ele efetivamente precisa.

Assim como não é dado ao juiz deixar de julgar, não é dado ao legislador deixar de legislar.

Igualmente é verdade que a medida provisória legislativa, com sede constitucional, seria o instrumento expedito do Legislativo nos embates que compreendam situação de emergência e risco. Ela teria a dupla função acautelatória e preventiva. Acautelatória para as hipóteses de risco e emergência,

quando o legislador não tem como aguardar o desfecho do processo legislativo ordinário sem o perigo de sérios e graves danos e preparatória como ferramenta de intervenção anterior à norma definitiva.

Comparada a sua co-irmã do Executivo, a medida provisória legislativa gozaria até de maior legitimidade, haja vista sua gênese no Poder Legislativo.

Não é demais ratificar, a medida provisória legislativa teria lugar para quaisquer daquelas hipóteses que os parlamentares tivessem competência para apresentar projetos de lei e que o caso em análise fosse distinguido pela relevância e urgência.

Quanto ao titular da edição da medida provisória legislativa, esta função poderia estar vinculada ao Presidente do Congresso Nacional ou até mesmo de um colegiado composto por notáveis representantes do Legislativo federal que já tenham ocupado cargos de relevância em sua Mesa Diretora, *e.g.*, ex-presidentes do Congresso, da Câmara e do Senado. Seria uma espécie de Conselho composto por membros exclusivamente do Legislativo federal e com mandado coincidente com o das Mesas Diretoras da Câmara e Senado.

Por fim, a medida provisória legislativa seria, na verdade, uma fase anterior e complementar ao processo legislativo ordinário. Uma vez editada e com seus efeitos em vigor, poderia ser imediatamente submetida ao rito do processo legislativo comum ou outro a ser estabelecido pela Constituição Federal.

5. Referências

Bandeira de Mello, Celso Antônio. - *Curso de Direito Administrativo* - 9ª ed. Revista e atualizada e ampliada - São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

Gasparini, Diógenes. - *Direito Administrativo* - 3ª ed. Revista e ampliada - São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* - 14ª ed. Atualizada pela Constituição de 1988 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

Mello, Celso de. - *Revistas dos Tribunais de Justiça* 151/331.

Moraes, Alexandre de. - *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional* - 3ª ed. - São Paulo: Editora Atlas S/A, 2003.

Zavascki, Teori Albino. - *Antecipação da Tutela* - 1ª ed.: - São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

Constituição Federal de 1988.

Código de Processo Civil, 5ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Processo legislativo no Estado Democrático de Direito

Júlio Roberto de Souza Pinto

Sumário

1. Introdução; 2. A Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas; 3. A Teoria do Processo de Elio Fazzalari; 4. O Estado Democrático de Direito e o Processo Legislativo no Marco do Pensamento de Habermas e Fazzalari; 5. Conclusão.

1. Introdução

Este trabalho procurará demonstrar que o Estado democrático de direito, em que se constituem a República Federativa do Brasil e os demais Estados de direito contemporâneos, legitima-se pelo processo legislativo entendido como o procedimento legislativo realizado em contraditório. Em outras palavras, o Estado de direito brasileiro encontra sua legitimidade no procedimento legislativo em que os destinatários do provimento final por ele preparado são, também, seus co-autores. Ainda em outros termos, a República Federativa do Brasil somente se constitui em verdadeiro Estado democrático de direito à medida que os brasileiros, seja diretamente ou mediante representantes por eles eleitos, participem, em simétrica paridade, dos procedimentos de elaboração das leis as quais sobre eles produzirão efeitos.

Para tanto, recorrer-se-á à teoria discursiva do direito de HABERMAS e à teoria do processo de FAZZALARI, como marcos teóricos dentro dos quais se entenderão tanto o Estado democrático de direito como o processo legislativo.

Júlio Roberto de Souza Pinto é Advogado, assessor jurídico da SGM/Câmara dos Deputados, professor de Direito Constitucional e de Processo Legislativo no CEFOR/Câmara dos Deputados, escritor; especialista em Educação, mestre em *Liberal Arts* (EUA).

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro - UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul - UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. HENRIQUE SAVONITTI MIRANDA.

Concluir-se-á pugnando pela ampliação do controle de regularidade ora exercido pelo Supremo Tribunal Federal sobre o processo legiferante e pela atuação efetiva do Ministério Público como fiscal da legitimidade do direito assim produzido.

2. A Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas

O pensamento de JÜRGEN HABERMAS sofreu uma sensível modificação a partir de 1992, com a publicação de sua obra *Direito e democracia*: entre facticidade e validade.¹ Nos trabalhos anteriores, havia uma relação de complementaridade entre moral e direito. Desde 1992, HABERMAS declina dessa complementaridade em favor de uma relação de co-originariade. O pensamento habermasiano aqui representado é o de sua fase posterior.

Em *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, observa-se, na teoria habermasiana do discurso, a transição de uma racionalidade prático-moral para uma racionalidade comunicativa deontologicamente neutra. Essa neutralidade do direito em relação à moral é explicada pela tensão entre factualidade e validade, que é inerente à linguagem e perpassa o direito à medida que este se propõe a atender, ao mesmo tempo, aos reclamos de concreção e de universalização. Na verdade, é esse vai-e-vem entre factualidade e validade que permite ao direito moderno constituir-se como meio de integração social e, assim, conduzir a um processo legislativo resultante da opinião e da vontade discursiva dos cidadãos.

No ato da linguagem, afirma HABERMAS, busca-se o entendimento com alguém sobre algo no mundo. Na busca desse entendimento, levantam-se as seguintes pretensões universais de validade: o falante tem de se expressar de maneira a se fazer entender; sua fala há de se fazer por meio de um conteúdo proposicional verdadeiro, em outras palavras, ele tem de dar a entender algo; suas intenções não de ser expressas veraz-

mente, de modo a se firmar um entendimento a partir do que é falado; e sua manifestação tem de ser correta, de forma a possibilitar o entendimento. Assim, ao se entender algo com alguém sobre o mundo por meio da linguagem, surge uma tensão entre a realidade e a idéia, pois, ao se agir comunicativamente, fazem-se idealizações inevitáveis que se podem opor aos fatos.

Para HABERMAS, há uma diferença entre pensamento e representação. A representação é sempre propriedade de uma pessoa no singular. Em outros termos, a representação sempre se refere ao modo como alguém representa para si um dado qualquer. O pensamento, ao contrário, pertence à coletividade, uma vez que não está circunscrito a uma consciência individual apenas. O pensamento é expresso por meio de enunciados que denotam fatos ou estados de coisas. HABERMAS também distingue o verdadeiro do real. Real é o que pode ser representado por proposições verdadeiras, ao passo que verdadeiro é o que pode ser explicado a partir da pretensão levantada em relação ao outro, no momento em que se faz uma proposição. Portanto, a pretensão de verdade tem de ser criticável e aberta a objeções para fazer jus a um acatamento racional da comunidade interpretativa. Mais ainda: a pretensão de verdade, pelo nexos com a validade, supera os limites pontuais de qualquer comunidade interpretativa particular, porquanto a pergunta pela validade de um proferimento supõe a transcendência, por falantes e ouvintes, dos padrões particulares de uma comunidade. É precisamente isso que possibilita o entendimento da verdade como algo aceito racionalmente por uma comunidade de intérpretes, a apontar comunicativamente para além das fronteiras espaciais e temporais.

O agir comunicativo, conclui HABERMAS, é a disponibilidade existente entre falantes e ouvintes para estabelecer um entendimento decorrente de um consenso sobre algo no mundo. Nessa quadra, as ações se situam em um mundo intersubjetivamente

te compartilhado, permeado por um fundo consensual. Todavia, no momento em que essa estrutura básica não basta para garantir a integração social, surge a possibilidade do dissenso ou a respectiva necessidade de legitimação racional das pretensões. Uma pretensão de validade, para ser racionalmente aceita, tem de se constituir, a um só tempo, como factualidade, uma vez que pertence a uma comunidade real, histórica, e como validade, eis que, necessariamente, faz idealizações ao se remeter às razões potenciais, transcendentais.

Mesmo havendo risco de dissenso, continua HABERMAS, no *mundo vivido* as ações se coordenam de maneira a possibilitar uma ordem social. Elas se movem na base de entendimentos formados em um horizonte de sentidos comuns, o qual funciona como um fundo consensual a fornecer, imediatamente, um padrão espontâneo de interpretação. Essa fonte de saber é tão intimamente original que as pessoas se remetem a ela como se fosse algo inquestionável. Tal saber, no entanto, perde essa condição de fonte indiscutível no momento em que é chamado a se confrontar com as pretensões de validade.

Já nas instituições arcaicas, detentoras de uma autoridade praticamente incontestável, o saber disponível se forma pela fusão da factualidade com a validade, mediado pelo agir comunicativo, que canaliza, por intermédio de tabus, o agir para uma base comum. O agir comunicativo deixa, assim, de ser considerado como um entrelaçamento de diversas ações na busca de uma base legitimadora, para se entender como um fragmento de uma realidade em que se deposita o peso da tradição. A tradição, dessarte, funciona como um depósito dos fragmentos da realidade a informar imediatamente toda a sociedade e, como tal, assume um caráter prescritivo, unindo a autoridade ao sagrado.

As sociedades secularizadas, por sua vez, ao recusarem a integração por meio da religião e da tradição, enfrentam tremenda

dificuldade na coordenação das ações sociais. KANT e seus seguidores tentaram resolver esse problema recorrendo à razão prático-moral.

Na visão habermasiana, o direito em KANT se apresenta como uma relação interna entre coerção e liberdade. O direito se entende como a categoria que apela para a coerção monopolizada pelo Estado toda vez que alguém, pelo abuso de sua liberdade, causar empecilhos à liberdade de outrem. Da relação interna entre coerção e liberdade, surge a pretensão de validade do ordenamento jurídico, porquanto o direito é a instituição que, pela coerção, garante a liberdade, entendida esta como a soma das liberdades individuais.

O direito, todavia, não se pode efetivar unicamente a partir de demarcações em um espaço específico para a configuração histórica das liberdades individuais, contrapõe-se HABERMAS, porquanto o corpo político se constitui de pessoas que se reconhecem mutuamente como portadoras de direitos recíprocos. Esse reconhecimento de direitos por todos os cidadãos, é verdade, se funda em leis que lhes asseguram esses direitos. Tais leis, entretanto, para se legitimarem, têm de garantir o acesso de todos aos mesmos níveis de liberdade.

O processo legislativo, arremata HABERMAS, erige-se como o meio por excelência da integração social. Por meio dele as pessoas abandonam a figura de um sujeito solipsista de direito para se constituírem como membros de uma comunidade jurídico-política livremente formada. Para tanto, adverte, tem de possibilitar aos sujeitos a assunção da perspectiva de membros que se orientam pela busca de um entendimento intersubjetivamente alcançado. Somente quando os sujeitos vislumbrarem nas leis a manifestação racional e livre de suas próprias vontades, ou, em outros termos, quando se enxergarem destinatários e co-autores do ordenamento jurídico, o direito se transformará em fonte primária da integração social.

3. A Teoria do Processo de Elio Fazzalari

A teoria do processo de ELIO FAZZALARI, o outro marco teórico dentro do qual se entenderá o processo legislativo como legitimador do Estado democrático de direito, acha-se representada, no Brasil, pela obra de AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, intitulada *Técnica processual e teoria do processo*. É pela ótica de GONÇALVES que se apreciará a obra de FAZZALARI.

No desenvolvimento do Direito Processual Civil como ciência autônoma, a doutrina reagiu contra a postura tradicional de séculos passados, que absorvia o processo no procedimento e considerava este como mera sucessão de atos componentes de um rito de aplicação judicial do direito. Paulatinamente, buscou estabelecer a distinção entre processo e procedimento, encontrando no critério teleológico a base dessa diferenciação. Essa distinção prevaleceu inquestionável por muito tempo, até despontar outra proposta que possibilitou a consideração das relações entre procedimento e processo. Entre os autores mais divulgados, FAZZALARI foi quem melhor sistematizou a nova proposição.

A corrente doutrinária que separa o procedimento do processo com fundamento no critério teleológico enfrenta um problema para o qual não se encontra solução adequada: se o procedimento se constitui em meio necessário à existência e ao desenvolvimento regular do processo – pois ainda não se pôde suprimir a necessidade do procedimento –, segue-se, então, que também o procedimento tem o caráter teleológico inerente a toda e qualquer técnica.

Afora isso, essa vertente continua a tratar o processo com apelo a categorias conceituais antigas, como as da relação jurídica e do direito subjetivo. Nela a relação jurídica é vista como um enlace normativo entre duas pessoas, em que uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico. Já os direitos subjetivos são pensados

em termos de uma liberdade absoluta que, derivada do direito natural ou a ele relacionada, se opõe ao Estado e ao direito dele emanado. O direito de ação, assim, configura-se a partir de um conceito de relação jurídica engendrado por uma noção de direito subjetivo.

Todavia, a teoria da relação jurídica – denominação por que essa corrente doutrinária ficou conhecida – em breve se revelaria insuficiente para explicar as situações jurídicas que, a toda evidência, não correspondem a vínculos entre sujeitos.

HANS KELSEN, depois de analisar o conceito de relação jurídica e os possíveis empregos da expressão, chegou mesmo a concluir pela existência não de um vínculo de vontades ou de sujeitos, mas sim de uma conexão de normas que determinam a conduta de indivíduos.

Em bases diferentes da adotada por KELSEN, mas se destinando, também, à superação do conceito de relação jurídica, desenvolveu-se a teoria das situações jurídicas a partir das diferentes contribuições de LÉON DUGUIT, GASTON JEZÈ e PAUL ROUBIER. Em todas essas propostas, a situação jurídica não se estrutura como vínculo jurídico entre dois sujeitos, em que um tem o poder de exigir uma determinada conduta do outro, mas se forma a partir de um fato ou ato jurídico produzido segundo a lei que governa sua constituição. Uma vez constituída, ela se transforma no complexo de direitos e deveres de uma pessoa, direitos e deveres que não mais se confinam no plano abstrato e genérico da norma, mas que se realizam na situação de um determinado sujeito.

Nesse diapasão, convém salientar que a teoria das situações jurídicas não pretendeu eliminar a noção de um direito fluindo da norma para um determinado titular. Pretendeu, isto sim, escorá-lo em outras bases, eis que a reflexão jurídica havia demonstrado a possibilidade do direito qualificado de subjetivo ser visto como uma faculdade ou como um poder de agir, mas nunca como

um poder sobre a conduta alheia. Nas palavras de GONÇALVES (2001, p. 92),

a doutrina contemporânea reconhece que o único ato imperativo que pode incidir sobre a universalidade de direitos de uma pessoa é o ato imperativo do Estado, proferido segundo um procedimento regulado pelo Direito, que disciplina o próprio exercício do poder, manifeste-se ele no cumprimento de qualquer das funções do Estado, legislativa, administrativa ou jurisdicional.

A teoria das situações jurídicas cumpre seu papel ao demonstrar a impossibilidade de se considerar vínculos imperativos entre sujeitos, superando, dessarte, o conceito de relação jurídica. Isso não basta, contudo, para definir processo como situação jurídica. As situações jurídicas nele estão presentes, mas não o delimitam.

A grande contribuição para a renovação do conceito de procedimento vem de ELIO FAZZALARI. FAZZALARI caracterizou os provimentos como atos imperativos do Estado, promanados dos órgãos que exercem o poder, nas funções legislativa, administrativa e jurisdicional. O procedimento, como atividade preparatória do provimento, possui uma estrutura específica, constituída da seqüência de normas, atos e posições subjetivas de tal maneira conectados que o cumprimento de uma norma é pressuposto tanto da incidência da norma seguinte quanto da validade do ato nela previsto.

Nessa quadra, o processo caracteriza-se como uma espécie do gênero procedimento, pela participação, na atividade de preparação do provimento, dos interessados, juntamente com o autor. Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos. A caracterização do processo, não obstante, conclui-se com a apreensão da estrutura legal específica desse procedimento: a participação dos interessados em contraditório. Há processo, por conseguinte, sempre que o procedimento se realiza em contraditório entre os

interessados, e a essência do contraditório está na simétrica paridade da participação, nos atos que preparam o provimento, dos interessados, porque, como destinatários, sofrerão seus efeitos.

É evidente que a atividade que prepara o provimento, seja administrativo ou jurisdicional, nem sempre constitui processo, pois o contraditório pode dela estar ausente. O procedimento legislativo, porém, sempre há de constituir processo, porquanto sempre deve realizar-se com a participação de parlamentares que representam e reproduzem os interesses divergentes dos grupos e comunidades dos cidadãos.

4. Estado Democrático de Direito e Processo Legislativo no Marco do Pensamento de Habermas e Fazzalari

Delineados os marcos teóricos, segue-se agora para um entendimento do Estado democrático de direito e do processo legislativo.

Duas tradições políticas têm buscado entender a relação entre Estado de direito ou constitucional e democracia: a liberal e a republicana.

A tradição política liberal, de JOHN LOCKE a IMMANUEL KANT, de EMMA NUEL SIËYES e THOMAS PAINE a BENJAMIN CONSTANT ou JOHN STUART MILL, passando por JEREMY BENTHAM e outros, chega a nossos dias pelos ensaios de ISAIAH BERLIN e por obras tão diversificadas como as de JOHN RAWLS, ROBERT NOZICK, CHARLES LARMORE ou RONALD DWORKIN. Entretanto, é o trabalho de RAWLS que, revisando o jusnaturalismo de matriz kantiana e não utilitarista, reacendeu, nos Estados Unidos e dali se alastrando por todo o mundo, o debate entre liberais (sociais ou não) e republicanos (comunitaristas ou não).

A tradição política republicana, a seu turno, remete-se a ARISTÓTELES, passando pela filosofia romana republicana e pelo humanismo cívico do movimento renascen-

tista italiano. Foi recepcionada pelo pensamento de JAMES HARRINGTON, o famoso opositor de THOMAS HOBBS, e, por meio da obra de HARRINGTON e outros, influenciou os debates norte-americanos da Convenção de Filadélfia. Esse republicanismo cívico foi vertido para a linguagem moderna do jusnaturalismo pela obra de JEAN-JACQUES ROUSSEAU, influenciando grandes nomes das Revoluções Americana e Francesa. Mereceu as reflexões de G.W.F. HEGEL e KARL MARX, despertando, já no século XX, a admiração e recepção crítica de CARL FRIEDRICH e HANNAH ARENDT. Hodiername, são considerados republicanos autores como CHARLES TAYLOR, MICHAEL WALZER, MICHAEL SANDEL e ALASDAIR MCINTYRE, além de juristas como NEIL MACCORMICK, MICHAEL PERRY e FRANK MICHELMAN.²

Essas duas tradições, em suas versões contemporâneas, compartilham a idéia segundo a qual todos os cidadãos são livres e iguais. Ambas defendem, assim, não apenas a existência de um Estado de direito ou constitucional e da democracia, mas também a constitucionalização de direitos fundamentais. Isso não significa, contudo, que constituição, democracia e direitos humanos sejam por elas interpretados da mesma maneira.

LOCKE, o pai do liberalismo, vê o direito à liberdade como direito à autodeterminação privada no tocante à propriedade e à felicidade, a ser garantida perante os outros indivíduos e a própria organização político-estatal. A liberdade natural se institucionaliza juridicamente no plano da comunidade política como liberdade civil, por meio do reconhecimento e garantia, pelo Estado, da existência de uma esfera privada. ROUSSEAU, na linha da tradição republicana, enxerga o direito à liberdade como direito à autodeterminação política, a se realizar pelo exercício da liberdade civil e da soberania do povo, na construção de um corpo ou comunidade ético-política. A liberdade natural se institucionaliza juridicamente no âmbito da co-

munidade política como liberdade civil, para a participação política.

LOCKE e ROUSSEAU mantêm entendimentos convergentes e divergentes no que tange às finalidades do contrato social ou constituição do Estado. Ambos concordam que a constituição é o meio efetivo e legítimo de assegurar os direitos naturais dos indivíduos. Na visão de LOCKE, porém, o contrato ou o pacto fundamental tem por fim a constituição de uma organização social mediante a qual o indivíduo, compreendido antes como sujeito de direitos privados do que como cidadão, possa exercer, com segurança e sem interferências, seus direitos à vida, à liberdade privada e, principalmente, à propriedade. Distingue, por conseguinte, o pacto fundamental do pacto que forma o governo, pois um é o processo político fundador, outro o processo eleitoral de escolha de representantes. A dissolução do governo, nesse diapasão, não implica necessariamente a dissolução da sociedade. Já para ROUSSEAU, o contrato social consubstancia a formação de um corpo político que, pela comunhão de seus membros, exerce o direito comunitário à autodeterminação, na busca da realização da felicidade e da auto-realização ética. O processo político, mesmo o que forma o governo, é o centro integrador e constituidor do social. É nele que se expressa a vontade geral e se confirma o pacto social concernente a suas finalidades ético-políticas.

Dessarte, o processo político, na tradição liberal representada no pensamento lockeano, tão-somente realiza a tarefa de programar o governo de acordo com o interesse da sociedade, entendendo-se o primeiro como um aparato administrativo e a segunda como uma rede de interações entre sujeitos privados, organizada na forma de mercado. Em outras palavras, a política tem a função de reunir os interesses privados e encaminhá-los à administração público-estatal, cuja finalidade é utilizar-se do poder político para atingir objetivos coletivos majoritários. O exercício desse poder se le-

gítima a partir de uma formação democrática da vontade e da opinião. Na tradição republicana ilustrada pelo pensamento de ROUSSEAU, a seu turno, a política é concebida para além dessa função de mediação social, porquanto ela é, primariamente, constitutiva dos processos societários em geral. Ela é a forma em que se reflete a vida ética real. É o meio pelo qual os indivíduos, solidariamente, se tornam conscientes de sua dependência uns dos outros e, agindo como cidadãos, modelam e desenvolvem suas relações de reconhecimento recíproco, transformando-se em uma associação de pessoas livres e iguais perante o direito.

O *status* de cidadão, para o liberalismo, é determinado por direitos negativos em face do Estado e de outros cidadãos. O processo democrático se dá sob a forma de compromissos entre interesses divergentes, devendo a igualdade civil ser assegurada pelo direito geral e igualitário de votar e pela composição representativa dos corpos parlamentares. Já na perspectiva republicana, a cidadania não é determinada somente por liberdades negativas a serem reivindicadas pelos cidadãos na qualidade de sujeitos de direitos privados. Os direitos políticos são, sobretudo, liberdades positivas, uma vez que garantem não a liberdade de coerção externa, mas a possibilidade de participação política, por meio da qual os cidadãos, na construção de uma identidade ético-política comum, reconhecem-se como associados livres e iguais. Um governo republicano nunca estaria somente incumbido de exercer um mandato amplamente aberto, como no modelo liberal, mas estaria também obrigado a cumprir certos programas, permanecendo ligado à comunidade política que se autogoverna. A formação democrática da vontade se daria, pois, sob a forma de um discurso ético-político, com um fundo consensual culturalmente estabelecido e comparilhado pelo conjunto dos cidadãos.

Tanto a tradição liberal como a republicana pressupõem uma visão de sociedade centrada no Estado. Todavia, enquanto para

a primeira o Estado é o guardião de uma sociedade de mercado, para a segunda ele é a institucionalização autoconsciente de uma comunidade ética. De acordo com os liberais, a separação entre o Estado e a sociedade não pode ser elidida pelo processo democrático, mas somente atenuada. Nessa quadra, a constituição, como mecanismo ou instrumento de governo, tem a função de compatibilização. Diferentemente, segundo os republicanos, a formação política da vontade e da opinião dos cidadãos cria o meio pelo qual a sociedade se constitui como uma totalidade política. Nesse diapasão, não faz sentido distinguir o Estado da sociedade, porquanto a sociedade é, desde sempre, uma sociedade política. A constituição é compreendida, dessarte, como uma consubstanciação axiológica concreta da identidade ética e da auto-organização total de uma sociedade política.

O liberalismo e o republicanismo, contudo, têm perdido muito de seu poder de convencimento por não levarem seriamente em consideração a complexidade da sociedade hodierna.

A tradição liberal, excessivamente cética, tende a reduzir o debate político, à luz de um modelo econômico de mercado, a uma mera disputa entre atores políticos e não explica como esses atores, voltados exclusivamente para a satisfação de interesses próprios, podem concordar acerca de normas que regerão, de modo imparcial, sua vida comum. RAWLS, por exemplo, limita a política e a esfera pública ao Estado e a seus fóruns oficiais, excluindo do que chama de “uso público da razão” os debates empreendidos pela sociedade civil, bem como restringe as questões públicas e políticas a uma agenda fechada e predefinida de temas, deixando de fora importantes matérias relacionadas aos diferentes modos de vida presentes na sociedade. A par disso, a posição rawlsoniana é por demais estreita no que concerne às “questões constitucionais essenciais” (1993, p. 212 *et seq.*).

O republicanismo, por sua vez, embora possua a vantagem de compreender a polí-

tica como algo mais que uma mera concorrência entre atores políticos à busca da satisfação de interesses próprios, diversos e divergentes, e procure resgatar a dignidade política, considerando-a como uma forma dialógica de integração social, é um modelo extremamente normativo, pois tende a reduzir o debate político a um processo de auto-esclarecimento coletivo sobre um modo ou projeto de vida que se pressupõe comum, com forte lastro num consenso ético. Ora, conquanto o integrem, os discursos éticos sobre o bem não exaurem o debate político. Como assevera HABERMAS (1995, p. 107-121), no contexto das sociedades complexas hodiernas, marcadas por uma pluralidade de formas racionais de vida, assim como por interesses sistêmico-funcionais, argumentos éticos acerca do que é bom são temperados por questões pragmáticas de interesse, à luz de razões morais sobre o que é justo, possibilitando, senão a construção de consensos, ao menos a formação de compromissos políticos sob condições equânimes.

Assim, quando comparado ao liberalismo, o modelo republicano de política deliberativa tem a vantagem de preservar o significado original da democracia, no sentido da institucionalização de um uso público da razão, exercida conjuntamente pelos cidadãos, em sua prática de autodeterminação. Entretanto, os republicanos contemporâneos tendem a dar uma interpretação comunitarista excessivamente idealista a essa prática comunicativa, de tal sorte que o processo democrático fica à mercê das virtudes de cidadãos devotados ao bem comum, assegurado por um fundo consensual ético.

Com efeito, em que pese a sua importância para a política, as questões éticas devem ser subordinadas às questões morais – de justiça – e vinculadas às questões pragmáticas – de interesse. Se, por um lado, no processo legislativo deve-se levar em conta não somente o que é bom para uma comunidade concreta, mas também o que é justo no igual interesse de todos, por outro, há que se reconhecerem os compromissos como constitu-

indo a maior parte dos processos políticos, sob as condições determinadas pelo pluralismo axiológico, cultural e religioso, nas sociedades complexas hodiernas.

Nessa nova perspectiva da relação entre Estado de direito e democracia, desenvolvida a partir da teoria discursiva de HABERMAS, o êxito da política deliberativa depende da institucionalização jurídico-constitucional dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes. A idéia de um “eu” coletivo – tanto na visão liberal do conjunto de indivíduos a atuarem como variáveis independentes em processos sistêmicos aleatoriamente desenvolvidos, quanto na leitura republicana de uma vontade geral a refletir a totalidade e em nome desta agir –, dá lugar às formas de comunicação sem sujeito a regularem o fluxo das deliberações, de tal modo que seus resultados falíveis se revestem da presunção de racionalidade.

A partir desse novo ângulo – o do Estado democrático de direito –, a constituição não mais pode ser vista, nem em termos liberais, como a guardiã de uma esfera privada e de uma autonomia entendida como liberdade negativa, nem em moldes republicanos, como a protetora de uma estabilidade ético-política, a se realizar pelo exercício de uma autonomia compreendida como liberdade positiva. Por semelhante modo, a democracia não mais pode ser concebida, nem em termos liberais, como uma mera disputa de mercado regulada por regras aleatórias, sob um governo comprometido com os interesses majoritários daqueles supostamente por ele representados, nem, em moldes republicanos, como um processo autocompreensivo mediante o qual a identidade ética presumidamente homogênea de uma comunidade concreta se realiza.

Diversamente, para se ajustar a essa visão procedimentalista do Estado de direito e da democracia, a constituição há de ser entendida como a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais que apresenta as condições procedimentais de institucio-

nalização jurídica das formas de comunicação necessárias a um processo legislativo autônomo ou democrático. A soberania popular, dessarte, assume forma jurídica, por meio do processo legislativo democrático, que realiza o nexos interno entre as autonomias privada e pública dos cidadãos. É dizer, a soberania popular procedimentalmente interpretada garante a articulação dessas duas dimensões da autonomia jurídica, eis que os destinatários das normas jurídicas, na condição de sujeitos jurídicos privados, pelo processo legislativo democrático, na qualidade de cidadãos se tornam co-autores de seus direitos e deveres.

5. Conclusão

A tarefa precípua do direito foi e ainda é a de ser uma das formas de integração social. Assumindo e transcendendo a função outrora exercida pela religião e pela tradição, o direito deve, a um só tempo, assegurar as relações jurídicas e fundamentar-se a si mesmo. Na verdade, por meio da institucionalização jurídico-constitucional de meios comunicativos político-democráticos de formação da vontade e da opinião, o direito realiza as condições procedimentais de sua legitimidade, as quais correspondem à prática política deliberativa de cidadãos que, no exercício de sua autonomia, são co-autores de seus direitos e deveres. Esses processos não são surdos a questões éticas, a indagações morais ou a interesses, mas não se reduzem a nenhum deles.

No desempenho desse papel integrador, o direito não se pode cingir a regular a atuação de atores sociais movidos por interesses egoísticos, como no modelo liberal, nem impor, aprioristicamente, uma única forma de vida como válida para a sociedade, como no modelo do bem-estar social. Para uma teoria do Estado constitucional e da democracia que supere os paradigmas liberais e do bem-estar social, o direito deve ser compreendido, fundamentalmente, como processo, ou em termos procedimentalistas.

Nesse novo paradigma – o do Estado democrático de direito –, o processo legislativo caracteriza-se como uma seqüência de diversos atos jurídicos que, formando uma cadeia procedimental, assumem seu modo específico de interconexão, estruturado por normas jurídico-constitucionais e realizado discursivamente ou em contraditório entre os interessados nos provimentos normativos – atos finais daquela cadeia procedimental. Nas palavras de MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA (2000, p. 110),

sob o paradigma do Direito proceduralizado do Estado Democrático de Direito, um processo político deliberativo legítimo, conformado constitucionalmente, só poderá ser compreendido, sob as condições de uma sociedade complexa, em termos da teoria da comunicação, como um fluxo comunicativo que emigra da periferia da esfera pública – cujo substrato é formado pelos movimentos sociais e pelas associações livres da sociedade civil, surgidos das esferas de vida privada – e atravessa as comportas ou eclusas (VIEIRA, J. R., 1997: 221-222) dos procedimentos próprios à Democracia e ao Estado de Direito, ganhando os canais institucionais dos processos jurídicos não somente legislativos, mas também jurisdicionais e até administrativos, no centro do sistema político (HABERMAS, 1997b: 2:86-91).

Por último, em vista da importância fundamental, para o Estado democrático de direito, do processo legislativo entendido como o procedimento legiferante caracterizado pela participação, em simétrica paridade, na atividade de preparação do provimento normativo, daqueles que sofrerão seus efeitos, cumpre repensar o controle de regularidade sobre ele ora exercido pelo Supremo Tribunal Federal – STF, bem como alinhavar a indispensável atuação do Ministério Público como fiscal da legitimidade do direito desse modo produzido.

A jurisprudência do STF sobre essa matéria se tem caracterizado por um sistemático alargamento do que se deve compreender por “matéria *interna corporis*” do Poder Legislativo. Em outras palavras, as questões referentes à regularidade regimental não seriam passíveis, em sua maior parte, de verificação por parte do Poder Judiciário, ao argumento de que a interpretação e aplicação do Regimento Interno das Casas Parlamentares são da competência exclusiva delas. Nesse sentido, o controle judicial de regularidade do processo legislativo só se poderia exercer no que se refere a requisitos procedimentais previstos na Constituição, e não simplesmente com base nos aludidos Regimentos, conforme firmado, em 1980, no Mandado de Segurança nº 20.257-DF e reiterado em inúmeros outros, a exemplo do MS nº 22.503-DF, cuja ementa se transcreve a seguir:

Ementa – Mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, relativo à tramitação de emenda constitucional. Alegação de violação de diversas normas do regimento interno e do art. 60, § 5º, da Constituição Federal. Preliminar: Impetração não conhecida quanto aos fundamentos regimentais, por se tratar de matéria *interna corporis* que só se pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não sujeita à apreciação do Poder Judiciário; conhecimento quanto ao fundamento constitucional. Mérito: Reapresentação, na mesma sessão legislativa, de proposta de emenda constitucional do Poder Executivo, que modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências (PEC nº 33-a, de 1995).

Assim, segundo entendimento assentado pelo STF, somente no caso de descumprimento de normas constitucionais atinentes às formalidades do processo legislativo, teriam os parlamentares legitimação ativa para impetrar mandados de segurança pe-

rante aquela Corte Suprema, porquanto lhes assistiria um direito público subjetivo, “enquanto partícipes do procedimento de elaboração das normas estatais”, de não terem de votar projetos de lei ou propostas de emendas à Constituição que julguem inconstitucionais.³

Ora, colocada nesses termos, a questão acerca da regularidade da tramitação de um projeto de lei ou emenda constitucional se reduz ao nível dos interesses particulares e exclusivos dos deputados e senadores, esvaziando-se de sua relevância para a produção do direito e para a cidadania. De fato, diferentemente da jurisprudência do STF, esses requisitos procedimentais são, da perspectiva do Estado democrático de direito, condições processuais que devem garantir um provimento legislativo democrático. Em outros termos, são a institucionalização jurídica de formas discursivas e negociais que devem assegurar o exercício da autonomia dos cidadãos. O que está em xeque, portanto, é a própria cidadania e não meramente o direito subjetivo de um determinado parlamentar. A propósito, não se deveria tratar do exercício de um mandato representativo como um assunto privado, ainda que sob o rótulo de “direito público subjetivo”, uma vez que os parlamentares, na verdade, exercem função pública de representação política. O direito ao devido processo legislativo é um direito de todo e qualquer cidadão brasileiro.

Dessarte, deveria o controle de regularidade ora exercido pelo STF sobre o processo legiferante ampliar-se para alcançar aqueles requisitos procedimentais inscritos apenas nos Regimentos Internos das Casas Parlamentares, à medida que tenham também estes o condão de assegurar a participação paritária e simétrica, nas atividades preparatórias dos provimentos normativos, daqueles que sofrerão seus efeitos.

Tal é a importância do processo legislativo assim entendido para a realização do Estado democrático de direito, que também o rol dos legitimados a provocar o controle

jurisdicional da regularidade desse processo de produção do direito deveria ser expandido para incluir, entre outros, o Ministério Público. No cumprimento de seus misteres constitucionais de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais coletivos, deveria o *Parquet* atuar, efetivamente, como fiscal da legitimidade do direito dessa maneira produzido.

Notas

¹ O segundo volume dessa obra foi traduzido para o português por Flávio Beno Siebeneichler e publicado pela Tempo Brasileiro em 1997.

² GISELE CITTADINO percebeu a presença do pensamento republicano comunitarista, de matriz social, nas obras de grandes juristas brasileiros contemporâneos, como JOSÉ AFONSO DA SILVA, PAULO BONAVIDES, FÁBIO KONDER COMPARTO, CÂNDIGO RANGEL DINAMARCO e tantos outros, influenciados por constitucionalistas portugueses e espanhóis como GOMES CANOTILHO, JORGE MIRANDA, GARCÍA DE ENTERRÍA e PÉREZ LUÑO (*Pluralismo, direito e justiça distributiva*, p. 15 ss).

³ MS nº 21.642-5-DF, Ministro Celso de Mello.

Referências

- BARACHO, Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CARPISO, Jorge. La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, México, año XVI, n. 46, p. 51-65, enero/abril 1983.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade-II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, Vol. II.
- _____. Três modelos normativos de democracia. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, nº 3, p.107-121, jan./jun. 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado – Editor Sucessor, 1979.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- NEGRI, André del. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

O desafio do combate à lavagem de dinheiro

Léa Marta Geaquinto dos Santos

Sumário

1. Introdução; 2. A definição de lavagem de dinheiro; 3. A relevância do combate à lavagem de dinheiro; 4. Os esforços para coibir a lavagem de dinheiro; 5. A atuação das instituições brasileiras contra a lavagem de dinheiro; 5.1. Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF; 5.2. Congresso Nacional e CPIs; 5.3. Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros – DECIF; 5.4. Conselho da Justiça Federal – CJF; 5.5. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI; 6. Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro – ENCLA; 7. Conclusões; 8. Notas; 9. Referências.

1. Introdução

Nas últimas décadas, a lavagem de dinheiro e os crimes associados – narcotráfico, corrupção, seqüestro, terrorismo – tornaram-se delitos cujo impacto tem-se mostrado incomensurável em nível mundial. Os efeitos dessa conduta ilícita espalham-se para além das fronteiras nacionais, desestabilizando sistemas financeiros e comprometendo atividades econômicas.

A fim de evitar e combater a lavagem de dinheiro, governos de vários países vêm-se dedicando bastante à questão, mobilizando pessoal das mais diversas áreas de atuação, criando órgãos e assinando acordos internacionais, numa tentativa de coibir a circulação nos seus sistemas financeiros de capital de origem criminosa. A união das nações interessadas nesse desafio tem pro-

Léa Marta Geaquinto dos Santos é bacharela em Estatística pela Universidade de Brasília e taquígrafa do Senado Federal.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. ALEXANDRE PAIVA DAMASCENO.

vocado alterações e inovações nas suas legislações e nos seus procedimentos institucionais, permitindo um melhor ataque às cada vez mais diversas e audaciosas modalidades de lavagem de dinheiro.

Acompanhando a tendência mundial, o Brasil tem travado intensa luta contra a lavagem de dinheiro, adotando, no âmbito de todos os Poderes, medidas para evitar o crescimento dessa prática lesiva às suas finanças, que se utiliza de modernas e sofisticadas técnicas para dissimular a conversão de recursos ilícitos em lícitos.

2. A definição de lavagem de dinheiro

Dinheiro “sujo” é aquele proveniente do lucro percebido com a prática de um crime, como o narcotráfico, o contrabando de armas e a corrupção entre outros cujos autores pertencem geralmente a uma organização criminosa, já definida pela ONU, Organização das Nações Unidas, como grupo de três ou mais pessoas que obtêm benefícios financeiros e materiais a partir de atividades ilegais (Cf. ROMANTINI, 2003). Os crimes que provocam ganho de capital, que precisa ser “lavado” para retornar ao mercado sem que sua origem seja descoberta, são chamados “crimes antecedentes” quando relacionados à lavagem de dinheiro.

Segundo SILVA (2001), lavagem de dinheiro é “a expressão que passou a ser utilizada para designar o dinheiro ilícito com aparência de lícito, ou seja, o ‘dinheiro sujo’ transformado em ‘dinheiro limpo’, ou, ainda, o ‘dinheiro frio’ convertido em ‘dinheiro quente’, com a ocultação de sua verdadeira origem”.

A lavagem de dinheiro caracteriza-se pelo conjunto de operações comerciais ou financeiras efetuadas a fim de transformar esse dinheiro “sujo” – recursos ganhos em atividades ilegais – em ativos aparentemente legais, ocultando a sua origem e permitindo que sejam utilizados para financiar estilos de vida luxuosos e para investir na conti-

nuidade da atividade criminosa ou até em atividades lícitas.

Lavar dinheiro é, pois, fazer com que produtos de crime pareçam ter sido adquiridos legalmente. Para alcançar o objetivo de encobrir, de qualquer forma, a origem ilícita do dinheiro “sujo” e de apagar os vestígios que permitam às autoridades públicas descobri-la, é inevitável o seu trânsito pelos setores regulares da atividade econômica. Com o desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação e com a globalização do mercado financeiro internacional (Cf. SILVA, 2001), os criminosos movimentam grandes quantias de forma rápida e de diversas maneiras, podendo comprometer a estabilidade financeira dos países e permitir que traficantes, contrabandistas de armas, terroristas ou funcionários corruptos continuem suas atividades ilegais.

A lavagem de dinheiro envolve teoricamente três fases independentes, que, com frequência, ocorrem simultaneamente:

1. *Colocação*: é a primeira etapa do processo e refere-se à introdução do dinheiro no sistema econômico preferencialmente de países com regras mais permissivas e que possuem um sistema financeiro liberal;

2. *Ocultação*: a segunda etapa do processo consiste em dificultar o rastreamento contábil dos recursos ilícitos, escondendo evidências sobre a origem do dinheiro. Os criminosos o fazem por meio de contas “fantasmas” ou em países amparados por lei de sigilo bancário;

3. *Integração*: na última etapa, o dinheiro é incorporado formalmente ao sistema econômico de uma forma que facilite a sua legitimação.

O processo de lavagem de recursos ilícitos ocorre por meio de operações ou transações realizadas pelos mais diversos prestadores de serviços financeiros. Os setores mais visados são: as instituições financeiras, que, no Brasil, são controladas pelo Banco Central do Brasil; os paraísos fiscais – países que oferecem oportunidades vantajosas para depósitos em suas instituições

financeiras e que normalmente são protegidos por lei que garante sigilo bancário –; os centros *offshore* – centros bancários extra-territoriais que não são submetidos ao controle de nenhum país –; as bolsas de valores; o mercado imobiliário; e os jogos e sorteios, como bingos e loterias.

Muitas outras operações comerciais realizadas internacionalmente também facilitam a lavagem de dinheiro, entre as quais se destacam a compra e a venda de jóias e obras de arte, por envolverem bens de alto valor, tratem de objetos comercializados com relativa facilidade e possibilitem a garantia do anonimato.

Apesar de a movimentação de capitais entre países ser um recurso utilizado por criminosos para despistar a repressão estatal e usualmente levantar suspeitas sobre operação ligada à lavagem de dinheiro, a manutenção por um cidadão brasileiro de uma conta bancária no exterior não implica necessariamente crime, visto não ser proibido o envio de recursos para depósito em bancos com sedes fora do território nacional. Entretanto, deve-se destacar que recursos depositados em instituições bancárias de outros países sem a devida declaração à Receita Federal é crime contra o Sistema Financeiro Nacional, de acordo com a “Lei do Colarinho Branco” (art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86)¹, além de significar sonegação fiscal, por não ter havido recolhimento de imposto em data correta.

3. A relevância do combate à lavagem de dinheiro

A grande quantia de dinheiro “sujo” envolvida em transações nacionais e internacionais tem motivado os representantes do Brasil e de vários países a modificar o seu sistema legal e bancário, a fim de coibir e dificultar a circulação e a utilização pelos criminosos do dinheiro ilícito, e a assinar acordos de cooperação bilaterais e multilaterais com esse intuito.

O tema passou a integrar agendas de discussões e programas de organismos internacionais, sendo objeto de reuniões em todo o mundo. Chefes de Estado, por meio de suas autoridades competentes, têm dispensado bastante atenção a essa conduta que visa dissimular produto oriundo de crime, procurando combatê-la mediante constante esforço que inclui a adoção de políticas comuns a fim de cercear o enriquecimento das pessoas envolvidas em delitos antecedentes à lavagem de dinheiro.

Segundo o Embaixador RUBENS ANTONIO BARBOSA² (1995),

Tema de importância crescente na agenda internacional, o combate ao narcotráfico possui características próprias das chamadas questões globais, que afetam a comunidade das nações em seu conjunto. Tanto a produção e o consumo quanto o tráfico de entorpecentes, ainda que suscitem níveis diferenciados de responsabilidade, fazem parte de uma mesma problemática em que a ação isolada dos Estados deixa nos dias de hoje de ser instrumento de solução efetiva e passa a depender de esforços conjuntos no âmbito da comunidade internacional.

Por ser um problema que ameaça as nações de forma crescente, ocultando crimes antecedentes, inúmeros países e organizações internacionais envolveram-se nessa luta principalmente a partir da “Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas”, aprovada em Viena em 20 de dezembro de 1988, conhecida como “Convenção de Viena”. Vários países interessados que ainda não haviam tipificado o crime de lavagem de dinheiro comprometeram-se a fazê-lo, criando agências governamentais responsáveis pelo seu combate. Essas agências são conhecidas mundialmente como Unidades Financeiras de Inteligência – FIU (sigla em inglês de *Financial Intelligence Unit*).

4. Os esforços para coibir a lavagem de dinheiro

Atendendo ao princípio da legalidade dos delitos e das penas inserido na Constituição (art. 5º, XXXIX)³ e no Código Penal (art. 1º)⁴, o Brasil aprovou, em março de 1998, a Lei nº 9.613 – “Lei da Lavagem de Dinheiro”, que tipifica a lavagem de dinheiro e a ocultação de bens, direitos e valores oriundos de determinados crimes de especial gravidade. Essa política é continuidade ao compromisso assumido quando da ratificação, pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, da já aludida “Convenção de Viena”, ocorrida em 1988.

Quanto ao rol de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro, o narcotráfico (Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976), os crimes praticados por organização criminosa, independentemente do bem jurídico ofendido (Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995), o terrorismo (art. 20 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983) e o contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção (art. 334 do Código Penal e art. 12 da Lei nº 7.170, de 1983) compõem as categorias de infrações perseguidas pelos mais diversos países. Incluem-se ainda nessas considerações os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

A Lei nº 9.613, de 1998, foi posteriormente modificada pela Lei nº 10.467, de 2002, significando um eficiente instrumento na luta contra as modalidades mais audaciosas do crime organizado e de suas ilícitas conexões e sugerindo uma política de cooperação internacional a ser realizada entre os países interessados.

Para promover uma ação internacional coordenada, o G-7, formado pelos sete países mais ricos do mundo, criaram, em 1989, a *Financial Action Task Force* ou o Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro – GAFI/FATF – no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE –, para estabelecer polí-

ticas de controle de lavagem de dinheiro a serem utilizados pelos 29 Estados membros. Os procedimentos definidos pelo GAFI/FATF envolvem as mais diversas áreas de conhecimento, como finanças, justiça, relações internacionais, administração fazendária etc e foram compilados nas Quarenta Recomendações, que devem ser seguidas pelos países interessados no combate à lavagem de dinheiro.

Os principais capítulos das Quarenta Recomendações do GAFI/FATF tratam do papel dos sistemas jurídicos nacionais na luta contra a lavagem de dinheiro; do papel do sistema financeiro na prevenção e combate à lavagem de dinheiro; e do reforço da cooperação internacional.

As Quarenta Recomendações são sempre revisadas a fim de se atualizarem os procedimentos utilizados para coibir a lavagem de dinheiro e as potenciais ameaças futuras. O Brasil integra esse organismo como membro efetivo, tendo passado por avaliação que constatou o cumprimento integral das Quarenta Recomendações. O GAFI/FATF tem ainda a tarefa de estimular a adoção das Quarenta Recomendações aos países não-membros (ROMANTINI, 2003).

Também a OEA – Organização dos Estados Americanos, com o propósito de combater as diferentes formas de práticas criminosas, aprovou, em 1992, o “Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem de Dinheiro Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Crimes Conexos”, elaborado pela Comissão Interamericana para o Controle Abusivo de Drogas – CICAD. O citado Regulamento é o principal instrumento recomendatório para o continente americano, buscando a harmonização das legislações nacionais referentes ao combate à lavagem de dinheiro. O Regulamento Modelo trata da repressão e da prevenção do crime de lavagem e da criação de um órgão central para combatê-lo em cada país. O Brasil participa ativamente das reuniões plenárias da CICAD.

Num esforço conjunto contra o crime organizado transnacional – narcotráfico, terrorismo, tráfico de armas e imigração ilegal –, Brasil e Estados Unidos assinaram, em outubro de 1997, o Acordo de Assistência Mútua em Assuntos Penais, MLAT (sigla em inglês de *Mutual Legal Assistance Treaty*). Esse acordo visa facilitar a quebra de sigilo bancário a partir de operações em que haja clara evidência de crimes de narcotráfico e lavagem de dinheiro.

No Brasil, o órgão especializado para averiguar a prática de operações de lavagem, nos moldes de uma FIU (*Financial Intelligence Unit*), é o COAF, Conselho de Controle de Atividades Financeiras, que, criado pela citada Lei nº 9.613/98, visa a implementação de políticas nacionais voltadas ao combate à lavagem de dinheiro.

Com o intuito de promover a troca de informações entre as Unidades Financeiras de Inteligência – FIUs, Bélgica e Estados Unidos uniram-se para criar o Grupo de Egmont, um organismo internacional informal de que fazem parte atualmente 48 FIUs. Em 1999, o Brasil, por meio do COAF, passou a integrar o Grupo de Egmont, que compilou num relatório 100 casos provenientes de experiências colhidas pelas mais diversas FIUs relacionados à lavagem de dinheiro. O COAF, depois da devida tradução e adaptação das terminologias para o português, publicou o livro “Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro. Coletânea de casos do Grupo de Egmont”.

As FIUs de cada país recebem, analisam e transformam as informações sobre atividades suspeitas, e, tendo em vista o caráter transnacional do crime de lavagem de dinheiro, é importante o inter-relacionamento dessas Unidades Financeiras de Inteligência, que remetem as informações às autoridades competentes dos Estados para que procedam às medidas cabíveis.

Em sua maioria, as FIUs orientam-se de acordo com as recomendações contidas no *Global Plan Against Money Laundering* (GPML) ou Plano de Ação Contra Lavagem

de Dinheiro, uma das estratégias adotadas pela ONU, dez anos após a “Convenção de Viena”, para o problema das drogas:

1. Adoção de legislação e programas nacionais para conter a lavagem de dinheiro até o ano 2002;

2. Adesão às diretrizes referentes à lavagem de dinheiro e aos assuntos correlatos contidas na “Convenção de Viena”;

3. Maior cooperação internacional e judicial em casos envolvendo lavagem de dinheiro;

4. Inclusão da lavagem de dinheiro como crime em acordos de assistência legal mútua;

5. Estabelecimento de um regime efetivo de regulação financeira que impeça os criminosos e os recursos ilícitos de penetrarem no sistema financeiro;

6. Criação de procedimentos de identificação e verificação que apliquem o conceito *know your customer*⁵[conheça seu cliente];

7. Superação dos obstáculos que o sigilo bancário impõe, dificultando a investigação e a punição da lavagem de dinheiro;

8. Assistência contínua a instituições, organizações e entidades comprometidas com o controle da lavagem de dinheiro, principalmente por meio do oferecimento de programas de treinamento e cooperação técnica.

5. A atuação das instituições brasileiras contra a lavagem de dinheiro

5.1. Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF

Criado pela “Lei da Lavagem de Dinheiro” e subordinado ao Ministério da Fazenda, o COAF funciona como força-tarefa permanente e é composto por servidores cedidos pelo Banco Central do Brasil – BACEN, pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, pela Secretaria da Receita Federal – SRF, pela Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, pelo

Departamento de Polícia Federal – DPF e pelo Ministério das Relações Exteriores – MRE.

Para que sejam submetidas à averiguação, as operações suspeitas de lavagem de dinheiro devem ser comunicadas ao COAF pelos órgãos de supervisão e fiscalização, como o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a Secretaria de Previdência Complementar – SPC, e a Superintendência de Seguros Privados, ou pelos setores que, não possuindo órgão regulador, são disciplinados pelo COAF, como empresas de *factoring*, bingos, administradoras de cartões de crédito, loterias e sorteios, bolsas de valores e seus corretores.

Desde a sua criação até 2002, o COAF recebeu 19.856 comunicações de operações suspeitas, sendo 14.064 – aproximadamente 70% – provenientes do Banco Central do Brasil, o órgão regulador do Sistema Financeiro Nacional, o que demonstra a provável circulação pelos bancos oficiais de recursos obtidos em atividades ilegais. O COAF recebe também de outras fontes públicas ou particulares denúncias sobre a prática de ações suspeitas relacionadas à lavagem de dinheiro, assim como pedidos de informações dos órgãos envolvidos no combate a esse crime.

Após a análise das comunicações suspeitas e denúncias, o COAF deve enviar relatório às autoridades competentes – Ministério Público e Polícia Federal –, para que sejam tomados os procedimentos necessários à abertura de inquérito policial e à condenação dos culpados.

O COAF mantém ainda contato com as agências FIUs de outros países para troca de informações relacionadas a movimentações suspeitas de recursos entre bancos internacionais. Os indicadores que mais frequentemente foram observados pelas FIUs como indícios de lavagem de dinheiro e que merecem comunicação a FIUs de outros países para futura investigação são: grandes movimentações de dinheiro em espécie; transferência atípica ou não-justificável de recursos de e para jurisdições estrangeiras;

transação ou atividade comercial estranha; movimentações grandes e/ou rápidas de recursos; riqueza incompatível com o perfil do cliente; e atitude defensiva em relação a perguntas (COAF, 2001a).

5.2. Congresso Nacional e CPIs

Além de proceder às alterações e inovações na legislação “antilavagem”, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, com os poderes que lhes são reservados pela Constituição Federal para proceder a investigações⁶, vêm instaurando, nos últimos anos, comissões parlamentares de inquérito, em conjunto ou separadamente, com o intuito de coibir a lavagem de dinheiro e os crimes que a antecedem. Juntando-se aos demais órgãos do Estado que combinam seus esforços em prol dessa luta, as comissões parlamentares de inquérito – CPIs – e as comissões parlamentares mistas de inquérito – CPMIs –, com a força política de que dispõem, têm contribuído bastante para a dissolução de organizações criminosas, investigando os indícios de crimes de natureza econômica amplamente divulgados pela imprensa do País e propondo o aperfeiçoamento de leis que versam sobre a matéria.

Com a divulgação pelos meios de comunicação dos trabalhos da CPI dos Títulos Públicos ou “CPI dos Precatórios”, destinada a “apurar irregularidades relacionadas a autorização, emissão e negociação de títulos públicos, estaduais e municipais, nos exercícios de 1995 e 1996” (SENADO FEDERAL, 1997), as investigações voltaram-se para a região de Foz do Iguaçu, que apresentava operações suspeitas que poderiam indicar lavagem de dinheiro. O Banco Central, então, enviou ao Ministério Público Federal ofício em que comunicava àquele órgão regulador indícios de práticas de ilícitos penais na cidade de Foz do Iguaçu, com base no art. 22 da Lei nº 7.492/86 – “Lei do Colarinho Branco” –, que prevê pena a quem “efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País”.

Como consequência, a Polícia Federal instaurou aproximadamente 205 inquéritos em Foz do Iguaçu, que ainda não foram concluídos, tendo em vista a extensa documentação bancária a eles concernente, embora já tenham sido solicitados pedidos de prisão provisória de envolvidos.

Segundo relatório do Tribunal de Contas da União (TCU, 2001), a pouca disponibilidade de recursos reservados às instituições responsáveis pelas investigações relativas aos chamados crimes econômicos tem dificultado bastante a sua resolução. PINHEIRO JÚNIOR (2003) define criminalidade econômica como “a potencialidade para lesar a estrutura econômica do país em geral”.

A “CPI dos Precatórios” teve relevantes resultados, como o incentivo à aprovação da Lei nº 9.613, de 1998, e a formação de forças-tarefas integradas por servidores da Secretaria da Receita Federal, do Banco Central do Brasil e do Departamento de Polícia Federal para investigação conjunta de casos concretos.

Outra CPI que trouxe muitas informações referentes a procedimentos suspeitos relacionados à lavagem de dinheiro foi a “CPI do Narcotráfico”, cujo relatório, entregue em dezembro de 2000, apontou que o Brasil vem-se tornando bastante atrativo para organizações criminosas, que fazem circular no sistema financeiro nacional grandes quantias oriundas de suas atividades ilícitas. Sugere ainda o aludido relatório a convivência da instituição bancária brasileira, que, visando a crescentes lucros, acaba permitindo operações com recursos de origem duvidosa.

Ainda com o intuito de investigar envolvidos em crimes que possam anteceder a lavagem de dinheiro, instalou-se no Congresso Nacional, em 2000, a “CPMI do Roubo de Cargas”, para “apurar o elevado crescimento de roubo de cargas (...) e de proceder investigações no que concerne à lavagem de dinheiro (...) por pessoas envolvidas com as quadrilhas (...)”. O relatório final dessa CPMI concluiu que inúmeros são “os desdobramentos e as consequências nefas-

tas advindas do roubo de cargas” e sua estreita ligação com o crime organizado, que se mantém com a lavagem do dinheiro resultado de suas atividades ilegais. Com a conclusão dos trabalhos da “CPMI do Roubo de Cargas”, foram propostas várias ações no sentido de prevenir, fiscalizar e reprimir o furto e roubo de veículos e cargas, significando mais uma forma de coibir a ação de criminosos que se utilizam da lavagem de dinheiro.

A partir da comunicação pelo Banco Central ao Tribunal de Contas da União sobre a existência de indícios de remessas irregulares de divisas ao exterior por meio das contas CC5¹, da investigação realizada pela Polícia Federal, denominada Operação Macuco, e da divulgação pela imprensa dos valores e do nome dos prováveis envolvidos, houve a instalação, em junho de 2003, da “CPMI do Banestado”, que vem apurando as responsabilidades sobre a evasão de US\$30 bilhões, efetuada entre 1996 e 2002 por meio das chamadas contas CC5.

A evasão de vultosos montantes, por si só, já pressupõe movimentação suspeita e precisa ser investigada, tendo em vista que a primeira etapa do processo de lavagem de dinheiro, a colocação, consiste na introdução em outros países de recursos oriundos de crimes antecedentes. Com o objetivo de coibir a evasão de divisas, a “CPMI do Banestado” deve apresentar seu relatório final em junho de 2004, apontando aqueles que se utilizaram das contas CC5 para fazê-lo e propondo alterações na legislação para melhor fiscalizar a saída de dinheiro do País.

Com a superexposição na mídia brasileira das atividades da “CPMI do Banestado” relacionadas às investigações sobre o envio de dólares por meio das contas CC5, houve uma queda expressiva nas operações cambiais vinculadas à sua movimentação no ano de 2003.

5.3. Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros – DECIF

Como órgão regulador das instituições bancárias, o Banco Central deve ser comu-

nicado pelos bancos sobre qualquer movimentação suspeita em que haja indício de lavagem de dinheiro, de acordo com a Lei nº 9.613/98. Esse Departamento foi criado, no âmbito desse Banco, justamente com a finalidade de centralizar as notificações recebidas pelos bancos, que devem informar ao Decif qualquer solicitação de envio ao exterior de valor superior a R\$10.000 (dez mil Reais), um critério objetivo que demanda uma investigação posterior para análise da compatibilidade financeira da pessoa que deseja fazer a operação e de outros dados, como a origem do dinheiro e o recolhimento dos impostos devidos.

Após apuração, se ainda considerar suspeitas a movimentação e as pessoas que a solicitaram, o Decif deve enviar relatório ao COAF, que dará prosseguimento às demais investigações necessárias.

5.4. Conselho da Justiça Federal – CJF

Recente pesquisa realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal apontou para um insignificante número de processos relacionados ao crime de lavagem de dinheiro em trâmite no Poder Judiciário, embora seja um delito que ocupa as páginas dos principais jornais do País há algum tempo. Após entrevistas com Delegados Federais, Procuradores da República e Juizes Federais em que se colheram informações a respeito do combate à lavagem de dinheiro que vem sendo realizado no Brasil e da aplicabilidade da Lei nº 9.613, de 1998, o Conselho da Justiça Federal, vinculado ao Superior Tribunal de Justiça, criou, em setembro de 2002, a Comissão de Estudos sobre Crime de “Lavagem” de Dinheiro.

Tendo já iniciado as suas atividades, essa Comissão tem feito várias sugestões para aprimorar a aplicação da lei e para combater o crescimento do crime de lavagem de dinheiro, ressaltando a importância de uma união de esforços em todos os âmbitos do Governo Federal para enfrentamento dessa modalidade criminosa.

Para um controle mais eficiente dos processos que envolvem as práticas delituosas relacionadas a essa modalidade criminosa, a Justiça Federal vem instalando, nas capitais, varas especializadas em crimes contra o sistema financeiro e de lavagem de dinheiro, atitude elogiada pelo já citado Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro – GAFI.

5.5. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI

Criado em junho de 2003, no âmbito da Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça, o DRCI é o primeiro órgão cuja função fim é recuperar principalmente no exterior recursos provenientes de atividades criminosas. É também responsável, além de coordenar as negociações de cooperação judiciária com outros países, por articular as ações dos órgãos brasileiros de combate à lavagem de dinheiro e à evasão de divisas.

Instalado recentemente, o Departamento de Recuperação de Ativos vem trabalhando intensamente contra a lavagem de dinheiro, auxiliando as investigações da Polícia Federal e as ações do Ministério Público, da Advocacia-Geral da União e do COAF.

6. Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro – Encla

Com vistas a adotar uma atuação coordenada para prevenção e combate à lavagem de capitais, autoridades dos Poderes Executivo e Judiciário, bem como do Ministério Público Federal reuniram-se, em dezembro de 2003, em Pirenópolis (GO) a fim de estabelecer objetivos para a Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro – Encla. Criou-se, nesse encontro, o Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro – GGI-LD, composto por servidores pertencentes a vinte e dois órgãos federais. O objetivo desse Gabinete, que não terá estrutura formal nem criará cargos, será produzir um constante e

estreito contato entre os representantes desses órgãos no que se refere a ações integradas contra a lavagem de dinheiro.

Entre as propostas apresentadas para a Encla, estão as relacionadas a mudanças nas normas para a circulação de informações bancárias e fiscais, a fim de que o País possa ter mais instrumentos para combater o crime organizado. Como a morosidade e a dificuldade de acesso às movimentações bancárias de pessoas e empresas facilitam a dissimulação dos indícios de crime de lavagem de dinheiro, representantes dos órgãos presentes no citado encontro propõem a flexibilização do direito ao sigilo bancário e o bloqueio pelo Banco Central de operações suspeitas de crime de lavagem de dinheiro.

Juntamente com o Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro – GGI-LD, que tem a responsabilidade de coordenar as ações estratégicas dos órgãos a ele vinculados, no âmbito de suas competências; com o COAF, que mantém a sua característica de agência de inteligência definida pelos moldes internacionais; e com as forças-tarefas específicas a serem criadas para operar em casos concretos, forma-se o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro.

Como produto da Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro, Encla, foram elaboradas 32 metas a serem cumpridas no ano de 2004 pelos órgãos que formam o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro. As metas referem-se à apresentação de projetos de mudanças na legislação brasileira, à elaboração de sistemas de informação e banco de dados para auxílio dos agentes públicos que atuam no combate à lavagem de dinheiro envolvidos, à criação de cursos de capacitação e treinamento relacionados ao tema e à ampliação da coordenação internacional.

7. Conclusões

Os mecanismos e recursos criados pelos avanços da tecnologia em telecomunicações

e informática para a movimentação nacional e internacional de capitais têm facilitado cada vez mais a retirada rápida, o investimento de curto prazo e o anonimato de contas bancárias, tornando intenso o fluxo de dinheiro entre países. Os criminosos, por sua vez, procuram sempre atualizar e diversificar seus procedimentos a fim de manter a clandestinidade de suas ações, fazendo circular, como consequência, a cifra estimada de US\$500 bilhões de dinheiro ilícito no sistema financeiro internacional, segundo dados do Fundo Monetário Internacional, divulgados pelo COAF.

Percebendo o caráter transnacional da lavagem de capitais ilícitos e do crime organizado, os países vêm-se unindo cada vez mais por intermédio de órgãos e agências internacionais integradas e de sistemas de cooperação judiciária, numa tentativa de dificultar a ação das organizações criminosas, que fazem uso de múltiplas e modernas rotas para minimizar o impacto de uma eventual ação do Estado.

A luta contra o narcotráfico tem significado combate também à lavagem de dinheiro, pois o crescimento e a manutenção do tráfico de drogas precisam da circulação dos lucros ilícitos nos sistemas financeiros, o que urge um trabalho conjunto também de instituições internas dos países, a fim de coibir e dificultar o enriquecimento dos criminosos.

Desde a “Convenção de Viena”, em 1988, quando vários países firmaram acordo para o estabelecimento de ações que visassem coibir a lavagem de dinheiro e os crimes correlatos, o Brasil, por intermédio de órgãos ligados aos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, ao Ministério Público Federal e ao Banco Central, tem-se dedicado bastante a essa luta, formando grupos de trabalho multidisciplinares e forças-tarefas em níveis estadual e federal para coibir o crime organizado e, conseqüentemente, a circulação de capital ilícito e procurando investir no treinamento de servidores e na estrutura necessária para obtenção de dados referentes a movimentações financeiras suspeitas.

Como não resta dúvida de que os órgãos envolvidos na apuração dos crimes de lavagem de dinheiro devem trabalhar em equipe, proporcionando maior intercâmbio de informações, rapidez nas investigações e padronização nas medidas a serem utilizadas para a prevenção dessa complexa atividade ilícita, formou-se no País o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro, que apresentou importantes metas no final de 2003 a serem cumpridas em 2004, para melhor atuação dos agentes públicos na luta contra a lavagem de capitais ilícitos.

Os constantes esforços de vários países realizados desde a década de 80, para combater os prejuízos sociais e econômicos que a lavagem de dinheiro e os crimes que a antecedem têm causado à sociedade, trazendo mudanças a leis e acordos de cooperação internacionais, demonstram o reconhecimento acerca da obtenção de resultados positivos apenas e tão-somente com a existência de integração e colaboração entre as nações.

8. Notas

¹ Art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86: "Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente".

² Rubens Antonio Barbosa, diplomata, é o embaixador do Brasil em Washington. Foi coordenador nacional do Mercosul (1991-93) e embaixador no Reino Unido.

³ Art. 5º, XXXIX, da CF: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

⁴ Art. 1º do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

⁵ Política desenvolvida em 2001 pelo Comitê de Supervisão da Basiléia que trata dos critérios mínimos a serem adotados pelos bancos para aceitação de clientes.

⁶ Art 58, § 3º, e art. 71, VI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁷ CC5 são as contas-correntes mantidas em bancos no Brasil autorizados a operar em câmbio. Foram criadas a partir da Carta Circular nº 5, de 27/02/1969, do Banco Central do Brasil, para servir titulares não-residentes. As contas CC5 eram largamente utilizadas por pessoas físicas e jurídicas para converter ativos em moeda estrangeira e enviá-los ao exterior, com pouca burocracia, para fugir do risco das desvalorizações do câmbio.

9. Referências

BARBOSA, Rubens Antonio (1995). "Lavagem de Dinheiro das Drogas: Ação Interna e Externa". Disponível em <<http://www.femperj.org.br/artigos/penpro/app45.htm>>. Visitado em 10.01.2004.

BARROS, Marco Antonio de (1998). "Lavagem de Dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas: análise sistemática da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998". São Paulo: Oliveira Mendes.

CONGRESSO NACIONAL (2003). "Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito 'Roubo de Cargas'". Brasília: Senado Federal.

COAF (1999). "Lavagem de dinheiro: um problema mundial". Brasília: UNDCP.

COAF (2001a). "Prevenção e combate à lavagem de dinheiro. Coletânea de casos do Grupo Egmont". Brasília: Banco do Brasil.

COAF (2001b). "Lavagem de dinheiro: legislação brasileira". Brasília: Banco Rural.

COAF (2002). "Relatório de Atividades 2002". Brasília: Ministério da Fazenda.

CJF (2003). "Comissão de Estudos sobre crime de 'lavagem' de dinheiro. Relatório". Brasília: CJF.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (2003). "Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro, Encla 2004". Disponível em <http://www.mj.gov.br/snj/rec_ativos/ENCLA%202004.pdf>. Visitado em 03.02.2004.

PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José (2003). "Crimes Econômicos : as Limitações do Direito Penal". Campinas: Edicamp.

ROMANTINI, Gerson Luís (2003). "O Desenvolvimento Institucional do Combate à Lavagem de Dinheiro no Brasil desde a Lei 9.613/98". Campinas.

SENADO FEDERAL (1997). "Relatório Final da CPI dos Títulos Públicos". Disponível em <<http://www.senado.gov.br/web/cpif/cpi.htm>>. Visitado em 15.01.2004.

SILVA, Cesar Antonio (2001). "Lavagem de dinheiro, uma nova perspectiva penal". Porto Alegre: Livraria do Advogado.

TCU (2001). "Revista do Tribunal de Contas da União". Brasília: TCU

Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima

Márcia Fortuna Biato

Sumário

1. Introdução; 2. As Questões Ambientais e o Direito Internacional Público; 3. Tratados Anteriores à Convenção do Clima; 4. Convenção-Quadro da ONU sobre Mudança do Clima; 5. Aplicação do Tratado; 6. Conclusões e Recomendações; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Em um mundo cada vez mais preocupado com a proteção do meio ambiente e com a própria sobrevivência do homem no planeta, a Convenção-Quadro da ONU sobre Mudança do Clima, firmada em 1992 com o propósito de conter o aquecimento global e as mudanças climáticas que dele podem advir, é hoje um dos acordos com maior visibilidade no cenário internacional.

Embora a questão do aquecimento global seja muito complexa e ainda não esteja suficientemente conhecida pelo homem, a maioria dos cientistas acredita que crescentes concentrações na atmosfera dos gases causadores do chamado “efeito estufa”¹ – a elevação da temperatura média do planeta – podem levar a mudanças dramáticas e irreversíveis no clima do mundo. A Convenção da ONU surgiu exatamente para dar suporte aos esforços conjuntos de todos os países e estabelecer um compromisso internacional de redução das emissões desses gases.

Deseja-se com este artigo mostrar a importância da Convenção-Quadro sobre

Márcia Fortuna Biato é Consultora Legislativa do Senado Federal.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. JORGE LUIZ FONTOURA NOGUEIRA.

Mudança do Clima, que constitui um marco importante tanto no trato das questões ambientais globais quanto na evolução do próprio direito internacional público. Este tratado é fruto de um longo processo de transformação na maneira como o mundo encara os problemas ambientais e representa a primeira iniciativa conjunta de tentar conter as rápidas alterações que o clima global poderá vir a sofrer como resultado da ação do homem. Do ponto de vista do direito internacional, incorpora conceitos e princípios que vêm se cristalizando ao longo do tempo, bem como mecanismos inovadores.

Para os países em desenvolvimento, em particular, a Convenção pode representar também uma forma de atrair recursos para custear o desenvolvimento. No caso do Brasil, recursos externos poderão viabilizar projetos de preservação ambiental e desenvolvimento sustentável. O fato de o País não estar respondendo mais rapidamente às oportunidades oferecidas por um mercado avaliado em mais de US\$ 10 bilhões é algo que merece ser analisado.

2. As Questões Ambientais e o Direito Internacional Público

Não é recente a preocupação do homem com o meio ambiente. Platão, na Grécia antiga, por exemplo, reconhecia a importância das florestas na preservação da água e do solo, e, em Roma, Cícero já criticava os que abatiam as florestas. Em 1306, a poluição do ar levou o Rei Eduardo I a proibir o uso, em Londres, de carvão em fornalhas abertas. No Brasil, ainda no início do período colonial, Duarte Coelho combateu os aventureiros que pretendiam fazer fortuna derrubando árvores e matando animais para vender suas peles. O Regimento do Pau-Brasil, de 1605, exigiu expressa autorização real para o corte do pau-brasil e, em 1799, o primeiro Regimento de Cortes de Madeiras estabeleceu rigorosas regras para a derrubada de árvores. E, na primeira Conferência Brasileira sobre Proteção da Natu-

reza, realizada em 1934, já havia a consciência da possibilidade de extinção de muitas espécies e ecossistemas.

Mas foi a partir da II Grande Guerra [1939-45] que surgiu uma preocupação maior com a poluição atmosférica em si. A chuva ácida contaminou rios e lagos escandinavos e obrigou a comunidade internacional a tomar conhecimento desta nova ameaça ao meio ambiente. O *fog* londrino, a poluição do rio Ruhr, o *smog* de Los Angeles, entre outros, contribuíram para intensificar essa consciência da vulnerabilidade ambiental. No final da década de 1960, diversos livros de autores norte-americanos pintaram um futuro negro para o planeta Terra, e, em 1972, o Clube de Roma apresentou um modelo gerado por computador que previa a exaustão de recursos naturais e crescente poluição, chegando-se a um ponto em que a Terra não mais seria capaz de sustentar a população existente. Essas previsões pessimistas pareciam estar sendo corroboradas por desastres como a contaminação da Baía de Minamata e a fome em Biafra.

Tais acontecimentos provocaram, nos países desenvolvidos, forte ansiedade em relação ao futuro do planeta e, como resultado, a ONU foi levada a convocar uma Conferência para debater as ameaças ao meio ambiente. A Conferência de Estocolmo, realizada em 1972, foi um marco importante, pois, antes dela, os problemas ambientais internacionais haviam sido tratados de forma esporádica e *ad hoc*, e a ênfase se concentrara na proteção de determinadas espécies animais e vegetais. A partir dessa Conferência, surgiu uma consciência mais ecológica, que passou a se preocupar com o conjunto dos problemas ambientais.

Inúmeros desastres ambientais ocorridos na década de 1980 vieram reforçar a necessidade de medidas urgentes para evitar a recorrência de males irreparáveis. No hemisfério norte, os verões com temperaturas bem acima do normal levaram a opinião pública a exigir das autoridades a adoção de medidas mais concretas, fazendo eco aos

sinais de alarme emitidos por cientistas e climatologistas.

Para permitir a adoção de medidas mais efetivas em escala global, o próprio direito internacional precisou aventurar-se por novos caminhos. Intensificaram-se as transformações que já vinham ocorrendo desde o início do século XX: a comunidade internacional passou a abrir-se cada vez mais para novos direitos e princípios, e os tratados precisaram contemplar novos atores e assumir novos formatos.

Na visão clássica da ordem jurídica positiva, predominava o conceito de um sistema fechado, marcado pela coerência formal e pela lógica interna. Hoje, contudo, prevalece o sistema normativo sob forma de rede, que se destaca pela multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de suas fontes e, principalmente, pela provisoriidade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais (FARIA, JOSÉ EDUARDO, 1996. p. 8). Este novo Direito conta com múltiplas cadeias normativas e microssistemas legais, capazes de capturar pragmaticamente a crescente complexidade da realidade socioeconômica. Um dos reflexos desse desenvolvimento é a ampliação do campo de atuação do Direito. A título de exemplo, vale mencionar que mais de metade dos tópicos abordados na Conferência do Rio, em 1992, não haviam constado da agenda da Conferência sobre Meio Ambiente realizada em Estocolmo em 1972.

Por outro lado, até o final da I Guerra Mundial, a visão clássica que se tinha do Direito Internacional era a de um conjunto de normas direcionadas, quase que exclusivamente, às necessidades de manutenção de um *status quo*, de fonte voluntária, com forte base contratual, originada da vontade de Estados soberanos, que deste modo se autolimitavam. A partir do Tratado de Versalhes, de 1919, o mundo passou a reconhecer que, “para a consecução de qualquer objetivo, em nível internacional, inclusive a sobrevivência, não haveria outra possibilidade senão conceber o Direito Internacio-

nal como um corpo de regras para o aperfeiçoamento desejável em suas relações recíprocas, pela via da cooperação” (SOARES, 2002 volume 1, p. 31).

Esta necessidade de cooperação, entre outros fatores, deu origem à diplomacia multilateral institucionalizada, caracterizada por um número cada vez maior de tratados multilaterais.

Outra novidade foi a crescente participação de organizações internacionais e não-governamentais. Embora o sujeito, por excelência, do direito internacional continue sendo o Estado, as organizações internacionais e intergovernamentais vêm desempenhando um papel cada vez mais ativo na formulação e no desenvolvimento desse direito, sobressaindo a atuação das Nações Unidas. E, a partir sobretudo da Conferência do Rio, de 1992, as organizações não-governamentais também passaram a ser convidadas a participar.

O reconhecimento da fragilidade do meio ambiente levou à crescente conscientização de que os seres humanos têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza. Surge, a partir daí, o conceito de desenvolvimento sustentável, definido como a forma de desenvolvimento que satisfaz as necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de alcançar a satisfação de seus próprios interesses.² Outra prerrogativa consagrada na Declaração de Estocolmo, de 1972, é a de que Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos, de acordo com sua política ambiental, desde que suas ações, levadas a efeito dentro de sua jurisdição ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de zonas situadas fora da jurisdição nacional.

Para que esses novos conceitos pudessem ser aplicados em escala mundial, foi necessário levar o Direito Internacional a acatar novos princípios. Um dos primeiros a ser mais amplamente aceito foi o de que os Estados têm uma responsabilidade ambiental. O Estado poluidor é responsável pelos

prejuízos que causa aos demais e, por essa razão, cada Estado deve desenvolver uma legislação nacional relativa a esta responsabilidade, prevendo inclusive a indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais.

Um segundo princípio que vem norteando o direito é o da solidariedade entre gerações. Os Estados se obrigam a abandonar políticas de desenvolvimento não sustentável, em respeito aos valores ambientais, tanto das gerações presentes quanto das futuras.

Outro princípio que tem sido cada vez mais importante no contexto ambiental é o da precaução, ou cautela. No Direito Internacional tradicional, uma atividade não era proibida ou restringida, a menos que houvesse umnexo causal direto entre o exercício dessa atividade e os prejuízos a ela imputados. No caso de muitos problemas ambientais, a comunidade internacional vem aceitando o princípio da precaução, segundo o qual atividades que constituem graves ameaças à humanidade podem ser restringidas, antes mesmo que se chegue a uma certeza científica sobre seus efeitos.

Por fim, há o princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas, dos Estados. A idéia é distribuir o mais equitativamente possível os sacrifícios necessários à proteção dos recursos globais, segundo as respectivas capacidades e condições sociais e econômicas.

Além de incorporar esses novos direitos e princípios, o Direito Internacional viu-se na contingência de adotar novos formatos de tratados, mais condizentes com a complexidade e as incertezas inerentes aos temas tratados e com a dificuldade de obter-se um consenso global. A grande inovação foi o surgimento da sistemática da Convenção-Quadro, novo tipo de tratado multilateral, dotado de grande flexibilidade.

Na descrição feita por Guido Silva Soares de um tratado-quadro,

Os Estados-partes traçam grandes molduras normativas, de direitos e

deveres entre eles, de natureza vaga e que, por sua natureza, pedem uma regulamentação mais pormenorizada. Para tanto, instituem, ao mesmo tempo, reuniões periódicas e regulares, de um órgão composto de representantes dos Estados-partes, a Conferência das Partes, COP, com poderes delegados de complementar e expedir normas de especificação, órgão esse auxiliado por outros órgãos subsidiários, técnicos e científicos, previstos no tratado-quadro, compostos de representantes de cientistas e técnicos de todos ou de alguns dos Estados-partes. O conjunto normativo que se forma, dos dispositivos do tratado-quadro e das decisões das Conferências das Partes, as COPs, deve formar um sistema harmônico, entre os mesmos Estados-partes submetidos a todas elas (SOARES, 2002 volume 1, p. 63).

É a consolidação do chamado *soft law*, em que se exorta as partes contratantes a agir desta ou daquela maneira, mas sem adotar normas capazes de obrigá-las a tanto (SILVA, 2002. p. 31).

3. *Tratados Anteriores à Convenção do Clima*

Nas últimas décadas, a comunidade internacional adotou inúmeros tratados de enorme importância na área ambiental. É possível citar, a título de exemplo, a Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e da Fauna Selvagens em Perigo de Extinção, de 1973, a Convenção sobre o Direito do Mar, de 1982, a Convenção de Basiléia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e Seu Depósito, de 1989, e a Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1992. Nesta seção, contudo, serão examinados apenas aqueles tratados que se relacionam mais diretamente com o tema da mudança do clima.

3.1. Conferência de Estocolmo - 1972

O primeiro tratado global na área do meio ambiente foi firmado por ocasião da Conferência de Estocolmo, convocada pela ONU em virtude da preocupação crescente, sobretudo nos países desenvolvidos, com a degradação ambiental do planeta.

No início, a idéia de realizar uma Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente não teve repercussão positiva entre os países em desenvolvimento. No caso de alguns, a reação chegou a ser antagônica, como ocorreu com o Brasil. Uma das razões era que a Década do Desenvolvimento da ONU chegava ao fim com poucos resultados, e a Conferência de Estocolmo era encarada por aquele grupo de países como tática diversionista, tendente a relegar os programas de desenvolvimento a um segundo plano. Mais importante ainda, as questões ambientais tinham relevância secundária para os países em desenvolvimento, pois supunham eles que os grandes desafios se concentravam na pobreza e suas seqüelas (SILVA, 2002. p. 27).

Nas reuniões preparatórias, o representante brasileiro chegou a criticar “a filosofia inaceitável que busca um equilíbrio ambiental global, na qual certas áreas ou regiões devem ser consideradas intactas, capazes de compensar os fatores de poluição criados em abundância nos países desenvolvidos” (SILVA, 2002. p. 27).

A Assembléia Geral da ONU aceitou essa crítica e recomendou à Comissão Preparatória incluir nas suas sessões a discussão de itens específicos relativos a aspectos econômicos e sociais de interesse dos países em desenvolvimento. O objetivo era permitir a estes países harmonizar seus planos nacionais de desenvolvimento com uma política ambiental mais consciente.

Uma das principais virtudes da Declaração de Estocolmo reside em haver reconhecido que os problemas ambientais dos países em desenvolvimento eram e continuarão sendo distintos dos problemas dos países industrializados:

Entre os países desenvolvidos, grande parte dos problemas ambientais decorria da intensificação do uso dos recursos naturais por tecnologias sofisticadas, alto consumo energético e um padrão de consumo de bens industrializados que gera desperdício e resíduos. Em contrapartida, nos países em desenvolvimento, problemas demográficos, pobreza e exaustão das terras estariam levando a uma degradação ambiental igualmente grave (NEDER, 2002. p. 32).

Apesar de não ter adotado normas mais rígidas, a Conferência exerceu influência decisiva. A biosfera foi identificada como algo a ser preservado e inserida na agenda da política nacional e internacional. Criou-se o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), o primeiro programa internacional com um mandato exclusivamente ambiental. A Declaração final contém 26 princípios que tratam dos direitos e das obrigações de indivíduos e governos no tocante à preservação do meio ambiente. Muitos foram incorporados a tratados internacionais posteriores. Os mais significativos são:

- Direito a um meio ambiente de qualidade (Princípio 1).
- Responsabilidade em relação às gerações futuras (Princípios 1, 2 e 5).
- Direito de um país de explorar seus recursos de acordo com suas políticas ambientais e obrigação de não provocar prejuízos transfronteiriços (Princípio 21).
- Obrigação dos estados de cooperar para desenvolver uma legislação internacional que trate de responsabilidade e indenização por prejuízos extraterritoriais. (Princípio 22).

3.2. Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio - 1985

Outro tratado de grande importância foi a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, assinada em 1985. Seu propósito é o de proibir o uso dos cloroflu-

orcarbonetos, conhecidos como CFCs, que destroem o ozônio na atmosfera³.

Em 1974, foi dado o primeiro sinal de alarme em relação aos malefícios dos CFCs, até então tidos como gases quase perfeitos, sem cheiro, sem sabor e de longa duração. Estudos realizados em laboratórios mostraram que os CFCs atacavam e destruíam a camada de ozônio. Em 1978, o Governo dos Estados Unidos passou a proibir o uso dos CFCs em aerossóis, sendo o seu exemplo logo seguido pelo Canadá e pelos países escandinavos.

Por iniciativa do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, doravante referido como PNUMA, foi criado, em 1982, um grupo de peritos em questões legais e técnicas, com a incumbência de preparar um esboço de Convenção para a Proteção da Camada de Ozônio. O grupo tinha a responsabilidade de submeter à comunidade internacional um projeto pautado em suposições, visto que não havia ainda qualquer prova concreta de dano à camada de ozônio, provocado pelos CFCs. Diante de tantas incertezas, adotou-se o modelo de uma convenção com princípios genéricos, que permitiria, ao longo do tempo, a negociação de metas quantitativas mais específicas. Dependendo dos avanços no conhecimento científico, novos protocolos poderiam ser aprovados, com novas medidas de proteção à ozonosfera. O projeto foi discutido e aprovado em março de 1985, na Conferência realizada em Viena. As ratificações necessárias para a sua entrada em vigor foram rapidamente obtidas, inclusive do Brasil.

Antes mesmo de serem ultimados os trabalhos de elaboração do esboço da Convenção, o grupo de peritos começou a estudar um projeto de protocolo, que fora submetido pelos países escandinavos, mediante o qual se propunha a adoção de regras peremptórias para limitar a fabricação e utilização de CFCs. Houve forte oposição dos países europeus, responsáveis pela fabricação e uso de aproximadamente 85% dos CFCs. Depois de longos e infrutíferos deba-

tes, ficou decidido que uma série de trabalhos preparatórios seriam encetados nos dois anos seguintes, em busca de uma solução.

A revelação feita, em maio de 1985, por cientistas ingleses, de que ocorreria perda de 40% na camada de ozônio acima da Antártida, criou forte impacto na opinião pública. Depois de um verão quentíssimo na Europa, de queimadas na Amazônia e dos informes de cientistas sobre os perigos do efeito estufa, a opinião pública europeia passou a pressionar em favor da proibição dos CFCs. Em setembro de 1987, quando da assinatura do Protocolo de Montreal sobre substâncias que destroem a camada de ozônio, as delegações dos países da União Europeia passaram a advogar soluções bem mais severas que as defendidas pelos Estados Unidos, que, desse modo, deixaram de ser o país mais empenhado na adoção de medidas de controle de produção e utilização de CFCs. Com base nos dados relativos ao consumo em 1986, as partes contratantes se comprometeram a diminuir a produção e o consumo desses gases em 50%, até 1998-9⁴.

3.3. Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – 1992

Constatando que o progresso em matéria ambiental fora insignificante nos vinte anos que se seguiram à Conferência de Estocolmo, a Assembléia Geral da ONU decidiu pela convocação de uma nova conferência, desta vez no Rio de Janeiro, a ECO-92. Estiveram presentes 178 delegações, inclusive chefes de estado ou de governo, de 115 países. Além de dar grande visibilidade a uma série de questões ambientais, produziu a Declaração do Rio, a Agenda 21 e ainda viu a assinatura das Convenções-Quadro sobre Mudança do Clima e sobre Biodiversidade.

A Agenda 21, que contém o pensamento da Conferência sobre poluição atmosférica, reitera o direito à vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza. E consa-

gra a tese de que o direito ao desenvolvimento abarca tanto as necessidades de desenvolvimento quanto as exigências ambientais de gerações presentes e futuras. Daí a importância de se promover o desenvolvimento sustentável. Os países em desenvolvimento conseguiram fazer valer sua posição de que as necessidades de desenvolvimento de um país não deveriam estar subordinadas de forma absoluta a considerações ambientais. A idéia de direito soberano era importante para contrapor-se à posição de alguns países desenvolvidos que argumentavam que, em se tratando de questões de meio ambiente, o conceito de soberania deveria ser revisto. Quis-se criar uma entidade supranacional, bem como sanções, inclusive econômicas, contra países que apresentassem má conduta em matéria de proteção ambiental.

A poluição atmosférica foi indiscutivelmente a questão mais controvertida da Conferência do Rio sobre Meio Ambiente, quer do ponto de vista ecológico, quer do ponto de vista político. A obstinada oposição dos EUA à Convenção sobre Mudança do Clima foi para o grande público o aspecto político mais importante, mas não o único. Arábia Saudita e Kuwait também buscaram impedir o andamento das negociações. Por outro lado, a defesa do projeto revestia-se de suma importância para alguns pequenos países em desenvolvimento, para os quais a estabilização dos níveis de emissões de gases de efeito estufa era questão de vida ou morte. Pequenos países do Pacífico e do Caribe, geralmente pequenas ilhas, poderiam desaparecer na hipótese de o aquecimento global provocar o degelo das calotas polares e elevar o nível do mar.

4. Convenção-Quadro da ONU sobre Mudança do Clima

4.1. Considerações Gerais

Na década de 1980, as mudanças climáticas se haviam transformado em tema político controvertido. Reconhecendo a neces-

sidade das autoridades de obterem informações científicas atualizadas e confiáveis sobre a questão, a Organização Meteorológica Mundial e o PNUMA criaram, em 1988, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC, em inglês).

Em 1990, o Painel emitiu seu primeiro relatório de avaliação, confirmando que a ação do homem poderia estar causando o agravamento do efeito estufa e recomendando um tratado global para lidar com a questão. Em dezembro do mesmo ano, a Assembleia Geral da ONU fez a abertura formal das negociações, que foram conduzidas por uma Comissão Negociadora Intergovernamental (INC, em inglês).

Em 9 de maio de 1992, a INC adotou, por consenso, a Convenção-Quadro da ONU sobre Mudança do Clima, que foi aberta à assinatura, em 4 de junho de 1992, durante a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Eco-92), no Rio de Janeiro. A Convenção entrou em vigor no dia 21 de março de 1994, noventa dias após a data de depósito do quinquagésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão. Hoje, 186 países (incluindo os da Comunidade Européia) já são partes na Convenção, o que representa uma participação quase universal.

O objetivo primordial do tratado é o de estabilizar as concentrações atmosféricas dos gases de efeito estufa em níveis que evitem uma interferência humana “perigosa” para o clima mundial.

Como no início da década de 1990 não havia ainda tanta convicção ou consenso sobre como proceder em relação às mudanças climáticas, optou-se por seguir procedimento semelhante ao aplicado pela Convenção para a Proteção da Camada de Ozônio. Adotou-se uma Convenção geral que estabelece princípios e instituições, e permite o início de um processo de negociação. Depois, à medida que os conhecimentos científicos fossem aprofundados, as Partes adotariam protocolos e ajustes para aperfeiçoar os procedimentos.

A Convenção-Quadro requer a redução nas emissões dos gases de efeito estufa, dos quais o dióxido de carbono (CO₂), o metano (CH₄) e o óxido nitroso (N₂O) são os principais⁵. Os gases de efeito estufa, embora correspondam a menos de 0,001% da atmosfera – que é constituída sobretudo de oxigênio (21%) e nitrogênio (78%) –, são fundamentais para preservar o calor no planeta. No entanto, se as emissões continuarem aumentando nas taxas atuais, os cientistas antecipam um aquecimento da ordem de 1,5 a 4,5 graus centígrados nos próximos 100 anos e, conseqüentemente, mudanças significativas nos ciclos de chuva e vento, e no nível do mar.

A Convenção não quantificou de modo rigoroso os níveis de emissões a serem alcançados, porque o conhecimento científico da época não permitia tal precisão, mas recomendou que esses níveis, sejam quais fossem, deveriam ser alcançados em um período de tempo que permitisse aos ecossistemas se adaptarem naturalmente às mudanças climáticas, de modo a não haver ameaça à produção de alimentos e ao desenvolvimento econômico sustentável.

O propósito da Convenção foi o de servir como ponto de partida para as ações voltadas para a redução das emissões. Seu arcabouço flexível permitiria aos países tornar as exigências mais ou menos rigorosas, dependendo de novas descobertas científicas e dos riscos que a comunidade internacional estivesse disposta a aceitar.

Uma das vantagens desse arranjo consistiu em permitir que os países comesçassem a discutir a questão, antes mesmo que se tivesse chegado a um consenso sobre a magnitude do problema. E como nenhum país quis se sentir excluído, criou-se uma certa legitimidade para a questão e também uma certa pressão para que todos os países levassem o problema a sério.

A Convenção reafirma muitos dos princípios enumerados em tratados anteriores e reconhece a soberania dos Estados, mas inova, ao lembrar que “a natureza global da mudança do clima requer a maior coopera-

ção possível de todos os países e sua participação em uma resposta internacional efetiva e apropriada, conforme suas responsabilidades comuns mas diferenciadas e respectivas capacidades e condições sociais e econômicas”⁶.

Além disso, a Convenção reconhece que “a maior parcela das emissões globais, históricas e atuais, de gases de efeito estufa é originária dos países desenvolvidos, que as emissões *per capita* dos países em desenvolvimento ainda são relativamente baixas, e que a parcela de emissões globais originárias dos países em desenvolvimento crescerá para que eles possam satisfazer suas necessidades sociais e de desenvolvimento”⁷. Reconhece ainda a especial vulnerabilidade de países específicos, como os caracterizados pela baixa altitude, pelas regiões insulares, pela fragilidade de seus ecossistemas, e até os que dependem pesadamente da produção e utilização de combustíveis fósseis. Por essas razões, todos os países são agrupados em duas principais categorias.

Os países industrializados que historicamente mais contribuíram para as mudanças climáticas estão listados no Anexo I. Este grupo de 41 países inclui os 24 países relativamente mais ricos, que, em 1992, eram membros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) (também listados no Anexo II), e os países com economias em transição (EITs), inclusive a Federação Russa, os Estados Bálticos e vários estados da Europa Oriental e Central. Os demais países, em número de 145, são basicamente classificados como em desenvolvimento.

Os países que constam do Anexo I têm emissões *per capita* mais altas que as dos países em desenvolvimento e maior capacidade financeira e institucional para lidar com as conseqüências das mudanças climáticas. Por isso, se comprometem a adotar medidas que baixem suas taxas de emissões aos níveis de 1990. As 24 nações integrantes da OCDE (Anexo II) têm a obrigação adicional de prestar “recursos financeiros no-

vos e adicionais” aos países em desenvolvimento, para ajudá-los a enfrentar as consequências das mudanças climáticas. Têm igualmente a obrigação de facilitar a transferência de tecnologias propícias à preservação do clima, tanto para países em desenvolvimento quanto para os países EIT.

Os recursos oriundos dos países do Anexo II são canalizados sobretudo por intermédio do mecanismo financeiro da Convenção, operado pelo Mecanismo Ambiental Global (*Global Environment Facility* – GEF)⁸. Esse fundo destina-se a prover recursos financeiros, a fundo perdido ou em condições favorecidas, para auxiliar os países em desenvolvimento a implementar a Convenção e tratar da mudança do clima. Os recursos podem servir inclusive para fins de transferência de tecnologia.

No intuito de reduzir as emissões, a Convenção requer das Partes que levem em conta as implicações, para o clima, de suas políticas econômicas, sociais e ambientais, nas áreas de agricultura, energia, recursos naturais e atividades que envolvam os litorais. Mais especificamente, as Partes se comprometem a:

- Elaborar, manter atualizados e divulgar inventários nacionais das emissões antrópicas por fontes e dos gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal que foram reabsorvidos. Essas informações permitirão monitorar as mudanças em emissões e determinar o impacto das medidas adotadas;

- Promover o desenvolvimento e a difusão de tecnologias que reduzam essas emissões em todos os setores pertinentes, particularmente nos setores de energia, transportes, indústria, agricultura, silvicultura e administração de resíduos;

- Cooperar nos preparativos para a adaptação aos impactos da mudança do clima;

- Promover e cooperar no intercâmbio de todas as informações relativas ao sistema climático.

Os países que constam do Anexo I devem submeter relatórios regulares, conheci-

dos como comunicações nacionais, que detalham suas políticas e medidas para preservar o clima. A maioria desses países já encaminhou duas comunicações nacionais. Além disso, devem apresentar um inventário anual de suas emissões de gases de efeito estufa, bem como os dados para o ano base de 1990.

Os países classificados como EIT gozam de um certo grau de flexibilidade e alguns já elegeram adotar como referencial de volume de emissões anos anteriores a 1990, ou seja, quando ainda não haviam sofrido as grandes modificações econômicas que levaram a uma forte queda nas emissões.

Os países classificados como em desenvolvimento, embora também sujeitos a apresentar relatórios sobre as medidas tomadas e inventários de emissões em seus países, têm obrigações e prazos mais flexíveis. Os inventários de emissões, por exemplo, não precisam ser apresentados anualmente, e, até hoje, apenas cerca de 80 desses países já encaminharam seu primeiro relatório nacional.

Além de estipular a necessidade de redução de emissões, a Convenção fixa procedimentos a serem adotados pela Conferência das Partes, órgão supremo do tratado que se reúne anualmente e está encarregado de promover a efetiva implementação da Convenção. Também institui um órgão subsidiário de assessoramento científico e tecnológico responsável por avaliar o estado do conhecimento científico relativo à mudança do clima, os impactos da implementação da Convenção, e as tecnologias e conhecimentos técnicos inovadores.

A Convenção traz quatro anexos. Os Anexos I e II, como já mencionado, classificam os países com maiores ou menores obrigações, o Anexo A lista os gases de efeito estufa e as categorias de fontes desses gases, e o Anexo B lista o compromisso de redução de emissões de cada país.

4.2. Protocolo de Quioto

Durante a década de 1990, a ONU percebeu que os compromissos voluntários fir-

mados na Convenção não seriam suficientes para enfrentar adequadamente o problema, nem estavam sendo cumpridos adequadamente. Reconheceu também que seria difícil para os países cumprir as metas e impor sacrifícios à sua população. Como resultado de longas negociações, foi aprovado, em dezembro de 1997, na cidade de Quioto, o Protocolo que, entre tantas outras coisas, transformava as reduções voluntárias em obrigatórias e ainda introduzia “mecanismos” inovadores destinados a reduzir o custo desses cortes nas emissões.

O objetivo principal era amenizar as dificuldades a serem enfrentadas pelos países na hora de reduzir as emissões. Por isso, precisava preservar o meio ambiente, sem prejudicar, de forma excessiva ou desnecessária, o desenvolvimento econômico e social. Adotou-se então uma estrutura flexível que dá aos países a escolha de quais gases reduzir (bastando para isso haver um fator de conversão entre eles), em que anos fazer a redução (pois o inverno poderá ser muito frio e exigir mais energia), e ainda aceita a compensação de redução de emissões entre países.

O Protocolo trabalha com um processo de longo prazo constituído de períodos de compromisso de cinco anos cada. Para o primeiro período, de 2008 a 2012, estabelece que a emissão dos gases deve ser reduzida até atingir um nível 5,2% menor do que o índice global registrado em 1990. Os países têm até 2008 para implementar esses programas, comprovando a redução durante o primeiro período de compromisso. Em 2005 devem começar as negociações para o segundo período de compromisso, provavelmente entre 2013 e 2017. A idéia é pôr em funcionamento um processo contínuo de implementação e negociação, que se fortalecerá à medida que houver um aprofundamento do conhecimento científico e um fortalecimento da vontade política.

Para facilitar o cumprimento das metas, o Protocolo permite às Partes abater do seu total de emissões o volume de gases que são

retirados da atmosfera por meio de “sumidouros”⁹ de carbono. Esse “seqüestro de carbono” se dá por meio de projetos de mudança do uso da terra e de manejo florestal. As emissões retiradas da atmosfera por meio de atividades permitidas pelo Protocolo geram créditos conhecidos como unidades removidas (*removal units* – RMUs).

Adicionalmente, cria três mecanismos conhecidos como implementação conjunta, mecanismo de desenvolvimento limpo e comercialização de emissões.

No mecanismo de implementação conjunta, um país do Anexo I pode implementar projetos que reduzam emissões (projetos de eficiência energética, por exemplo) ou que absorvam essas emissões (de reflorestamento, por exemplo) no território de outro país do Anexo I, e abater as respectivas unidades de redução de emissão (*emission reduction units* – ERUs) de sua própria meta.

No mecanismo de desenvolvimento limpo – destinado a auxiliar os países em desenvolvimento a atingir o desenvolvimento sustentável e contribuir para a redução de emissões –, os países do Anexo I podem investir em projetos de redução de emissões¹⁰, localizados em países fora do Anexo I, e receber créditos (*Certified Emission Reductions* – CERs) por essa redução.

Há ainda a previsão de comércio de emissões, num sistema global de compra e venda conhecido como Leilão de Certificado de Emissões. A moeda de padronização é o “carbono equivalente”, ou seja, quantas toneladas de carbono correspondem à redução do gás que está sendo eliminado. Qualquer país do Anexo I que tenha ratificado o Protocolo pode transferir um certo montante de unidades (*Assigned Amount Units* – AAUs) para outro país do Anexo I que esteja com mais dificuldade de atingir suas metas de emissões, desde que cumpra com as obrigações metodológicas e de notificação previstas no Protocolo, e que comprove que essas ações constituem um complemento às iniciativas domésticas. Empresas, ONGs ambientais e outras pessoas jurídicas po-

dem participar do mecanismo, sob a responsabilidade de seus governos.

Esses mecanismos têm o mérito de ajudar os países industrializados a cumprir suas metas, pois permitem que eles patrocinem projetos de redução de emissões em países onde o custo é menor e depois contabilizem essa redução a seu favor. Como, para a atmosfera como um todo, não importa o local da redução de emissões, todos saem ganhando, países desenvolvidos e em desenvolvimento.

4.3. Conferência das Partes de Marraqueche

O Protocolo de Quioto limitou-se a estabelecer os princípios gerais dos três novos mecanismos. Por isso, a Conferência das Partes realizada em Marraqueche, em 2001, aprovou dispositivos que detalham a implementação do Protocolo de Quioto e que são particularmente importantes para os países em desenvolvimento. Criou-se um grupo de especialistas em transferência de tecnologia, encarregados de estimular o desenvolvimento e a transferência de tecnologias com menor impacto no clima. No âmbito do GEF, foram ampliadas as atividades qualificadas para financiamento e criados três novos fundos, voltados para a capacitação, transferência de tecnologia, preparação para as mudanças climáticas e diversificação econômica dos países altamente dependentes de combustíveis fósseis.

Há os que acreditam que, com o detalhamento trazido pelos Acordos de Marraqueche, os países do Anexo I se sentirão mais seguros para ratificar o Protocolo. A cada dia, torna-se mais importante assegurar a entrada em vigor do Protocolo, pois o IPCC vem comprovando os temores em relação aos efeitos dos gases estufa. O Relatório de 1990, que motivou a Assembléia Geral da ONU a convocar a negociação da Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima, não afirmava com certeza a responsabilidade do homem pelo aquecimento solar. O relatório de avaliação de 1995, que serviu de embasamento técnico e científico para a decisão política de ini-

ciar a negociação do Protocolo de Quioto, indicou haver um razoável grau de certeza de que o aumento da temperatura, no último século, era consequência da ação do homem. Já o relatório de 2000 conclui categoricamente que cerca de 0,6°C do aumento observado na temperatura nos últimos 100 anos é resultado da ação do homem.

5. Aplicação do Tratado

5.1. Dificuldades na Implementação da Convenção

O Protocolo de Quioto foi aberto à firma entre 16 de março de 1998 e 15 de março de 1999. Nesse período, oitenta e quatro países assinaram o Protocolo, incluindo todas as Partes do Anexo I menos duas, o que indica a aceitação do texto e a intenção de se tornarem Partes nele. Contudo, o Protocolo só “entra em vigor no nonagésimo dia após a data em que pelo menos 55 Partes da Convenção, englobando as Partes incluídas no Anexo I que contabilizaram no total pelo menos 55 por cento das emissões totais de dióxido de carbono em 1990 das Partes incluídas no Anexo I, tenham depositados seus instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.”¹¹ Em 26 de novembro de 2003, 120 nações haviam ratificado, aceitado, aprovado ou ascendido ao Protocolo, representando 44,2 % das emissões¹².

O principal responsável pela demora na entrada em vigor do Protocolo é o governo norte-americano, que não aderiu e faz críticas veementes ao Protocolo, apontando-o como um golpe contra a economia e os empregos nos Estados Unidos. Os americanos respondem sozinhos por 36,1% das emissões de gases poluentes no mundo e teriam de fazer grandes investimentos para atender às metas de redução, com reflexos na sua atividade econômica. A posição da administração Bush influencia países como a Austrália, que acabou se manifestando contra o Protocolo, e a Rússia, que ainda não se decidiu.

Apesar de todos os países desejarem evitar os males do aquecimento global, as profundas divergências em relação à repartição dos ônus dificultam a implementação do tratado.

Há os que acreditam que quem chegou primeiro tem direito adquirido. Cada país deveria ter o direito de manter suas emissões *per capita*. Ocorre que as emissões estão associadas às necessidades de energia e de desenvolvimento e, a valer esse princípio, os países em desenvolvimento não poderiam crescer, pois isso, inevitavelmente, aumentaria as emissões.

Outros países aderem à teoria da contração e convergência, que dá a cada cidadão do mundo igual direito de emissão. Se dermos um título para cada um e se alguém emitir menos, outro poderá emitir mais. Apesar de constituir uma atitude bastante utópica, fortalece a posição daqueles que querem comprar o direito de poluir. E a “disseminação de um mercado chamado ‘direito de poluir’, ou mercado das normas de emissão, não representa eternizar a miséria de muitos em proveito dos países já desenvolvidos?” (MACHADO, 2002. p. 31)

Há também aqueles que criticam o Protocolo por quantificar a redução de emissões apenas em termos de dióxido de carbono. De fato, o Anexo B só cita os compromissos em termos do CO₂ – porque é o gás mais abundante e também aquele cujas fontes são mais bem conhecidas –, mas os termos do tratado prevêm a redução de CO₂ e outros gases de efeito estufa. Os defensores desse enfoque abrangente, em particular os Estados Unidos, argumentam que deveria ser permitido aos países cumprir seus compromissos com a redução de qualquer dos gases de efeito estufa. Se houvesse essa flexibilidade, cada país poderia escolher a combinação mais eficiente e barata de gases a serem reduzidos. O argumento faz sentido, mas muitos o consideram um pretexto para pedir mais pesquisas e ganhar tempo.

Por fim, há os que sustentam que o poluidor deve pagar. Neste caso, para cada

grau Celsius em que é aumentada a temperatura global, seriam feitas as contas para verificar qual a responsabilidade de cada país.

Os Estados Unidos, os maiores críticos do Protocolo, vêm-se manifestando contra imposições quantitativas. Pleiteiam um sistema global de comércio de emissões, semelhante ao mecanismo já usado naquele país para reduzir o dióxido de enxofre (SO₂), responsável pela chuva ácida. Lá, são distribuídas quotas de emissão que podem ser comercializadas. Os norte-americanos afirmam que uma solução de mercado pode resolver o problema do aquecimento terrestre com uma melhor relação de custo-benefício. Esse mecanismo pode até ser eficiente, mas traz embutida, entre outras, a dificuldade técnica de se definir quotas de emissão para as diversas fontes, em todo o mundo. Além disso, se a redução de emissões for reduzida a uma questão de mercado, não há dúvida de que os mais ricos sairão ganhando: os países mais poluidores, os mais ricos, em sua maioria, poderão pagar para continuar poluindo em alguma medida, enquanto os demais receberão para não poluir mais e para tirar da atmosfera, com suas florestas e matas, o dióxido de carbono ainda produzido por seus financiadores. E há ainda um agravante. Tudo indica que “os setores que mais poluem estariam agora se preparando para ganhar muito dinheiro com o comércio de licenças e a venda de tecnologias limpas”. (FARIA, CARMEN, 1999. p. 71).

Os norte-americanos também se recusam a submeter-se ao Protocolo enquanto os países em desenvolvimento não assumirem metas de redução de emissões. O Brasil, apesar de reconhecer que a médio e longo prazo os países em desenvolvimento terão de comprometer-se com quedas nas emissões, defende proposta segundo a qual é preciso mensurar a responsabilidade histórica e atual de cada país no processo de aquecimento terrestre (FARIA, CARMEN 1999. p. 72).

Um outro desafio a ser enfrentado pelo Protocolo diz respeito ao baixo preço que os

países desenvolvidos estão oferecendo pelos créditos de carbono: em média, US\$ 5,00 pela tonelada de carbono equivalente. Como são os compradores dos créditos, eles ditam os preços. Ninguém pode prever como se comportarão esses preços. Tanto podem subir, a partir da entrada em vigor do Protocolo de Quioto (porque haverá menor incerteza), quanto podem cair (porque haverá mais oferta de créditos). Então, apesar de haver estimativas de que o mercado anual de carbono, da União Européia, por exemplo, crescerá de 1 bilhão de euros em 2005, para 7,4 bilhões de euros em 2007, não haverá necessariamente um grande afluxo de recursos para os países em desenvolvimento. Os projetos são arriscados, precisam ter escala, e sua implantação e manutenção serão dispendiosas. E os preços ainda não são tão convidativos. Mas não há dúvida de que para um país com grande escassez de recursos, trata-se de uma oportunidade que não pode ser desperdiçada.

Falta relativamente pouco para que o tratado entre em vigor. A meta de 55% será atendida se Rússia e mais um país, que poderá ser Polônia, Canadá ou Austrália, assinar o acordo. Para o Vice-Primeiro-Ministro britânico, John Prescott, a ausência dos EUA não impedirá que isso ocorra. “Não vamos parar o mundo porque os americanos não estão a bordo”, disse ele. Há previsões otimistas de que o Presidente Bush não resistirá e terá de aderir ao Protocolo, cedo ou tarde. Segundo o Ministro holandês do Ambiente, Jan Pronk, há empresas americanas muito interessadas no mercado de créditos de carbono, e todos sabem que haverá “muito mais custos para os EUA”, se demorem muito para aderir¹³.

5.2. Impactos da Convenção no Mundo

Embora a Convenção tenha completado pouco mais de uma década de existência e o Protocolo de Quioto não tenha ainda entrado em vigor, a Convenção-Quadro vem conseguindo mudar as atitudes das pessoas e promover políticas que revertam a tendên-

cia de volume cada vez maior de emissões de gases de efeito estufa.

Todos os governos, em maior ou menor grau, vêm procurando ajustar suas políticas internas de modo a promover eficiência energética, práticas sustentáveis de manejo florestal, formas novas e renováveis de energia, tecnologias ambientalmente seguras, e até a redução de incentivos fiscais, isenções tributárias e tarifárias e subsídios para todos os setores emissores de gases de efeito estufa. Os controles sobre emissões de veículos estão cada vez mais exigentes; há mais ênfase no uso de transporte público; há maior utilização das energias solar e eólica; há mais controle sobre as florestas e assim por diante.

Os países desenvolvidos estão recolhendo dados sobre suas emissões e muitos já conseguiram efetivamente aproximar-se de suas metas. Embora não esteja ainda disponível a totalidade dos dados que permitam avaliar se os países do Anexo I conseguiram baixar suas emissões para os níveis de 1990, as indicações preliminares sugerem que o conjunto desses países já terá alcançado a meta, embora haja muita variação entre os mesmos. Nos países EIT as emissões caíram significativamente (mais de 40% entre 1990 e 1999), mas, na maioria dos países do Anexo II, as emissões continuam crescendo (a média foi de 6,6% entre 1990 e 1999).

Alguns países desenvolvidos já estão investindo em formas inovadoras de reduzir as emissões de gases. A Holanda, por exemplo, que deverá eliminar a emissão de 200 milhões de toneladas de carbono, destinará para esse fim 250 milhões de euros. Metade desses recursos será aplicada no desenvolvimento de novas tecnologias e na substituição de fontes de energia poluentes por fontes limpas, reduzindo parte das emissões. A outra metade vai para países como o Brasil, onde financiará projetos de recuperação e preservação ambiental, o que renderá os créditos necessários para abater as reduções que não forem feitas em território holandês¹⁴.

E, mesmo nos Estados Unidos, no mercado chamado de *non-compliance Quioto*, doze estados norte-americanos já aderiram às regras propostas pelo Protocolo.

Organismos internacionais também têm tido um papel ativo. O Banco Mundial formou o maior fundo para compra de créditos (o *Prototype Carbon Fund – PCF*), hoje referência do mercado, com US\$ 300 milhões em projetos em desenvolvimento. E, desde o estabelecimento do GEF em 1991 (inicialmente como um programa piloto), um total de US\$ 8,2 bilhões foi alocado às atividades de mudança do clima. No relatório do GEF, referente ao período de julho de 2000 a junho de 2001, o financiamento total de projetos para atividades de mudança do clima ultrapassou US\$ 817 milhões, dos quais o GEF forneceu US\$ 197 milhões a fundo perdido. Agências bilaterais, países receptores e o setor privado participaram com US\$ 620 milhões.

Além disso, é muito alentador perceber que o próprio setor privado está acreditando nas mudanças propostas pela Convenção. A Bolsa de Chicago está criando o Leilão de Chicago para a negociação de carbono. E empresas americanas, como a DuPont, a Ford e a General Motors já formaram, por conta própria, uma espécie de bolsa privada, a *Chicago Climate Exchange (CCX)*” (COSTA, 2003).

5.3. Impactos da Convenção no Brasil e a Política Ambiental Nacional

O Brasil assinou a Convenção Quadro em 1992 e adotou o Protocolo de Quioto em 1997. Para um país que se opôs à política ambientalista por ocasião da Conferência de Estocolmo em 1972, a adesão ao Protocolo representa um grande avanço.

O País, por estar inserido na comunidade global, naturalmente sofreu a influência de todos os movimentos internacionais em favor da defesa do meio ambiente. Não obstante, o discurso pró-ambiente de hoje nem sempre se traduz numa política consistente em favor do meio ambiente. O legado do

passado e a força do poder econômico ainda estão muito presentes.

Quando ainda era colônia, o Brasil já aplicava regulamentos ambientais, mas as cartas régias, alvarás e outros não tinham a preocupação da conservação, mas visavam apenas defender os interesses econômicos do governo, como foi o caso do pau-brasil. Uma exceção seria a Carta Régia de 13 de março de 1797, que defendia a necessidade de tomar todas as precauções para a conservação das matas, da fauna e das águas. Outra seria a criação do Jardim Botânico do Rio de Janeiro em 1808, com o propósito de preservar espécies e estimular estudos científicos.

No período do Império, a Lei nº 601, de 1850, instituiu o princípio da responsabilidade por dano ambiental, fora do âmbito da legislação civil, e incumbiu delegados de polícia de conservarem as matas nacionais e processarem os infratores. Mas a preocupação com a defesa dos recursos naturais continuava se devendo ao valor econômico desses recursos.

As primeiras iniciativas brasileiras no campo da regulação pública do meio ambiente surgiram na década de 1930 e foram marcadas pelo controle federal sobre o uso do território e de seus recursos naturais. A lógica era de disputa de hegemonia entre as forças políticas e elites econômicas locais de diferentes estados e o governo central (NEDER, 2002. p. 25). Nos anos 1960, “as disputas eram inicialmente canalizadas para um *locus* de poder setorial com a criação de órgãos que arbitravam sobre águas, energia elétrica, florestas, pesca, minérios, parques nacionais – a partir da titularização federal desses bens. A isso associavam-se financiamentos, políticas de fomento, leis de incentivo à produção e, dessa forma, convertia-se o que era *verbo* (legislação) em *moeda* (econômica) entre elites locais e governo central” (NEDER, 2002. p. 26).

Na década de 1970, os governos militares encarnaram o Estado desenvolvimentista e usaram a exploração de recursos natu-

rais como forma de promover a ocupação geopolítica do território e ao mesmo tempo converter recursos naturais em riqueza. O I Plano Nacional de Desenvolvimento (I PND), para ser executado no período de 1972 a 1974, foi um desastre em matéria de ecologia. A economia de fronteira destruiu sistematicamente grande parte dos recursos não imediatamente aproveitáveis pelo mercado. A devastação, particularmente na Amazônia, foi tão grande que, já no II PND, o governo abandonou sua política de desenvolvimento a qualquer custo.

Já surgiam os primeiros sintomas de uma consciência ambiental, mormente nos meios científicos e intelectuais. A crise do petróleo despertou o País para a importância dos recursos renováveis, e a poluição industrial passou a ser uma preocupação nas grandes cidades. Conservacionistas reclamavam a abertura de agências governamentais que tirassem do papel os compromissos internacionais do governo brasileiro em Estocolmo. Mas a questão do meio ambiente continuou sendo tratada de forma limitada e isolada. Criou-se em 1973 a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), mas as decisões relativas ao desenvolvimento eram tomadas sem preocupação com o meio ambiente. Não existia ainda a visão integrada de que o problema ambiental é decorrência do modelo econômico.

Na década de 1980, o Estado adotou uma atuação conservacionista: estabeleceu uma Política Nacional do Meio Ambiente com proposta descentralizadora, criou o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), reuniu no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) órgãos ambientais antes dispersos, e instituiu instrumentos importantes como o controle da poluição, o zoneamento ambiental e a avaliação de impactos ambientais. Mas as decisões desenvolvimentistas de outros setores continuavam influenciando o campo ambiental. Embora o Estado tivesse um discurso conservacionista diante da diplomacia internacional, acobertava ma-

deiros e fazendeiros, em diferentes regiões do país, em sua ação de converter a floresta em pasto para o gado.

A partir do período da redemocratização, no fim da década de 1980, “a agenda conservacionista internacional passou a cobrar espaço nas estruturas de governo em Brasília e nos principais estados da federação. A presença dessa orientação política ampliou-se com o apoio de mecanismos multilaterais de financiamento a projetos de proteção à diversidade biológica das espécies e às áreas de proteção ameaçadas” (NEDER, 2002. págs. 15-16). Na Constituição de 1988, o meio ambiente deixou de ser apenas fonte de recursos naturais para ser reconhecido como o próprio suporte da vida. Reconheceu-se o direito de todos a um meio ambiente saudável, e o Estado deixou de ser o único responsável pela regulação pública da matéria: ganharam voz os empresários, os movimentos sociais e as associações de cidadãos. Abriu-se o debate sobre quem tem direito de usar os recursos naturais e como.

A década de 1990 foi marcada por uma maior consciência das vinculações entre economia e ecologia. Ainda assim, estudos revelam que a sociedade civil econômica aliou-se incondicionalmente ao mito desenvolvimentista e atribuiu deliberadamente excessivo peso ao Estado como agente de controle contra formas sociais e ecologicamente regressivas de exploração. O Estado tomou medidas importantes. Aprovou, em 1997, a Lei de Recursos Hídricos, em 1998, a Lei de Crimes Ambientais, e, em 2000, a lei que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Embora essas e outras medidas constituam importantes instrumentos de defesa ambiental, elas se limitam a combater sintomas: não procuram promover a reorientação dos processos de produção e consumo que são a raiz da degradação ambiental.

Não obstante, o Brasil vem se esforçando por adequar suas políticas aos termos da Convenção do Clima e do Protocolo de Quioto. Embora o País não esteja sujeito ao

mesmo grau de exigência imposto aos países desenvolvidos, há uma preocupação cada vez maior com a eficiência energética, com o uso de fontes renováveis de energia, com a preservação das florestas, entre outros aspectos.

E o País pode beneficiar-se muito dos mecanismos criados pela Convenção do Clima. Além de ganhar o reforço da opinião internacional em prol da preservação ambiental e do uso de fontes renováveis de energia, muitos projetos internos com excelente potencial, mas sem fontes de financiamento, podem agora vislumbrar uma oportunidade de saírem do papel.

Diante da perspectiva de entrada em vigor do Protocolo de Quioto – com seu potencial de mobilização de dezenas de bilhões de dólares por ano, uma fração dos quais poderá ser orientada para o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) –, o governo brasileiro compreendeu a importância da formalização de um mecanismo dentro do Governo que pudesse direcionar esse potencial para as prioridades de desenvolvimento nacionais. Assim, em 7 de julho de 1999, o Presidente da República criou a Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima¹⁵, coordenada pelo Ministério de Ciência e Tecnologia. A sociedade civil também se mobilizou e, em junho de 2000, foi criado o Fórum Brasileiro de Mudanças Climáticas.

Embora o Brasil esteja entrando no mercado dos créditos de carbono mais lentamente do que outros países, já há projetos em operação. A siderúrgica PLANTAR, por exemplo, fechou, em setembro de 2002, seu primeiro contrato de venda de crédito de carbono com o Banco Mundial. Ela vai receber US\$ 5 milhões por 1,5 milhão de tonelada de carbono que será “entregue” ao longo de sete anos, a partir de 2004. E ainda dispõe de 13 milhões de toneladas de carbono para vender por um período de 21 anos, o que pode lhe conferir até US\$ 65 milhões, aos preços de hoje. A empresa vai ainda buscar uma valorização do preço do ferro que pro-

duz, já que emprega uma tecnologia mais correta, em termos ambientais.

Além disso, já são quatro, de um total de 21, os projetos brasileiros em tramitação no Comitê Executivo do MDL, órgão responsável pela aprovação da metodologia a ser usada nos projetos. Três prevêem a redução de emissão de gás metano em aterros sanitários. O quarto gerará energia a partir do bagaço de cana, em substituição ao gás natural, diesel ou carvão mineral. Outros já estão em preparação, nas áreas de reflorestamento e substituição do carvão mineral pelo vegetal.

O Brasil, contudo, poderia estar fazendo mais. A Índia, por exemplo, já tem 26 projetos aprovados pelo programa de leilões, e a Costa Rica já tem 4 selecionados.

Cabe às autoridades brasileiras, às empresas e às lideranças ligadas à proteção ambiental estimular a apresentação de mais projetos dessa natureza. O mercado de créditos de carbono é uma realidade, e o Brasil é um ator importante. Segundo Fábio Feldmann, Secretário-Executivo do Fórum Brasileiro de Mudanças Climáticas:

O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo é o evento mais importante que surgiu nos últimos anos na área ambiental para o Brasil. {...} Ainda que a política internacional atrase ou aborte a aprovação do Protocolo de Quioto, a economia já tratou de colocar em funcionamento o mercado de créditos, mesmo que estes não existam oficialmente. É um comércio secundário, e por isso ainda muito arriscado, mas dá a entender que sobreviverá independentemente da aprovação do Protocolo, queiram ou não os senhores George W. Bush e Vladimir Putin (COSTA, 2003)

Hoje, o crédito de carbono pode determinar a viabilidade ou não de projetos com grande repercussão social. Nas palavras de Marcos Vinicius Gusmão, coordenador do Programa de Pesquisa em Eletrificação Rural e Energia Renovável do Centro de Pesquisa de Energia Elétrica (Cepel), “hoje, só é

viável a geração de energia usando biogás em grandes aterros e com outros projetos associados ao empreendimento, como o de venda de crédito de carbono... O governo deveria olhar a questão do lixo do ponto de vista ambiental e criar mecanismos concretos para estimular a recuperação dos aterros” (CARVALHO, 2003).

6. Conclusões e Recomendações

A Convenção-Quadro de Mudança do Clima já completou 11 anos, e o Protocolo de Quioto, 6 anos. Apesar do relativamente curto espaço de tempo, é evidente a transformação que já se operou na atitude do homem em relação ao clima. Embora os resultados concretos possam estar ainda longe do desejável, não há dúvida de que há um empenho generalizado em reduzir as emissões de gases que podem levar a um superaquecimento global.

As políticas para se conter ou reverter as emissões são necessariamente muito custosas. E constitui sinal de grande sucesso o fato de a Convenção ter conseguido operar as transformações que já produziu, apesar de não poder impor sanções aos países que não se adequarem. Talvez mais impressionante ainda seja o fato de que, apesar do Protocolo de Quioto não ter ainda entrado em vigor, países, organizações internacionais e empresas já estão se mobilizando para o mercado de créditos de carbono criado pelo Protocolo.

Não obstante esses êxitos, os desafios ainda são enormes.

Em relação ao Protocolo em si, existe a crítica de “que os valores fixados pelo Protocolo são muito modestos, mesmo para manter os atuais níveis de emissão. Além disso, os compromissos foram postergados por cerca de 20 anos após a data proposta inicialmente” (FARIA, CARMEM. 1999, p. 71).

Outra crítica diz respeito ao poder dos países mais fortes. Apesar do texto da Convenção ser aparentemente muito duro com os países responsáveis pelas emissões, na prática, muitos já conseguiram reduzir seus

compromissos ou então ficar de fora. A Islândia e a Austrália, por exemplo, ganharam o direito de aumentar suas emissões em relação ao ano de 1990. Já países como Emirados Árabes, Arábia Saudita e Cingapura, que apresentam baixo volume total de emissões, mas volumes *per capita* muito altos, conseguiram ficar de fora dos compromissos de redução. Como resumiu a revista *New Scientist*, “são inegáveis os avanços conseguidos em Quioto. Mas faltou equidade: os fortes ganharam”¹⁶.

Seja como for, o Brasil precisa mobilizar-se para conquistar uma fatia maior desse mercado. Isso irá exigir, da parte do Estado, uma atuação mais firme no sentido de promover uma estratégia ecologicamente sustentável de desenvolvimento. Apesar de o País dispor de legislação que protege o meio ambiente, sabe-se que, na prática, a falta de capacidade de fiscalização impede o efetivo cumprimento das normas, com a ação quase que livre dos infratores. O resultado é um forte desestímulo aos projetos sérios de preservação e desenvolvimento sustentável, que, naturalmente, geram um retorno menos atraente que as atividades alheias a quaisquer precauções ambientais.

Será preciso complementar os instrumentos de regulação existentes com mecanismos de estímulo a formas ecologicamente equilibradas de produção. Instrumentos como “tributos ambientais, sistemas de cobrança pelo uso de recursos ambientais, subsídios públicos, sistemas de devolução de depósitos, licenças ou créditos negociáveis e seguro ou caução-ambiental” (CARNEIRO, 2001, p. 77), que atribuem um preço/custo à degradação ambiental, podem motivar empresários e a população em geral a buscar formas de produção e consumo que sejam eficientes do ponto de vista econômico e ecológico. O maior recurso a esses instrumentos, ainda pouco explorados no Brasil, certamente contribuiria para estimular atividades econômicas com impacto ambiental positivo e, em particular, projetos que se enquadrassem nos critérios exigidos pelos

mecanismos previstos pela Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima.

7. Notas

¹ Segundo a definição adotada no texto da Convenção sobre Mudança do Clima, a expressão “gases de efeito estufa” designa os constituintes gasosos da atmosfera, naturais e antrópicos, que absorvem e reemitem radiação infravermelha.

² RELATÓRIO BRUNDTLAND, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 1987.

³ A camada de ozônio, situada entre 10 e 50 quilômetros acima da superfície da terra, é constituída de um gás azulado, com cheiro forte, venenoso e poluente que, no entanto, atua como um escudo protetor da Terra contra os raios ultravioletas, nocivos à vida animal, às plantas e ao homem, principalmente como causadores de câncer de pele.

⁴ Estes objetivos foram subsequentemente considerados insatisfatórios e, em março de 1989, foi determinada uma redução de 85%. Mesmo esta meta passou a ser contestada e, em junho de 1990, ficou decidido que a redução deveria ser de 50% antes de 1995; 85% antes de 1997; e 100% antes do fim do século.

⁵ O dióxido de carbono é o mais abundante desses gases, proveniente da queima de combustíveis fósseis (70%) e também da mudança na forma de uso da terra/desmatamentos (30%). Ele não é perigoso em si mesmo, mas leva a um acúmulo de carbono na atmosfera. O metano, o mais nocivo, resulta da decomposição de matéria orgânica sem a presença de oxigênio, e o óxido nítrico decorre especialmente do uso de fertilizantes nitrogenados.

⁶ Preâmbulo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.

⁷ idem.

⁸ O GEF, que dispõe de vários bilhões de dólares, foi estabelecido, em 1990, pelo Banco Mundial, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), para prover recursos para certos projetos dos países em desenvolvimento que geram benefícios ambientais globais, não apenas na área da mudança do clima, mas também nos campos da biodiversidade, proteção da camada de ozônio e recursos hídricos internacionais.

⁹ Segundo a própria definição usada no texto da Convenção, “sumidouro” significa qualquer processo, atividade ou mecanismo que remova um gás de efeito estufa, um aerossol ou um precursor de um gás de efeito estufa da atmosfera.

¹⁰ Os projetos de MDL são divididos em três categorias: 1) eficiência energética; 2) energias alternativas; e 3) seqüestro de carbono.

¹¹ Protocolo de Quioto. Artigo 25.

¹² Dados obtidos da página do Ministério de Ciência e Tecnologia. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/Clima/quioto/signata.htm>>. Acesso em 08 de março de 2004.

¹³ O ESTADO DE SÃO PAULO. Créditos de Carbono. Editorial de *O Estado de São Paulo*, 6 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.estado.estadao.com.br/editorias/02/07/06/editoriais002.html>>. Acesso em: 16 de abril de 2003.

¹⁴ idem

¹⁵ São funções da Comissão Interministerial: avaliar e aprovar projetos considerados elegíveis para o MDL; definir critérios de elegibilidade adicionais aos do Protocolo de Quioto, com vistas ao desenvolvimento sustentável.

¹⁶ Trecho citado em FARIA, CARMEN RACHEL S.M.; JURAS, ILÍDIA DA A.G. MARTINS. A falta de democracia nas negociações sobre a mudança do clima. In: *Cadernos Aslegis*, Brasília, v. 3, nº 7, jan/abr 1999. p. 71.

8. Referências bibliográficas

CARNEIRO, RICARDO. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. 161p.

CARVALHO, JIANE. Crédito de carbono impulsiona usinas. *Gazeta Mercantil*. 2 de junho de 2003. Disponível em: <http://www.sfec.org.br/artigos/meio_ambiente/credito_carbono_impulsiona_usinas.htm>. Acesso em: 11 de março de 2004.

COSTA, ANTÔNIO LUIZ M.C. Negociação Quente. *Fórum Nacional para Mudança Climática*. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/clima/brasil/forum.htm>>. Acesso em: 19 de setembro de 2003.

ESTADO DE SÃO PAULO, O. Créditos de Carbono. Editorial de *O Estado de São Paulo*, 6 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.estado.estadao.com.br/editorias/02/07/06/editoriais002.html>>. Acesso em: 16 de abril de 2003.

FARIA, CARMEN RACHEL S.M.; JURAS, ILÍDIA DA A.G. MARTINS. A falta de democracia nas negociações sobre a mudança do clima. In: *Cadernos Aslegis*, Brasília, v. 3, nº 7, jan/abr 1999.

FARIA, JOSÉ EDUARDO (Org.) *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*. São Paulo: Malheiros Editores. 1996. 160p.

GURUSWAMY, LAKSHMAN D. ; HENDRICKS, BRENT R. *International Environmental Law in a Nutshell*. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1997. 466p.

LOJUDICE, MARCELO. O Brasil já lucra com crédito de carbono. *Valor Econômico*, 19 de novembro de 2002. Ano 3, nº 640. Disponível em: <http://dabdoub-labs.com.br/Cotas_de_Carbono.htm> Acesso em: 9 de fevereiro de 2004.

MACHADO, PAULO AFFONSO LEME. Rio + 10/ Estocolmo + 30. In: III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL. *Série Cadernos do CEJ* nº 21, Conselho da Justiça Federal. Brasília 2002. p. 31-37. 232p.

MAGALHÃES, JURACI PEREZ *A Evolução do Direito Ambiental no Brasil*. 2.ed. aum. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2002. 88p.

MEIRA FILHO, LUIZ GYLVAN, Clima. In: III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL. *Série Cadernos do CEJ* nº 21, Conselho da Justiça Federal. Brasília 2002. p. 41-47. 232p.

NEDER, RICARDO TOLEDO. *Crise socioambiental: estado e sociedade civil no Brasil (1982-1998)*. São Paulo: Annablume: Fapesp. 2002. 438p.

SAMPAIO, JOSÉ ADÉRCIO LEITE; WOLD, CHRIS; NARDY, AFRÂNIO. *Princípios de Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. 304p.

SILVA, GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E. *Direito Ambiental Internacional*. Rio de Janeiro: Thex Editora : Biblioteca Estácio de Sá. 2.ed rev. e atualizada. 2002. 358p.

SOARES, GUIDO FERNANDO SILVA. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Atlas. 2002 volume 1.

Harmonização tributária e consolidação do Mercosul

Maria Terezinha Nunes

Sumário

1. Introdução; 2. Por que harmonizar a Legislação Tributária?; 3. Obstáculos para a Harmonização Tributária; 4. Reforma Constitucional e Harmonização Tributária; 5. Conclusão.

1. Introdução

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), ideal a ser atingido pelos países signatários do Tratado de Assunção, firmado em 1991 pela Argentina, Uruguai, Paraguai e Brasil, teve como principal objetivo a ampliação de seus mercados internos, mediante integração econômica intrabloco. Passou por um período de transição, durante o qual foram exigidas medidas de ajuste interno de cada país, para seu efetivo funcionamento como zona de livre comércio até o advento do Protocolo de Ouro Preto, que o alçou à condição de União Aduaneira.

A estrutura orgânica do Mercosul, durante o período de transição, restringiu-se à criação do Conselho do Mercado Comum e do Grupo Mercado Comum, cujas decisões eram tomadas em reuniões das autoridades econômicas e diplomáticas de cada país, bem como de uma Secretaria para a guarda de documentos e comunicações das atividades do Bloco.

Como bem nos explica Rezek (1997, p. 228): “Eram reuniões periódicas de Ministros de Estado da Economia e das Relações Exteriores e, eventualmente, Chefes de Estado, e no Grupo Mercado Comum, de servi-

Maria Terezinha Nunes é Analista Legislativo do Senado Federal, Economista, Advogada e Especialista em Direito Legislativo pela UNILEGIS.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. JORGE LUIZ FONTOURA NOGUEIRA.

dores públicos alocados para esses encontros, que traçavam as diretrizes de ação da pequena comunidade”.

Essa estrutura simples e a inexistência de uma burocracia que respaldasse o Mercosul eram alvos de críticas pela Comunidade Européia, que “estranhava tudo aquilo que inicialmente era nosso ponto de honra: não criar despesas ou mecanismos onerosos, antes de obter resultados, é dizer, de ver funcionar a integração naquilo que ela tem de mais elementar e de mais fecundo do ponto de vista das sociedades humanas por ela atendidas” (REZEK, 1997, p. 228).

O Tratado de Assunção estabeleceu a data limite de 31 de dezembro de 1994 para que os Estados Partes adotassem diversas medidas de adequação interna e externa, com vistas à criação do Mercado Comum, conforme consta do art. 1º, a saber:

1. eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias ou de qualquer outra medida de efeito equivalente;

2. estabelecimento de Tarifa Externa Comum;

3. coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes;

4. harmonização legislativa.

O Programa de Liberalização Comercial, a Coordenação de políticas macroeconômicas e a Adoção de uma Tarifa Externa Comum e de acordos setoriais foram os instrumentos previstos pelo Tratado de Assunção para, inicialmente, estabelecer uma zona de livre comércio e posterior conformação de uma União Aduaneira com ampla mobilidade, no Bloco Regional, de seus fatores de produção para a formação do mercado comum.

O Tratado de Assunção previu que as medidas de adequação, mediante desgravação tarifária, seriam realizadas de forma gradual durante o período de transição, pois o objetivo era ampliar e fortalecer os mercados nacionais e não desmantelá-los com a

liberação indiscriminada das importações pelos países participantes do Bloco.

Prevendo as dificuldades que sobreviriam, dadas as diferenças na economia dos quatro países integrantes do Mercosul, foram estabelecidos, para esse período: a adoção do Regime Geral de Origem, um Sistema para Solução de Controvérsias e Cláusulas de Salvaguardas.

Constam do Tratado de Assunção o princípio da reciprocidade de direitos e obrigações e o princípio da não-discriminação, conforme arts. 2º e 7º, respectivamente:

Art. 2º O Mercado Comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados Partes.

Art. 7º Em matéria de impostos, taxas e outros gravames internos, os produtos originários do território de um Estado Parte gozarão, nos outros Estados Partes, do mesmo tratamento que se aplique ao produto nacional.

De modo simples, pode-se dizer que a integração dos mercados intrabloco objetiva dar tratamento isonômico aos produtos estrangeiros, oriundos do Bloco Regional, em relação aos produtos nacionais. O ideal da integração é chegar ao ponto em que a comercialização entre qualquer Estado da federação brasileira seja semelhante à comercialização de um Estado brasileiro com a Argentina, por exemplo. O que determinaria a escolha seriam os fatores que envolvem o livre mercado e não as restrições tarifárias (impostos de importação) e restrições não-tarifárias, exemplificadas por J. K. Nakayama (2003, p. 31) como: “Garantia de qualidade dos produtos; normas burocráticas, formalidades aduaneiras, políticas de compras públicas, aspectos monetários e financeiros, controles de câmbio, além do federalismo fiscal brasileiro”.

Não obstante os objetivos traçados pelo Tratado de Assunção não terem sido alcançados em sua inteireza, o período de transição chegou a termo com a assinatura do Protocolo de Ouro Preto em 17.12.1994, quando os países signatários, reafirmando o in-

teresse em manter o compromisso de constituição do Bloco Regional, reforçaram sua estrutura institucional com a criação de novos órgãos, ampliação e definição de competências, além de conferir-lhe personalidade jurídica de direito internacional, possibilitando-lhe comercializar em nome dos quatro países que o integram.

A Comissão Parlamentar Conjunta, prevista no Tratado de Assunção passa, a partir do Protocolo de Ouro Preto, quando lhe foram conferidas atribuições, a ter papel fundamental na consolidação do Mercosul, vez que as Decisões, Resoluções e Diretrizes emanadas dos órgãos Conselho do Mercado Comum, Grupo Mercado Comum e Comissão de Comércio do Mercosul, respectivamente, têm natureza obrigatória para os Estados Partes e devem integrar de pronto o ordenamento jurídico interno de cada país.

Nesse aspecto, o Protocolo de Ouro Preto enfatiza a importância da incorporação ao ordenamento jurídico interno das normas emanadas dos Órgãos do Mercosul consoante estabelecem os seus arts. 38 a 40, atribuindo à Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul a harmonização dessas legislações.

Assim, dada a relevância da harmonização legislativa para o fortalecimento do processo de integração do Mercosul, expressada no Tratado de Assunção e por ocasião do Protocolo de Ouro Preto, em que foram reafirmados os compromissos iniciais do Mercosul, é que este trabalho se propõe a estudar a exigência e dificuldades que o Brasil vem enfrentando na conformação dessas legislações no ordenamento jurídico interno, notadamente no campo tributário, para adequar-se a uma nova realidade de inserção no mercado regional e mundial.

Entre os obstáculos que se apresentam, destacam-se a recepção do Tratado no ordenamento jurídico interno, a qual gera insegurança quanto à validade do mesmo, quando questionada sua aplicação no País, em face de legislação posterior divergente; a interpretação restritiva feita pelo Supremo

Tribunal Federal ao art. 98 do Código Tributário Nacional, distinguindo Tratado-norma de Tratado-contrato e, somando-se a isso, as distorções tributárias incidentes sobre o consumo, as quais, para a sua eliminação, esbarram no princípio constitucional da federação.

Diante de todas essas dificuldades, oriundas da assimetria tributária entre o Brasil e os demais Estados do Mercosul, e da necessidade de harmonizar seus tributos, é de se questionar se nas diversas propostas de emenda constitucional ao capítulo do sistema tributário, apresentadas ao longo do governo de Fernando Henrique Cardoso, a reforma recentemente aprovada e a PEC nº 228/2004, ora em tramitação na Câmara dos Deputados, tiveram como objetivo a consolidação do Mercosul, mediante inserção no texto constitucional de dispositivos que garantam a harmonização da legislação tributária do País.

2. Por que harmonizar a Legislação Tributária?

2.1 O compromisso

Quando os países signatários do Tratado de Assunção decidiram constituir o Mercado Comum do Sul, estabeleceram como compromisso a busca da harmonização legislativa, nas áreas pertinentes que reclamassem esse ajuste, visando ao fortalecimento do processo de integração.

Tendo em vista que o objetivo primordial dessas nações é estimular o desenvolvimento econômico e fazer circular a riqueza no Bloco Regional, a harmonização tributária foi, sem dúvida, a mais reclamada para impulsionar a circulação de bens, serviços e fatores produtivos, inclusive com as adequações necessárias, no plano jurídico interno, conforme preceitua o art. 1º do Tratado de Assunção.

De fato, as medidas iniciais, exigidas para cada país, por ocasião da criação do Mercosul, alcançavam apenas a alteração dos impostos relativos à importação e ex-

portação de mercadorias para o comércio intrabloco. Não é sem razão que o ato de constituição do Bloco Regional, constante do Tratado de Assunção, pretendeu, num primeiro momento, a criação da zona de livre comércio, mas avançou nos objetivos com a previsão de uma União Aduaneira, mediante o estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum -TEC para regular a importação de produtos oriundos de outros países.

Contudo, constituiu-se esse Tratado em protocolo de intenções, com período de transição definido para a gradual adequação de suas políticas de eliminação tarifária, com vistas a sua efetivação em 31.12.1994.

Pelo Protocolo de Ouro Preto, realizado em 17.12.1994, e de acordo com o calendário previsto pelo art. 18 do Tratado de Assunção, foram reafirmados os compromissos assumidos naquela ocasião pelos países componentes do Mercosul.

Nessa ocasião, foram definidas as atribuições da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, passando a ter papel fundamental na harmonização da legislação tributária no Brasil, haja vista as graves distorções existentes no sistema tributário nacional, notadamente no imposto que incide sobre o consumo e que envolve conflitos federativos.

Nesse sentido, o que impulsiona a busca da harmonização da legislação tributária, gerando obrigações para os Estados Partes em envidar esforços para a sua efetiva concreção, tem origem no próprio ato de sua constituição, em seus arts. 1º e 7º, pelos quais ficou estabelecido o compromisso assumido pelos quatro países membros em adequar seus regimes tributários, bem como no desejo de continuar fazendo parte desse Bloco, usufruindo dos benefícios advindos dessa integração.

2.2 Pressuposto da integração

O termo integração, para Odete Maria de Oliveira, citada por J.K. Nakayama (2003, p. 229), é originário da metade do século XX, sendo designado para definir fenômenos de

economia internacional em que duas ou mais economias se juntam para compor um espaço econômico de maior dimensão.

A integração econômica, pressupondo a livre circulação de mercadorias, serviços e fatores produtivos, só será alcançada com a eliminação das barreiras tarifárias sobre a importação de produtos intrabloco e conseqüente implantação da zona de livre comércio; em seguida com a adoção de políticas externas comuns para conformação de uma união aduaneira, além de diretrizes tributárias conjuntas, aplicáveis aos países do bloco como um todo.

A integração deve pautar-se pela competitividade, determinando bons produtos, de boa aceitação no mercado, que gerem lucros para o investidor e acréscimo de ganhos para o trabalhador. Isso sem depender de protecionismo oficial, de reservas oficiais ou de nichos de exclusividade que deterioram o processo de desenvolvimento e impedem o progresso (Cf. NAKAYAMA, 2003, p. 29).

É nesse sentido que a harmonização tributária se faz necessária, ou seja, para reforçar o processo de integração, eliminando as distorções que afetam a competitividade dos produtos comercializados dentro do Bloco Regional (Cf. VICTOR UCKMAR, *in* SILVA, 2003, p. 96).

Entende Edison Fernandes (2001, p. 208) que não existe qualquer documento ou tratado que tenha criado um sistema tributário próprio para o Bloco Regional. Por isso, a necessidade de harmonizar as legislações de cada país integrante do Mercosul, e, à vista da complexidade que envolve a harmonização dos tributos dos quatro países, a coordenação tributária surge como opção mais viável para o Bloco.

Para definir os institutos da coordenação e harmonização tributárias, Edison Fernandes (2001, p. 205) traz o seguinte ensinamento de Xavier Basto:

Quando esses efeitos minoram através de medida que não envolve substanciais modificações internas

dos sistemas fiscais, isto é, quando se estabelecem apenas providências capazes de evitar ou minorar esses efeitos indesejáveis sem, todavia, aproximar-se (ou, no limite, eliminar) as diferenças de fiscalidade que os provocam, diz-se que se promoveu a coordenação fiscal internacional (ou interjurisdicional).

Quando se vai mais longe e, para erradicar a fonte daqueles efeitos, se aproximam os sistemas fiscais – as estruturas e tipos de impostos adotados, as suas bases de incidência, eventualmente as suas taxas – diz-se que estamos perante medidas de harmonização fiscal internacional (ou interjurisdicional). A harmonização fiscal implica, assim, modificações internas dos próprios sistemas de impostos e é um processo típico de espaços econômicos integrados ou em vias de integração.

Comungando desse mesmo entendimento, J. K. Nakayama (2003, p. 149) ressalta que um dos aspectos mais relevantes do processo de integração entre os países do Mercosul diz respeito à eliminação de diferenças legislativas que possam dificultar ou obstaculizar o seu desenvolvimento. Nesse sentido, esclarece que “em relação às normas tributárias, aceita-se que o processo de aproximação legislativa esteja enquadrado na fase de coordenação”.

Conforme assente pela doutrina, é também de fundamental importância a harmonização dos impostos incidentes sobre a renda, com a finalidade de se evitar a bitributação sobre o consumo, bem como daqueles que incidem nas relações de trabalho ao comporem os preços dos produtos de forma direta, em sua produção, e de forma indireta, incluindo a mão-de-obra aplicada no comércio e prestação de serviços (Cf. SILVA, 2003, p. 98).

2.3. A Natureza dos Impostos Alfandegários

Outro fator que converge para a harmonização tributária é a possibilidade de utilização dos impostos aduaneiros para fins

de políticas macroeconômicas comuns, pelos países integrantes do Bloco Regional, uma vez que representam pouco em termos de arrecadação e são utilizados como instrumentos de intervenção econômica.

Os impostos aduaneiros foram os primeiros a se sujeitarem à harmonização tributária, pois, sem essa providência, não seria possível dar os primeiros passos para a criação da zona de livre comércio e da adoção da tarifa externa comum, rumo à consolidação da integração e ao alcance de seu objetivo de aceleração do desenvolvimento dos países integrantes, com justiça social, conforme preceitua o Tratado de Assunção.

Segundo SILVA (2003, pp. 97-98), essa primeira etapa, “embora de difícil implantação devido às grandes diferenças tarifárias que podem existir entre os diversos países constituintes no mercado em processo de integração, não reserva maiores problemas de cunho jurídico, devido à natureza extrafiscal que passou a ser conferida ao imposto de importação no último século”.

Com efeito, os impostos incidentes sobre o comércio exterior, de importação e exportação, devido a sua pouca significância em termos de arrecadação para o Estado, são utilizados como instrumentos reguladores do comércio exterior e de política cambial, conforme prevêem os arts. 21 e 26 do Código Tributário Nacional. Nesse sentido, cresceriam em importância como instrumentos de política macroeconômica e de intervenção econômica comum, a serem implementados pelos Estados Partes do Mercosul.

3. Obstáculos para a Harmonização Tributária

3.1 Os Tratados na Ordem Jurídica Interna

Muito se discute acerca da forma como os tratados são recepcionados na ordem jurídica nacional. Essa discussão toma vulto a partir do momento em que o País se propõe a integrar um bloco econômico, cujas normas, conjuntamente adotadas, obrigam seus signatários.

O caráter intergovernamental de tomada de decisões submete qualquer tipo de deliberação do bloco à apreciação interna de cada Estado, o que torna o processo de condução do Mercosul um processo mais demorado e burocrático. (Cf. MENEZES, 2002, p. 150).

Analisando os dispositivos constantes das constituições brasileiras, desde o império, acerca da obrigatoriedade do tratado na ordem interna, FRAGA (2001, p. 47) observou que pouca, ou nenhuma, foi a evolução, no que respeita ao disciplinamento das relações entre o direito interno e o direito internacional, permanecendo situação quase idêntica à de 1891.

Nesse mesmo sentido, Mariângela Ariosi, citada por SILVA, (2003, p. 33), assim se expressa:

Como fora visto, ao se analisar a evolução jurídico-constitucional brasileira, no capítulo anterior, verificou-se uma verdadeira ausência de dispositivos constitucionais acerca de uma definição da norma a ser aplicada em caso de conflito que envolvesse tratados internacionais e leis internas. Não apenas a Constituição brasileira de 1988 pecou por omissão nesta matéria, mas, como oportunamente fora observado, nunca houve, em nenhum texto constitucional da história das Constituições brasileiras, qualquer orientação acerca de uma direção, seja esta, monista – radical ou moderada, ou dualista para os conflitos entre tratados e leis internas.

Para Mirtô Fraga (2001, p. 47), a partir do que dispõe a Constituição Federal e a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, o tratado não se confunde com a lei, pois que ambos têm fases de elaboração completamente distintas e obedecem a preceitos constitucionais específicos. A fase de elaboração do tratado não se encerra após o término da negociação do País com outras nações, pois, depois disso, ele é submetido à aprovação pelo Congresso Nacional, medi-

ante promulgação de decreto de autorização do presidente do Senado, é feita a ratificação por depósito do instrumento do acordo, efetivando-se somente após a promulgação e publicação de decreto do executivo federal, quando passará a ter eficácia na ordem interna do País, vinculando direitos e obrigações entre particulares e Estado.

Assim, os tratados não têm aplicação imediata no ordenamento jurídico interno. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos tratados no âmbito do Mercosul (Cf. MENEZES, 2002, p. 15).

Uma vez integrado ao ordenamento jurídico interno, passando por todas aquelas fases acima descritas por Mirtô Fraga, o tratado ganha *status* de lei, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 80.004/77, em que foi alterada a jurisprudência daquela Corte para não mais conferir primazia ao direito internacional sobre o interno. Assim, estando na mesma hierarquia das leis internas sujeita-se às regras de aplicação destas em caso de conflito e ao controle de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal, que deu primazia ao ordenamento jurídico interno sobre o direito internacional, vem, desde aquela data, sofrendo críticas severas por parte da doutrina, que, inclusive, atribui caráter político e não jurídico àquele julgamento. (Cf. SILVA, 2003, p. 42).

Nesse aspecto, as observações de Jorge Fontoura (2002, p. 115):

O fato de termos um ordenamento francamente dualista, como reflexo inelutável de nossa cultura jurídica, onde nada pode atentar contra o querer constitucional, nem mesmo o tratado, havendo de resto a possibilidade sempre presente de o legislador nacional dispor contra a norma contida em tratado anterior, é um dado fundamental para situarmos corretamente o grau de nosso avanço jurídico. A

supremacia da norma interna, consoante à prevalente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – RE 80.004/SE, bem como o silêncio obsequioso da Constituição Federal sobre o potencial conflito, não deixam espaço a interpretações inovadoras. Como consequência, não estamos preparados para as demandas de nosso tempo.

Quanto à solução dos conflitos gerados entre dispositivo de Tratado e a Constituição Federal, a doutrina majoritária e o Supremo Tribunal Federal, à exceção dos estudiosos dos Direitos Humanos, estão de acordo em que, havendo conflito entre o Tratado e a Constituição Federal, resolve-se o mesmo em favor desta. (Cf. SILVA, 2003, p. 53).

Foi esse o entendimento do Supremo, quando julgou o *HABEAS CORPUS* Nº 73.044, negando eficácia à disposição contida na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), segundo a qual somente seria permitida a prisão civil em razão de dívida alimentícia, contrariando, assim, aquele Tratado ao disposto no inciso LXVII, do art. 5º, da Constituição Federal, que estabelece, também, a possibilidade da prisão do depositário infiel. (Cf. SILVA, 2003, p. 53).

A Constituição Federal só dispõe de dois artigos que tratam da relação entre o direito internacional e as normas de direito interno: o art. 178, que não tem qualquer influência no processo de integração, e o § 2º do art. 5º, que, segundo Flávia Piovesan, atribui aos direitos internacionais a natureza de norma constitucional e, sendo assim, é da maior importância nos processos de harmonização legislativa no campo tributário, em função do princípio constitucional da capacidade contributiva, quando o tratado ou convenção referir-se a dupla tributação da renda. (Cf. SILVA, 2003, p. 54).

Para J.K. Nakayama (2003, p. 63), a ausência de qualquer grau de supranacionalidade para a constituição do Mercosul impede que a harmonização das legislações

se processe mediante a adoção de normas completas. Entende que a aplicação imediata da norma no Bloco, por exemplo, é um aspecto que facilitaria a desobstaculização para a harmonização das normas tributárias.

3.2. O art 98 do Código Tributário Nacional e a interpretação do Supremo Tribunal Federal

A simples leitura do art. 98 do Código Tributário Nacional, que estabelece: “os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha”, leva à compreensão de que o direito internacional, no tocante à legislação tributária, tem primazia sobre a lei ordinária, não sendo, assim, os tratados passíveis de alteração por legislação que lhes sobrevenha.

Contudo, tem sido outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do RE nº 80.004, de 01.06.1977, quando foi questionada a validade da Convenção de Genebra em face de norma interna divergente, conforme se observa da ementa:

CONVENÇÃO DE GENEBRA – LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS – AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969.

Embora a Convenção de Genebra, que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis de nulidade do título.

Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

Nesse julgamento, o Ministro Cunha Peixoto fez constar de seu voto a interpretação quanto à aplicabilidade do art. 98 do CTN, tendo assim se expressado:

Como se verifica, o dispositivo refere-se a tratados e convenções. Isto, porque os tratados podem ser normativos ou contratuais. (...) Por isto mesmo, o art. 98 só se refere à legislação tributária, deixando, destarte, claro não ser o princípio de ordem geral. Se a lei ordinária não pudesse, pela constituição, revogar a que advém de um tratado, não seria necessário dispositivo expresso de ordem tributária.

Acompanhando a mesma linha de argumentação do Ministro Cunha Peixoto, no que se refere à aplicabilidade do art. 98 do CTN, o Ministro Cordeiro Guerra fez constar de seu voto o seguinte entendimento:

Argumentou-se com o art. 98 do Código Tributário Nacional, para concluir pela irrevogabilidade dos tratados por legislação tributária interna que lhes sobrevenha. Mas, como bem observou o ilustre Ministro CUNHA PEIXOTO, sob pena de inconstitucionalidade deve ser compreendido como limitado aos acordos contratuais de tarifas, durante a vigência destes.

Essa interpretação do Supremo Tribunal Federal constituiu-se em divisor de águas, pois que antes considerava a supremacia do direito internacional sobre o interno, por isso não entender inconstitucional o art. 98 do CTN, em sua totalidade, mas, a partir desse julgamento, foi dada interpretação restritiva ao citado dispositivo tributário, nos termos do voto do Ministro Cordeiro Guerra, acima transcrito, passando a fazer distinção entre Tratado-contrato e Tratado-norma, aceitando a supremacia apenas do primeiro sobre a lei interna.

Não faltaram respeitáveis juristas a corroborar a tese do Supremo e nem outros a refutá-la de forma veemente. Hugo de Brito Machado, entendendo que a decisão não foi correta, registra o antagonismo nas decisões

do Supremo, pela prevalência dos Tratados, em outros julgados posteriores a esse (Cf. MACHADO, 2002, p. 91).

3.3. O Federalismo Fiscal, ICMS e o IVA

O ideal federalista brasileiro foi perseguido durante sessenta anos por intermédio das rebeliões “Balaiadas”, “Cabanas”, “Sabinadas” e “República de Piratini”, mas não obteve êxito no período da monarquia, sendo alcançado apenas com a proclamação da República, mediante Decreto do Marechal Deodoro, em 15/11/1889, e a promulgação da Constituição de 1891, que consagrou o princípio federativo, mediante a adoção da forma de governo da República Federativa (Cf. AFONSO, 2003, p. 102-103).

O princípio implícito no federalismo está representado pela autonomia conferida aos diversos entes da federação para dispor sobre suas políticas administrativa, financeira e orçamentária, mas para as relações internacionais conta a unidade desses entes, representada pelo Estado Federal, como bem nos ensina AFONSO (2003, 100-101):

Estado federal é o todo, dotado de personalidade jurídica de Direito Público internacional. A *União* é a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público interno, autônoma em relação aos Estados e a que cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro. Os *Estados-membros* são entidades federativas componentes, dotadas de autonomia e também de personalidade jurídica de Direito Público interno. O *Estado federal* é considerado uma unidade nas relações internacionais.

J. K. Nakayama (2003, p. 31) classifica o federalismo fiscal como restrição não-tarifária à livre circulação de mercadoria intrabloco além de considerar um empecilho à harmonização tributária com os demais países do Mercosul, uma vez que o Brasil é o único deles que confere competências dis-

tintas para os três impostos incidentes sobre o consumo: IPI, ICMS e ISS.

Dessa forma, o problema que apresenta o federalismo fiscal para o Mercosul está diretamente ligado à distribuição das competências que a Constituição Federal confere aos diversos entes da federação para legislar sobre os tributos que incidem sobre o consumo: cabe à União legislar sobre o IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados; aos Estados legislar sobre o ICMS e aos Municípios legislar sobre o ISS – Imposto sobre Serviços.

A incidência cumulativa desses impostos acaba por refletir-se na competitividade dos produtos nacionais e estrangeiros, gerando entraves à livre circulação dos bens e serviços, em dissonância com o preceituado no Tratado de Assunção e que é requisito essencial para a consolidação do Mercosul.

A diferença crucial entre o ICMS – Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, adotado pelo Brasil e o IVA – Imposto sobre Valor Agregado, adotado por Argentina, Paraguai e Uruguai é a característica da neutralidade, essencial para a integração econômica, encontrada no IVA e que falta ao ICMS.

O ICMS tem características não só fiscal, de arrecadação, mas também extrafiscal, quando utilizado para políticas de investimentos. Contudo, tais políticas têm gerado conflitos entre os Estados componentes da federação brasileira, entre si, e com os Estados Partes do Mercosul.

Discorrendo sobre o IVA instituído pela União Européia, Sergio Silva (2003, p. 108) esclarece que a tônica da harmonização da tributação do consumo consiste na neutralidade da tributação da incidência do IVA sobre as operações realizadas pelos diversos agentes econômicos. Essa neutralidade visa a alcançar a isonomia entre tais agentes, reduzindo, com isso, a utilização extrafiscal do IVA como incentivo ao desenvolvi-

mento de determinados setores da economia.

O ICMS tem origem no antigo ICM, primeiro imposto criado segundo a técnica do valor agregado no mundo e que substituiu o imposto cumulativo sobre venda e sobre consignação – IVC. Apareceu no Sistema Tributário brasileiro com a Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, incidindo sobre todas as etapas da cadeia produtiva: a produção, distribuição e venda ao consumidor final de um bem. Pela Constituição de 1988, sofreu alteração em relação ao antigo ICM, uma vez que incorporou os serviços de transportes interestaduais e intermunicipais e de comunicação (Cf. NAKAYAMA, 2003, p. 125).

A competência para instituir e dispor sobre esse imposto cabe aos Estados e Distrito Federal, conforme estabelece a Constituição Federal, em seu art. 155, inciso II. Contudo, não obstante a obrigação dos Estados em observar as disposições constitucionais e as normas gerais estabelecidas pela lei complementar, ficava a cargo desses entes a possibilidade de conceder isenções, incentivos e benefícios fiscais, resultando em uma multiplicidade de normas regendo o ICMS, com disciplinamento diferente para cada Estado.

Os problemas advindos desse desordenamento fiscal estão registrados nas palavras de José Matias Pereira (2003, p. 109), quando explana sobre os entraves da reforma tributária no Brasil, nestes termos: “(...) e o esdrúxulo ICMS, cujos inumeráveis defeitos se processam à sombra da arbitrariedade dos governos estaduais. O exemplo mais evidente são as guerras fiscais, as barreiras nas estradas e a inoperância do sistema de crédito fiscal, quando se trata de mercadoria isenta, que transita de um Estado para outro”.

A discussão que se faz sobre o ICMS, no âmbito do Mercosul, é que ele, além de constituir-se em um dos principais impostos em termos de arrecadação de competência estadual e distrital, incide sobre a entrada de

bens e serviços provenientes do exterior. Dessa forma, fica limitada a ação da União na celebração dos tratados que visem à livre circulação de bens e serviços, vez que a ela é vedado dispor sobre isenção em impostos de competência dos Estados (Cf. MARTINS, 2002, p. 37).

Respondendo ao questionamento proposto no XXII Simpósio Nacional de Direito Tributário, o insigne tributarista Hugo de Brito Machado, falando sobre o ICMS e as mercadorias oriundas de países do Mercosul, esclarece que a incidência do ICMS nas operações de importação implica verdadeira restrição à circulação de mercadorias entre os países que integram o Bloco e, em mantendo essa incidência do ICMS nas operações entre os vários países, a efetiva integração do Mercosul somente ocorrerá no momento em que houver a uniformização tributária dos países que o compõem (Cf. MACHADO, 2002, p. 88).

4. Reforma Constitucional e Harmonização Tributária

4.1 Perspectivas para o Mercosul

Desde 1995, quando da assinatura do Protocolo de Ouro Preto, foram enviadas inúmeras propostas de alteração do Sistema Tributário Nacional ao Congresso. Todavia, por envolver algumas delas a discussão da quebra do pacto federativo, vez que propunham a criação do IVA, em substituição aos impostos incidentes sobre a circulação de mercadorias e serviços, alterando a competência tributária desse imposto, nenhuma alcançou os objetivos propostos.

Analisando as diversas propostas de reforma constitucional, na área tributária, apresentadas até 2001, J.K.Nakayama (2003, p. 142) concluiu que a discussão central refletia a preocupação com a guerra fiscal entre os Estados e “não se viu uma preocupação imediata com o Mercosul, seus princípios e muitos menos com suas respectivas liberdades para a concretização do mercado comum”.

Considera a autora que a reforma constitucional tributária é imprescindível para os objetivos do Mercosul, pois que a harmonização tributária pressupõe o questionamento do princípio do federalismo, que obstaculiza a possibilidade de implantação do IVA no Brasil, em substituição aos impostos IPI, ICMS, ISS, os quais incidentes sobre o consumo (inclusive sobre bens importados) congregam competências legislativas distintas.

Das propostas apresentadas nesse período, J.K.Nakayama (2003, p. 136) discorre sobre o Substitutivo do Deputado Mussa Deme à Proposta de Emenda à Constituição nº 175-A/95 listando seus pontos controversos, os quais, na sua concepção, contribuíram para que não fosse adiante, destacando nessa proposta a extinção do IPI, ICMS, ISS, COFINS, PIS-PASEP e a criação de um novo ICMS com legislação federal, arrecadação estadual e federal, não cumulativos, substituição do IPI e do ISS com alíquota uniforme no país; ICMS seletivo incidente sobre grupo de produtos, como energia elétrica e telecomunicações e criação do IVA.

Em sua opinião, a proposta do governo, enviada ao Congresso Nacional, em 1997, pretendia rediscutir o verdadeiro pacto federativo, prevendo a reformulação do Sistema Tributário Nacional mediante a criação do IVA, em substituição ao ICMS. Registra, ainda, as propostas de criação de um imposto único, de Marcos Cintra Cavalcanti de Albuquerque; o projeto de Ciro Gomes de implantação do IVA e cobrança no destino; e a proposta da Academia Brasileira de Direito Tributário de criação de um imposto circulatório, substituindo o ICMS, IPI, ISS, PIS e COFINS, além das mini-reformas tributárias em 2001, objetivando a unificação do ICMS e ISS; prorrogação da CPMF, e federalização do ICMS, com a uniformização da legislação do referido imposto.

Em 2003, foi enviada ao Congresso Nacional, pelo governo Lula, a Proposta de Emenda Constitucional nº 41, a qual visava

alterar o Sistema Tributário Nacional, concentrando a maior parte dessas mudanças no imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, cuja competência, para criar e dispor sobre esse tributo, recai no âmbito dos Estados e Distrito Federal.

Vislumbrando as discussões em torno do pacto federativo, em virtude das alterações propostas no ICMS, o governo tratou logo de buscar o consenso e apoio dos Governadores para que essas mudanças se efetivassem. Assim, analisando a proposta do Governo e os pareceres técnicos, emitidos pelos órgãos do Congresso Nacional, pelos quais tramitou, destacam-se os objetivos de simplificação da legislação do ICMS, com a unificação nacional e suas alíquotas e proibição expressa das unidades federadas de concederem incentivo fiscal, bem como a transformação da COFINS e da Contribuição do empregador sobre a Folha em incidências não cumulativas, permitindo desonerar integralmente as exportações dessas incidências, os quais, se alcançados terão reflexos benéficos no comércio intrabloco.

Embora não haja nenhuma referência expressa nos textos da Proposta de Emenda Constitucional nº 41/2003 ao Mercosul, constata-se que ela, embora de forma tímida, em caso de ter sido aprovada naquelas condições, poderia produzir alterações no sistema tributário nacional que beneficiariam a livre circulação das mercadorias entre os países do Bloco, como, por exemplo, a desoneração dos tributos incidentes sobre a folha de pagamentos que beneficiariam as exportações; a federalização das normas regentes do ICMS, com a unificação das alíquotas, e a proibição dos Estados concederem incentivo fiscal retirando o caráter extratrisfiscal do ICMS.

A proposta de adoção do IVA, em substituição ao ICMS, IPI, ISS foi novamente tentada mediante emenda à PEC 41/2003. Contudo, foi rejeitada pelo Relator da Câ-

mara, sob a alegação de que tal medida exige a reformulação das competências dos entes da federação, cuja discussão o Executivo e o Congresso esquivaram-se de enfrentar.

Contudo, com o desmembramento da PEC 74/2003/SENADO, que resultou na promulgação da Emenda Constitucional nº 42, de 2003, cujo texto não teve nenhum reflexo positivo para as relações com os parceiros do Mercosul, todos os objetivos referentes às alterações do ICMS foram postergados para o futuro, na Proposta de Emenda Constitucional nº 228/2004.

O Relator designado pela Comissão Especial, destinada a proferir parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 228-A, Deputado Virgílio Guimarães, após apreciação das cem emendas apresentadas à referida proposta, entendeu por bem sugerir o desdobramento dessa PEC, de nº 228-A, com fundamento no art. 57, III do Regimento Interno, apresentando substitutivo ao texto original, com vistas à rápida apreciação de texto que garanta o aumento da partilha da CIDE-combustíveis.

Nota-se pelo estudo das emendas, constante do Parecer, a preocupação dos Parlamentares com a “partilha dos resultados financeiros obtidos pela administração federal”, a qual, segundo o Relator “exibe características nitidamente distintas das matérias tributárias no sentido estrito, isto é, das matérias relacionadas com técnicas de captação das receitas públicas e de distribuição do ônus do financiamento do Estado”.

Desta forma, a solução encontrada, segundo o Relator, para “viabilizar uma demanda majoritária que, por acréscimo, responde ao mais alto interesse público”, foi a transferência, mais uma vez, das grandes alterações que envolvem a essência do ICMS, para uma nova proposta de emenda, agora sob o nº 255, de 2004.

5. Conclusão

A harmonização tributária, não há como negar, é imprescindível para a consolida-

ção da fase de União Aduaneira, em que se encontra o Mercosul e passe para o objetivo final que é o mercado comum, com a efetiva circulação dos bens, serviços e fatores de produção, como foi inicialmente proposto no Tratado de Assunção.

O Brasil, sendo um dos maiores parceiros do bloco, em contraste com sua iniciativa e esforços políticos para efetiva concretização do Mercosul, possui os maiores entraves aos processos de harmonização tributária e, conseqüentemente, a sua consolidação.

A polêmica acerca da prevalência do direito interno sobre o direito internacional e a jurisprudência do Supremo quanto à aplicação dos tratados, em face de conflito de normas, coloca em xeque a segurança jurídica das relações pactuadas pelos governos, retardando a aplicação interna dos objetivos oriundos das diversas normas emanadas dos órgãos do Mercosul.

Tendo em vista que a integração econômica visa à ampliação do comércio intrabloco e à circulação de riqueza entre as nações que o compõem, e que, para isso, previu o tratado que cada País tomasse as medidas necessárias à efetivação desses propósitos no mercado interno, no caso brasileiro, forçosa é a mudança de preceitos constitucionais para eliminar as distorções tributárias que afetam a competitividade dos produtos que circulam intrabloco.

Nesse sentido, as expectativas que envolviam a PEC nº 41, hoje Emenda Constitucional nº 42, de 2003, resultaram frustradas em virtude dos objetivos referentes à uniformização e simplificação das normas do ICMS terem sido transferidas para uma nova proposta, a ser apreciada pelo Congresso Nacional.

A questão do federalismo fiscal novamente retarda os objetivos do Mercosul, assim, tendo em vista a dificuldade de se adotar imposto semelhante ao praticado pelos demais Países do Mercosul, mediante reforma tributária, alternativas vão sendo buscadas para contornar os empecilhos de or-

dem federativa e assim possam os objetivos da integração econômica com esses Países serem atingidos.

6. Referências

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. O Mercosul e o Imposto sobre o Valor Agregado (IVA); Uma proposta para ajustes na tributação do consumo no Brasil. In *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* n. 8, 1994, RT, pp. 174-182.

AYALA, José Luis Perez de; BECERRIL, Miguel Perez de Ayala. *Fundamentos de Derecho Tributário*, Madri: Edersa, 2000, p. 402.

CÂMARA DOS DEPUTADOS - Proposta de Emenda à Constituição nº 41, de 2003. In *Mensagem da Presidência da República* nº 157. Avulso, 2003.

CRETTON, Ricardo Aziz. Integração Econômica. Harmonização Tributária. União Européia. Mercosul. In *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 7, 1996, pp. 41-62.

FERNANDES. Edison Carlos. O Mercosul na Reforma Constitucional Tributária. In *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* n. 13, 1995, RT, pp. 186-189.

FERNANDES. Edison Carlos. *Sistema Tributário do Mercosul: o processo de harmonização das legislações tributárias*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FIGUEIRAS, Marcos Simão. Aspectos Jurídico-Tributários do Mercosul. In *Boletim do CELA* n. 3, 1993, pp. 1-13.

FONTOURA, Jorge. A Tutela Regional das Relações de Consumo - As vicissitudes do Mercosul. In *Direito da Integração e Direitos Humanos no século XXI/ Wagner Rocha D'Angelis (Coord.)*. Curitiba. Juruá, 2002.

FRAGA, Mirtó. O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MACHADO, Hugo Brito. O Tratado de Assunção e as isenções de tributos estaduais e municipais. In *TRIBUTAÇÃO NO MERCOSUL/Coordenador Ives Gandra da Silva Martins; 2ª ed. atual.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2002, p. 91.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tributação no Mercosul. In *Conjunta Econômica*. Fundação

Getúlio Vargas, Instituto Brasileiro de Economia, Abril, 1997, pp. 21-27.

MENEZES, Wagner. MERCOSUL: Desenvolvimento Institucional e o Direito da Integração. *In* Direito da Integração e Direitos Humanos no século XXI/ Wagner Rocha D'Angelis (Coord.). Curitiba: Juruá, 2002.

MERCOSUL: Legislação e Textos Básicos/ Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul – Seção Brasileira e Ministério das Relações Exteriores. Senado Federal. 3 ed. Brasília: 2000.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. Aspectos Tributários do Mercosul. *In* Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas n. 3, 1995, RT, pp. 167-178.

NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. Reforma Tributária - Mercosul & União Européia. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, José Matias. Economia Brasileira: governabilidade e políticas de austeridade, dimensões macroeconômicas, desigualdades socioeconômicas. São Paulo: Atlas, 2003.

PIRES, Adilson Rodrigues. Harmonização Tributária em Processos de Integração Econômica, p. 6. (Pág. 95 do Sergio).

RANGEL, Paulo Euclides e NETTO, João da Silva Medeiros. Histórico das Reformas – Reforma Tributária: Breve notícia sobre oito anos de trabalhos no âmbito da Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa, Câmara dos Deputados, 2003.

REZENDE, Fernando. “No Rumo da Modernização”, disponível em http://federativo.bnds.gov.br/f_estudo.html.

REZEK, A. Francisco. Direito Comunitário do Mercosul, 10º Painel apresentado no dia 24.05.1996, no XVII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional. *In* Revista dos Tribunais, n. 18, 1997, pp 226-234.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Sérgio André R G da. Integração Econômica e Harmonização da Legislação Tributária. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2003.

SOUZA, Hamilton Dias de. OMC e Mercosul. *In* Revista Dialética de Direito Tributário, 1997, pp. 31-53.

TRIBUTAÇÃO NO MERCOSUL/ Coordenador Ives Gandra da Silva Martins; 2 ed. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2002.

O processo de reformulação da previdência social brasileira (1995-2004)

Meiriane Nunes Amaro

Sumário

1. Introdução; 2. O problema da previdência social brasileira; 3. Reforma da previdência social: o que o Executivo queria e o que conseguiu efetivar com a aprovação da Emenda 20; 4. A regulamentação da Emenda 20; 5. Principais resultados da Emenda 20 e restrições ainda presentes; 6. Emenda 41: a ora e a vez apenas dos servidores públicos, (a) Fixação e reajuste do valor das aposentadorias e pensões, (b) Restrições ao montante de rendas auferidas – aplicação do teto, (c) Contribuições de servidores inativos e de pensionistas, (d) Aposentadoria por tempo de contribuição – regras transitórias, (e) Regime de previdência complementar para servidores públicos; 7. A “PEC Paralela”; 8. Considerações Gerais e Perspectivas.

1. Introdução

O processo de reformulação da previdência social brasileira teve início em 1995, quando a primeira proposta foi encaminhada ao Congresso Nacional. Em 16 de dezembro de 1998, a proposição foi aprovada e consubstanciada na Emenda 20. A partir do diagnóstico de que a reformulação empreendida havia sido insuficiente, o Governo seguinte enviou, em abril de 2003, nova proposição ao Congresso Nacional, que, aprovada em dezembro do mesmo ano, transformou-se na Emenda 41.

O presente estudo mostra um panorama geral do processo de reforma da previdência social no Brasil, com destaque para as

Meiriane Nunes Amaro é Consultora Legislativa do Senado Federal e Mestre em Economia (UnB).

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. ALEXANDRE PAIVA DAMASCENO.

mudanças primordiais empreendidas no texto constitucional como resultado das Emendas 20 e 41, bem como da regulamentação da primeira destas emendas constitucionais.

O diagnóstico acerca dos principais problemas que fundamentaram a necessidade de reformulação do sistema de previdência brasileiro precede o panorama mencionado, que inicia com a comparação entre o que o Executivo queria e o que conseguiu efetivar mediante as mudanças empreendidas na primeira etapa do processo de reformulação da previdência social brasileira.

O processo de regulamentação da Emenda 20 é objeto da parte seguinte, com ênfase nas mudanças na previdência privada e, no caso do regime geral de previdência social, na instituição do chamado “fator previdenciário”.

Complementam a análise, os principais resultados da primeira etapa do processo de reforma e sua repercussão nas contas previdenciárias, enfocados sob o prisma dos impactos nas previdências pública e privada, bem como as principais restrições ainda verificadas.

A análise da segunda etapa do processo de reformulação constitucional compõe a parte seguinte do estudo, onde são explicitados os indiscutíveis avanços alcançados e detalhadas as principais mudanças. Alguns comentários relativos à denominada “PEC Paralela”, instrumento utilizado para viabilizar a aprovação da Emenda 41 no Senado Federal e que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados, conclui a análise dessa etapa.

Considerações gerais sobre o processo de reforma da previdência até aqui empreendido (fev/2004) e perspectivas acerca de seus rumos encerram o estudo. Afinal, há que se esperar por novas mudanças relevantes ou apenas pela concretização das alterações legais até aqui estabelecidas, com os ajustes que se fizerem necessários?

2. O problema da previdência social brasileira

Os sistemas previdenciários podem operar, basicamente, na forma de dois regimes: capitalização e repartição. No regime de capitalização, os benefícios de cada indivíduo são custeados pela capitalização prévia dos recursos das próprias contribuições feitas ao longo da vida ativa. Já no regime de repartição, os benefícios são financiados pelos segurados que estão contribuindo naquele momento, que, por sua vez, terão seus benefícios financiados pelos ativos da geração seguinte. Na prática, na maioria dos países, os sistemas são híbridos, isto é, há mecanismos de capitalização que convivem com outros de repartição.

A Constituição de 1988 previu o regime de repartição, pois já havia ocorrido a dilapidação das reservas capitalizadas pelas antigas caixas e institutos, e foi escrita com a preocupação muito mais de assegurar o acesso de diferentes grupos e categorias aos recursos transferidos pelo governo, do que de viabilizar as fontes de financiamento que permitissem atingir esse objetivo. Ela ampliou o rol de direitos dos servidores públicos e, na área rural, incrementou os benefícios de meio para um salário mínimo, reduziu em cinco anos a idade e o tempo de serviço para efeito de aposentadoria e incorporou milhares de trabalhadores que nunca haviam contribuído para o sistema. O resultado foi o expressivo aumento dos gastos da previdência social.

Além disso, até recentemente, o Brasil era um dos poucos países do mundo que adotavam a figura da aposentadoria por tempo de serviço. Essa figura, combinada com a possibilidade de aposentadoria proporcional, permitiu que um contingente substancial de pessoas se aposentasse antes dos 50 anos de idade.

Ao lado da generosidade da legislação previdenciária e da concessão de aposentadorias precoces, sobressai, ainda, o envelhecimento gradativo da população brasileira

e sua repercussão na queda da relação entre o número de contribuintes e de beneficiários da previdência social.

Diante dos maiores gastos associados à conjugação desses dois fatores, os sucessivos governos foram-se acomodando a essa situação mediante aumento das alíquotas contributivas, o que onera o custo da mão-de-obra e incentiva o trabalho informal.

No âmbito dos regimes de previdência dos servidores, apenas em 1993 foi introduzida na Constituição regra que permitiu a cobrança de contribuição do servidor para o custeio de sua aposentadoria – até então, a alíquota de contribuição dos servidores federais civis era pequena, e destinada apenas ao custeio das pensões.

O regime geral de previdência social (RGPS), gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), alcança basicamente os empregados regidos pela CLT, sendo custeado por contribuições dos empregados e dos empregadores. Para os segurados, o piso atual dos beneficiários é de um salário mínimo e o teto, desde janeiro de 2004, é de R\$ 2.400,00, o que equivale a dez salários mínimos.

As despesas com benefícios previdenciários do INSS subiram de 2,5% do PIB em 1988, ano da promulgação da atual Carta Magna, para 6,7% em 2002. Como resultado desse aumento de gastos, do menor crescimento do PIB e da expansão do desemprego e da informalidade, que afetam negativamente a receita do sistema, constata-se, desde 1995, um contínuo crescimento do saldo negativo entre arrecadação e pagamento do RGPS.

Com relação ao regime próprio de previdência do servidor público (RPSP)¹, este tem semelhanças com o regime de repartição do INSS, mas sempre existiram diferenças significativas. Uma delas se refere à gestão do regime, que ainda é feita conjuntamente com a do pessoal ativo, como se não houvesse qualquer diferença entre ativos e inativos. Nesse sentido, o governo deixa de explicitar qualquer recolhimento de contribuição para aposentadorias e pensões. Paga, sim-

plesmente, o valor corrente desses benefícios, incorporando, na sua receita geral, quaisquer contribuições cobradas dos funcionários ativos.

Além disso, até fins de 2003, o valor do provento de aposentadoria e da pensão era maior do que a última remuneração líquida do servidor quando em atividade, na medida em que correspondia à sua última remuneração bruta (integralidade) sem incidência de contribuição previdenciária. Ou seja, não tinha qualquer relação com as contribuições recolhidas. Ademais, tais benefícios eram sempre reajustados na mesma proporção do aumento da remuneração do cargo que gerou a aposentadoria/pensão (paridade de reajustes), o que, muitas vezes, significou concessão de aumentos reais. Ambas as sistemáticas inexistem em qualquer sistema efetivamente previdenciário. Em outras palavras, o regime dos servidores públicos nunca foi, realmente, um regime previdenciário, mas, sim, um item da despesa pública.

Como resultado das sistemáticas mencionadas e de outras diferenciações, como existência de teto para os benefícios do RGPS, os valores pagos aos inativos do serviço público sempre foram, em média, mais elevados do que os efetuados no regime geral da previdência. Como ilustração, o valor médio da aposentadoria por tempo de contribuição no RGPS foi, entre junho de 2002 e maio de 2003, R\$ 773,29. Em contrapartida, os inativos do Poder Executivo do setor público federal perceberam, no mesmo período, o valor médio de R\$ 2.396,00.

As despesas do regime dos servidores civis da União têm se mantido, desde 1996, em torno de 1% do PIB. Contudo, a diminuição na contratação de novos servidores e a conseqüente redução da força de trabalho no serviço público, nos últimos anos, fizeram cair sobremaneira as receitas previdenciárias. Como resultado, aumentou o descompasso entre a receita das contribuições dos servidores na ativa e os benefícios recebidos por inativos e pensionistas. Como

exemplo, em 2002, o governo central pagou R\$ 31,7 bilhões a cerca de 944 mil aposentados e pensionistas enquanto recolheu R\$ 3,2 bilhões em contribuições de apenas 883 mil servidores (os dados incluem os militares).

A grave situação financeira no âmbito dos regimes próprios de previdência deve-se também à forma como foi estruturada a previdência dos servidores na Constituição de 1988. Até os anos 80, além dos servidores estatutários, a administração pública federal, estadual e municipal era composta por grande contingente de servidores regidos pela CLT.

Após a promulgação da CF de 1988, a maior parte dos celetistas foi convertida em estatutários com a instituição do Regime Jurídico Único, que previa também a possibilidade da existência de regimes próprios de previdência no âmbito dos estados e dos municípios. Os estados e grande parte dos municípios adotaram essa política, assumindo a responsabilidade pelo passivo previdenciário desses servidores que, anteriormente, haviam contribuído para o RGPS. Ao longo do tempo, os encargos com benefícios foram se avolumando e o desequilíbrio dos regimes próprios de previdência, se agravando. Em 2002, a necessidade de financiamento da previdência dos servidores (contribuições dos funcionários e dos entes federados menos pagamento de benefícios) dos estados e dos municípios foi, respectivamente, de R\$ 14,5 e de R\$ 2,4 bilhões (1,1% e 0,2 % do PIB).

Na União, além ter ocorrido o mesmo processo, a descentralização proporcionada pela Carta de 1988 redundou num estoque de servidores federais que foram sendo repostos por estaduais ou municipais, bem como a redução de servidores passou a configurar estratégia de gestão administrativa possibilitada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998 (Reforma Administrativa). Resultado: em 2002, a necessidade de financiamento do regime de previdência dos servidores federais (incluídos os militares) respondeu a R\$ 22,9 bilhões (1,7% do PIB).

Outro tema diretamente relacionado com o déficit previdenciário é o reajuste do salário mínimo. Como se sabe, desde a promulgação da CF de 1988, esse salário tornou-se o piso para os benefícios da seguridade social. Isso significa que, a todo aumento do salário mínimo, os benefícios previdenciários que se encontram entre o valor antigo e o novo piso nacional recebem um incremento.

Para se avaliar o aumento dos gastos previdenciários a cada elevação do salário mínimo, temos que considerar seu reflexo tanto na receita, em função da expansão da base tributável em termos de valor, como na despesa, em decorrência dos maiores benefícios pagos. O problema é que a despesa aumenta muito mais que a receita. Essa disparidade acontece porque 66% dos benefícios pagos no RGPS correspondem ao valor do salário mínimo, enquanto a maior parte da receita advém das contribuições incidentes sobre remunerações superiores a esse valor, as quais não são aumentadas na mesma proporção da elevação do piso salarial da economia.

Em suma, o problema da previdência social é essencialmente de ordem financeira, embora argumentos vinculados à busca de maior equidade social, de forma a fazer convergirem as regras entre o RGPS e o RPSP, sejam também levantados para justificar a necessidade de reformulação do sistema.

3. Reforma da previdência social: o que o Executivo queria e o que conseguiu efetivar com a aprovação da Emenda 20

Inicialmente, a coordenada central da proposta de reformulação da previdência brasileira era a unificação dos regimes previdenciários dos servidores públicos (inclusive dos militares) e dos trabalhadores da iniciativa privada e a criação de dois sistemas gerais: um básico e unificado, com benefícios limitados a valor inferior ao teto do RGPS (em torno de três salários mínimos) e operado pelo regime de repartição; e outro

complementar e baseado na capitalização, destinado a atender àqueles com remuneração superior ao valor máximo estabelecido no regime básico. Este último sistema, por seu turno, seria obrigatório até dez salários mínimos e voluntário a partir deste valor. Tal concepção, conhecida como “modelo de três pilares”, baseava-se em estudos e indicações de técnicos e instituições internacionais.

Todavia, ao longo do processo inicial de análise e discussão da matéria, tal mudança estrutural do sistema provou ser implausível, seja do ponto de vista político, seja do financeiro. No primeiro caso, havia o poder de influência dos *lobbies* corporativos. No segundo, o elevado custo financeiro da transição entre o sistema previdenciário vigente e o novo, em especial num ambiente de séria restrição fiscal.

Assim, pressionado pela perspectiva concreta de déficits orçamentários crescentes, o Governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) encaminhou ao Congresso, em março de 1995, uma proposta de reforma da previdência social que buscou o caminho mais factível para sua aprovação: manutenção dos três principais regimes – dos trabalhadores da iniciativa privada, dos servidores públicos civis e dos militares –, mas sujeitos a regras uniformes (embora com importantes exceções). Isso significou a continuidade do modelo de dois pilares: o primeiro representado pelos regimes obrigatórios (RGPS e os regimes próprios dos servidores públicos); o segundo, pelos voluntários (previdência privada). Ademais, a proposta governamental retirava da Constituição os detalhamentos dos regimes existentes (“desconstitucionalização”), restringia os planos de benefícios e exigia contribuições de aposentados e pensionistas.

Após o longo processo de tramitação da matéria no Congresso Nacional, muitos pontos da proposta original não conseguiram ser aprovados, não se concretizando, inclusive, a intenção de “desconstitucionalizar” a matéria. Com efeito, o texto final da emen-

da ficou ainda mais detalhado do que o da CF de 1988.

A Emenda 20, promulgada em dezembro de 1998, igualou algumas regras do RGPS e do RPSP. O regime das forças armadas, entretanto, foi mantido intacto. Ademais, após a aprovação da Emenda Constitucional nº 18, de 1998, os militares – membros das Forças Armadas e das polícias militares e corpos de bombeiros militares – passaram a ser considerados tão-somente militares da União, dos estados, do DF e dos territórios, deixando de ser considerados servidores públicos.

Não obstante, vários avanços foram alcançados (ajustes paramétricos). Dentre os principais, pode-se destacar a introdução de dispositivos direcionados a reduzir, no médio e no longo prazos, os gastos do Tesouro com a folha de pagamento de servidores inativos e pensionistas, valendo citar:

- a) imposição de idade mínima para aposentadoria integral por tempo de contribuição: 60 anos para homem e 55 anos para mulher;
- b) imposição de dez anos de serviço público para habilitação a aposentadorias programáveis e de cinco anos no cargo ocupado;
- c) fim da acumulação de aposentadorias, bem como impossibilidade de aumento de renda quando da passagem do servidor para a inatividade;
- d) restrições à acumulação de aposentadoria e salário e imposição de teto a qualquer rendimento oriundo dos cofres públicos (não efetivado por falta de legislação infraconstitucional).

A imposição da idade objetivou reduzir as despesas previdenciárias no médio e no longo prazos, tendo em vista que força o adiamento do pedido de aposentadoria, diminuindo o tempo de seu usufruto. A exigência da carência de dez anos no serviço público cumpriu o objetivo de aproximar o fluxo de receitas oriundas de contribuições e o de gastos com pagamento de benefícios. Isso, porque passou a impedir que pessoas

que sempre tivessem trabalhado no setor privado, tendo, portanto, contribuído para o RGPS com base em salário de contribuição de valor limitado (a no máximo dez salários mínimos), ingressassem no serviço público, nos últimos anos de atividade, requerendo aposentadoria, pouco depois, graças à contagem recíproca de tempo de contribuição. Nesses casos, em especial quando o cargo público ocupado proporcionava elevada remuneração, era totalmente inadmissível, sob o ponto de vista da coletividade, a disparidade entre as contribuições realizadas, necessariamente limitadas ao teto do RGPS, e o montante recebido de aposentadoria e pensão, cujo cálculo do valor ainda tomava por base a remuneração integral do servidor. A mesma lógica aplicou-se à exigência de cinco anos no cargo. Como o benefício era definido com base na remuneração do servidor no último cargo ocupado (aposentadoria integral), e não em toda sua vida contributiva, garantiu-se que, pelo menos durante cinco anos, as contribuições fossem mais compatíveis com o valor do benefício.

Com relação à imposição do teto remuneratório, vale adicionar que, até o advento da Emenda 20, o teto valia para o valor de cada remuneração, provento e pensão, considerado individualmente. Com a emenda, passou a ser aplicado à soma total dos proventos (inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos e de atividades sujeitas à contribuição para o RGPS) e à adição dos proventos com pensão e com remuneração de cargo acumulável na forma da Constituição, de cargo em comissão e de cargo eletivo. Tal teto também ficou estabelecido na Reforma Administrativa. Ademais, nas duas reformas, além de não se ter previsto regra de transição, não se reconheceu, em princípio, direito adquirido.

Contudo, as restrições vinculadas à imposição de teto no setor público não passaram de um conjunto de “boas intenções”. O limite estipulado na Emenda 20 não che-

gou a ser efetivamente implementado. Por um lado, todas as vantagens pessoais ficaram fora do limite máximo constitucionalizado, de acordo com jurisprudência firmada pelo STF. Por outro, a Reforma Administrativa, que, dentre outros objetivos, buscou resolver a questão, não o fez definitivamente. Isso, porque sua vigência passou a depender de regulamentação infraconstitucional, que não chegou a ser editada.

Outra inovação fundamental foi a possibilidade de criação de fundos de pensão federal, estaduais e municipais. A Emenda 20 estipulou que a União, os estados, o DF e os municípios, desde que instituíssem tais fundos, poderiam fixar o mesmo teto do RGPS para as aposentadorias e pensões a serem concedidas a seus servidores. Com isso, ficou aberta a possibilidade de instituição de limite superior aos rendimentos sujeitos às regras previdenciárias específicas dos servidores públicos, equivalente ao teto do RGPS. Ou seja, desde que criado o regime de previdência complementar, poder-se-ia eliminar a aposentadoria e pensão integrais e a correção pela paridade para os servidores com maiores salários, no caso, aqueles que recebem mais que o teto do regime geral de previdência.

Ressalte-se que essa situação se aplicava ao servidor que ingressasse no serviço público após a publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar, que, por seu turno, só poderia ser instituído depois da vigência da lei complementar sobre o assunto. Para os demais servidores, a aplicação da nova sistemática só poderia ocorrer mediante opção.

Resumindo, ficou previsto o estabelecimento de um sistema semelhante ao vigente no âmbito do RGPS: benefícios sujeitos a um teto, nunca superior a valor correspondente a cerca de dez salários mínimos. Rendimentos adicionais, somente se oriundos da previdência complementar, que dificilmente garantiria a percepção dos rendimentos médios auferidos pelo servidor quando em

atividade. Com efeito, a expectativa era que os planos de previdência a serem criados fossem baseados no sistema de “contribuição definida”, onde benefícios futuros dependem da capitalização das contribuições, ao invés de “benefício definido”, onde o valor dos benefícios é garantido independentemente do montante acumulado nas contas individuais. Isso, porque o primeiro sistema é mais apropriado à garantia de equilíbrio de longo prazo dos fundos de pensão.

Sublinhe-se que a maioria dos dispositivos constitucionais modificados na área do serviço público, grande foco da Emenda 20, seguiu a premissa básica de redução de despesas, embora tenham cumprido, acessoriamente, o objetivo de aproximar os requisitos e critérios vigentes para o regime de previdência dos servidores civis e para o RGPS.

Abrangendo tanto o regime dos servidores quanto o geral, pode-se mencionar a extinção da aposentadoria proporcional, a redução do elenco de professores contemplados com aposentadoria especial e a substituição da aposentadoria por tempo de serviço pela aposentadoria por tempo de contribuição.

Especificamente quanto ao RGPS, poucas foram as alterações empreendidas, cabendo destacar apenas a abertura do seguro de acidentes do trabalho para o setor privado. Quanto à inovação, cabe lembrar que, embora há muitos anos o risco de acidentes laborais seja coberto com exclusividade pela previdência social, nem sempre foi assim. Com efeito, houve períodos em que a concessão de tal benefício era responsabilidade exclusiva do setor privado. Nessa época, era comum acidentados não receberem, de imediato, o benefício, principalmente os de valor mais elevado, devido a questionamentos pela seguradora quanto à caracterização ou não do ocorrido como acidente do trabalho. Assim, é aconselhável que a regulamentação futura da matéria seja amplamente discutida, a fim de que não se repitam erros do passado.

No que concerne ao regime de previdência privada, que acumula um estoque de recursos da ordem de 14% do PIB (R\$ 202 bilhões, em abril de 2003), dos quais 62% pertencentes aos fundos patrocinados por empresas públicas, era fundamental buscar soluções para o importante foco de crescimento do déficit público oriundo do relacionamento entre tais empresas e seus respectivos fundos. Assim, não surpreende que as principais mudanças relacionadas a esse segmento, na Emenda 20, também tenham objetivado a redução de gastos públicos, nesse caso aqueles representados pelos recursos públicos direcionados aos fundos de pensão patrocinados por empresas estatais.

Nesse contexto, dois dispositivos fundamentais devem ser ressaltados. O primeiro estabeleceu que os fundos de pensão patrocinados por entidades públicas deveriam rever seus planos de benefícios e serviços, de modo a ajustá-los atuarialmente a seus ativos. Ou seja, impôs-se “disciplina financeira e atuarial” a esses fundos. O segundo, e mais importante, reiterou a proposta inicial do Executivo de estabelecer a paridade entre as contribuições dos participantes e do patrocinador público.

A Emenda 20 estabeleceu ainda que três leis complementares deveriam passar a regular o regime de previdência privada no Brasil: (a) uma estabelecendo as regras gerais do sistema, destinada a modernizar a previdência privada como um todo; (b) outra direcionada a fixar regras específicas ao relacionamento entre empresas estatais e seus fundos de pensão; (c) outra disposta sobre as normas gerais para instituição de regime de previdência complementar pela União, estados, DF e municípios.

Em termos gerais, é importante destacar que a Emenda 20 preservou os direitos adquiridos daqueles que, até a data de sua publicação, tivessem cumprido os requisitos para obter aposentadoria e pensão.

Por fim, sublinhe-se que o texto final da emenda deixou de contemplar os seguintes pontos cruciais (além da não-aplicação efe-

tiva do teto remuneratório para o setor público):

(a) limites de idade nas regras da aposentadoria por tempo de contribuição dos trabalhadores da iniciativa privada;

(b) incidência de contribuição previdenciária sobre aposentadorias e pensões no âmbito do setor público (a partir do teto do RGPS);

(c) fim da paridade entre ativos e inativos/pensionistas.

A rejeição pelo Congresso Nacional da imposição de limites mínimos de idade para efeito de habilitação à aposentadoria por tempo de contribuição pelo RGPS foi um duro golpe para o Executivo, que considerava essa a principal medida de contenção de despesas, e mesmo de aperfeiçoamento da equidade social, no âmbito do regime em questão. Com isso, as condições para a percepção desse benefício pelos trabalhadores da iniciativa privada ficaram praticamente inalteradas, introduzindo, assim, uma diferenciação marcante em comparação com os servidores públicos, para os quais foi estabelecida a exigência de idades mínimas.

O recolhimento de contribuições previdenciárias por parte de servidores aposentados e pensionistas era outro ponto importante, em especial porque representava uma das poucas medidas com impacto de curto prazo nas contas públicas. Aqui, o argumento governamental básico sempre esteve relacionado à iniquidade e à falta de sustentação financeira de benefícios que superaram a renda líquida do servidor em atividade. Além disso, ao vigor o regime financeiro de repartição simples e não o de capitalização, a contribuição não representa apropriação indevida, mas, sim, participação solidária no custeio dos próprios benefícios correntes.

Por fim, com relação à eliminação da regra de reajustes pela paridade, sua importância residia na expressiva repercussão financeira do dispositivo, na medida em que qualquer revisão na remuneração dos ativos, inclusive aumento real decorrente de

transformação ou reclassificação de cargo, tem que ser repassada aos correspondentes servidores inativos e aos pensionistas. Assim, além de desestimular a melhoria de carreiras específicas, a paridade faz com que os gastos com a folha de pagamento dos aposentados e pensionistas cresçam substancialmente.

4. A regulamentação da Emenda 20

A Emenda 20, além de ter instituído mudanças imediatas nos regimes de previdência existentes, abriu caminho para modificações posteriores, por intermédio de leis destinadas a regulamentar diversos dispositivos constitucionais.

No caso da previdência privada, dentre as três leis complementares previstas, duas foram promulgadas: Leis Complementares nº 108 e 109, ambas de 29 de maio de 2001. A primeira regulamentou as novas restrições impostas ao relacionamento entre as empresas estatais, enquanto patrocinadoras de fundos de pensão, e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar. A segunda, e mais importante, estabeleceu as regras gerais vigentes para todo o sistema de previdência privada complementar, seja na esfera de patrocinadores públicos, seja na de privados, (antes dispostas na Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977).

Esta lei geral trouxe substanciais mudanças rumo à modernização do regime de previdência complementar no Brasil, conferindo-lhe maior flexibilidade, credibilidade e transparência, bem como fortalecendo a capacidade de regulação e fiscalização por parte do Estado. Preservou a organização básica do sistema em entidades de previdência complementar fechadas (acessíveis apenas aos empregados de patrocinadoras ou associados de instituidores) e abertas (acessíveis a qualquer pessoa física), mas conferiu relevância às entidades multipatrocinadas (aquelas que congregam mais de um patrocinador ou instituidor) e aos múltiplos planos (entidades que administram pla-

nos para diversos grupos de participantes, com independência patrimonial).

Outra inovação foi a criação da figura do “instituidor”, como forma de constituição de entidades fechadas de previdência. O objetivo foi permitir que as pessoas jurídicas de caráter profissional (associações, sindicatos, federações) também instituíam, para seus associados, planos de previdência complementar. Assim, a tendência é que a figura do “instituidor” democratize o acesso de expressiva parcela da população à previdência fechada, até então restrito aos empregados de empresas. Ao mesmo tempo, a figura da patrocinadora foi mantida e ampliada, ao incluir nessa categoria os entes federados, quando instituírem entidades de previdência complementar para seus servidores.

Outro aspecto de extrema relevância foi a introdução da chamada “portabilidade” e do *vesting* (benefício diferido). A “portabilidade” significa a possibilidade de transferência, de uma entidade para outra, da poupança acumulada pelo participante. O *vesting*, a possibilidade de o participante receber a devolução de sua poupança na forma de benefício proporcional diferido. Dessa forma, o participante que saia de uma empresa patrocinadora pode ou levar seus recursos para outra entidade de previdência privada ou optar por receber o benefício proporcional ao seu tempo de contribuição na data em que se tornar elegível para obtê-lo.

Por fim, sublinhe-se que o Governo que tomou posse em 2003 posicionou, a princípio, a aprovação do projeto de lei que tratava das normas para instituição da previdência complementar pela União, estados, DF e municípios (Projeto de Lei nº 9, de 1999), previsto na Emenda 20, como um dos principais temas da legislatura que se iniciava. Contudo, a tramitação legislativa da proposição mostrou-se desfavorável aos objetivos governamentais. Assim, o Executivo preferiu desconsiderar o projeto. Com isso, a nova proposta de reforma previdenciária, encaminhada ao Congresso Nacional, em abril de 2003, não mais previu a edição de lei para

regulamentar o estabelecimento de tal previdência complementar. Restringiu-se a reiterar a possibilidade e estipular algumas normas gerais no texto da própria Constituição.

Com relação ao RGPS, cabe ressaltar que a Emenda 20, ao “desconstitucionalizar” as regras de cálculo do valor dos benefícios e estabelecer, explicitamente, o caráter contributivo da previdência social e seu necessário equilíbrio atuarial e financeiro, abriu caminho para substancial alteração no cálculo dos benefícios (Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999). Isso se deu mediante a introdução do fator previdenciário no cálculo da aposentadoria por tempo de contribuição. Com ele, foram inseridos a expectativa de sobrevida, a idade e o tempo de contribuição do segurado, ou seja, critérios atuariais que aumentam a correlação entre contribuição e benefício, de tal forma que o segurado que sai mais cedo, provocando desembolso antecipado, recebe, em contrapartida, aposentadoria de menor valor. Ademais, ao invés de considerar apenas os últimos três anos de contribuição como base para a fixação do valor da aposentadoria, como antes estabelecido na CF, o novo cálculo considera toda a vida laboral do trabalhador (a partir de julho de 1994).

Verifica-se, pois, que a introdução do fator previdenciário compensou, em grande medida, a não-estipulação de limites de idade para concessão da aposentadoria por tempo de contribuição para os trabalhadores da iniciativa privada, representando passo significativo em direção à construção de um sistema previdenciário mais equilibrado.

5. Principais resultados da Emenda 20 e restrições ainda presentes

Embora seja cedo para computar os efetivos resultados de uma reforma aprovada há apenas cinco anos e cujos impactos substanciais são de médio e longo prazo, vale apontar alguns dados disponíveis.

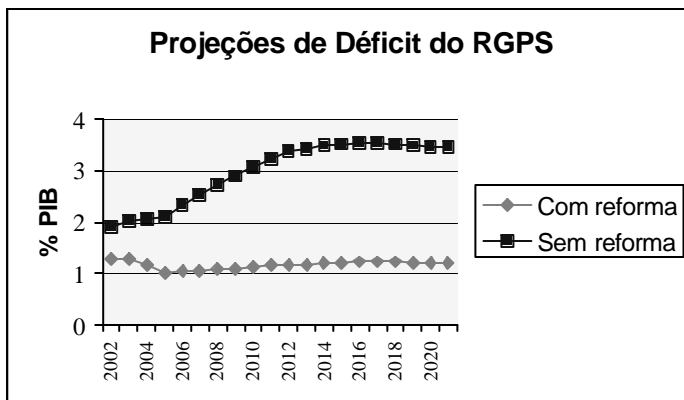
Nos quase quatro anos em que a primeira proposta de reforma da previdência tra-

mitou no Congresso Nacional, o cenário das finanças públicas, que levou o Governo FHC a encaminhá-la, agravou-se progressivamente. Entre 1995 e 1998, o déficit entre a arrecadação líquida do INSS e os gastos com benefícios previdenciários passou de R\$ 465 milhões para R\$ 10,2 bilhões, ou seja, aumentou cerca de 2.000%. Nos quatro anos seguintes, ou seja, após a reforma e sua regulamentação, o aumento do déficit foi bem menos expressivo – 79%.

Outra variável relevante foi a elevação da idade média de concessão da aposentadoria por tempo de contribuição dos segu-

rados que tiveram o valor de seus benefícios afetados pela Lei nº 9.876/99. Esta aumentou de 48,9 para 53,2 anos entre 1998 e 2002².

Também vale destacar que projeções atuariais da Secretaria de Previdência Social indicam que o déficit do RGPS em relação ao PIB tendia a se estabilizar em torno de 1,20%, como decorrência das medidas implementadas no bojo da primeira etapa da reforma da previdência. Situação bastante distinta da projeção da relação déficit/PIB quando se considera a inexistência da Emenda 20 e leis posteriores:



Fonte: SPS/MPAS

Comprovam-se, pois, os primeiros resultados positivos das mudanças implementadas e a tendência de melhoria no longo prazo. Mesmo assim, não há como negar que a situação continuou crítica. Em 2001, o déficit do RGPS foi da ordem de R\$ 12,8 bi-

lhões, equivalente a 1,1% do PIB, o que representou aumento real de 18% em relação ao ano anterior. No ano seguinte, passou para R\$ 17 bilhões, ou seja, 1,3% do PIB, conforme pode ser ilustrado na tabela abaixo.

Evolução da arrecadação líquida, despesa com benefícios previdenciários e saldo previdenciário, segundo a clientela urbana e rural – 1997/2002

(Valores em R\$ milhões correntes)

ANO	CLIENTELA	ARRECADADAÇÃO LÍQUIDA (a)	BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS (b)	SALDO (a – b)
1997	TOTAL	44.148	47.249	-3.101
	Urbana	42.670	38.182	4.488
	Rural	1.478	9.067	-7.589
1998	TOTAL	46.641	53.743	-7.102
	Urbana	45.301	43.872	1.429
	Rural	1.340	9.870	-8.531
1999	TOTAL	49.128	58.540	-9.412
	Urbana	47.801	47.886	-85
	Rural	1.327	10.654	-9.328

ANO	CLIENTELA	ARRECADAÇÃO LÍQUIDA (a)	BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS (b)	SALDO (a - b)
2000	TOTAL	55.715	65.787	-10.072
	Urbana	54.172	53.614	558
	Rural	1.543	12.173	-10.630
2001	TOTAL	62.492	75.328	-12.836
	Urbana	60.651	60.711	-60
	Rural	1.841	14.617	-12.776
2002	TOTAL	71.028	88.027	-16.999
	Urbana	68.726	70.954	-2.228
	Rural	2.302	17.072	-14.770

Não obstante, é importante analisar corretamente os dados concernentes a esse déficit. Como se sabe, dentre as mudanças advindas da CF de 1988, destacam-se as referentes aos trabalhadores rurais. Embora tais mudanças tenham representado substancial avanço social, não foram acompanhadas de correspondente fonte de receitas que viabilizasse o equilíbrio financeiro de longo prazo do sistema. Com efeito, as contribuições oriundas da área rural nunca ultrapassaram 13% dos dispêndios totais com benefícios rurais.

Nesse contexto, o que se verifica é que a componente básica do déficit do RGPS encontra-se na área rural, onde milhões de segurados recebem benefícios sem terem aportado as respectivas contribuições ao sistema. Os dados da tabela anterior demonstram essa assertiva, possibilitando verificar que a previdência na área urbana é praticamente equilibrada. Na verdade, a maioria dos segurados da área rural não configuram típicos participantes de um seguro social como o previdenciário. Representam, em realidade, beneficiários da assistência social, onde não se exige contribuição prévia para usufruto de benefício. Como tais, deveriam, ter o custeio de suas aposentadorias sob a responsabilidade da assistência social, a partir de contribuições gerais, e não da previdência.

Tal percepção é essencial, na medida em que permite que se discuta de forma apropriada a questão vinculada ao montante real do déficit do RGPS. Isso é, que se saiba que ele embute expressivo montante de gastos que deveriam estar em outra rubrica, a

da assistência social. Na verdade, a previdência conduz o maior programa de assistência social do país, porquanto, segundo estimativa da Secretaria de Previdência Social, retira 18 milhões de pessoas da linha de pobreza.

Outro condicionante significativo do aumento do déficit do RGPS é a política de elevação gradual do valor real do salário mínimo – que representa o valor do benefício da maior parte dos participantes da previdência social – que vem sendo implementada nos últimos anos. Entre maio de 1997 e março de 2002, enquanto a inflação foi 32,87%, o salário mínimo foi reajustado em 66,67%. Ou seja, foi objeto de aumento real de 25,44%.

Há, ainda, outro fator não-atuarial que influencia significativamente o déficit: as renúncias previdenciárias presentes nos setores com regras especiais (empresas do SIMPLES, segurados especiais, entidades filantrópicas, empregadores rurais e domésticos, clubes de futebol), estimadas em R\$ 10,8 bilhões em 2002.

Em suma, a despeito dos componentes atuariais, por trás do déficit da previdência social estão: (a) a política assistencial de transferência de renda da área urbana para a rural; (b) política de distribuição de renda por meio de aumentos reais conferidos ao salário-mínimo; (c) políticas de subsídios a determinados setores. Ou seja, tal desequilíbrio repousa muito mais na utilização da previdência para efetivação de políticas sociais de cunho eminentemente assistenciais do que nas regras intrínsecas ao seguro social previdenciário.

Quanto ao regime especial dos servidores públicos, os impactos preliminares da Emenda 20 ficam evidentes quando se nota

a diminuição brusca das aposentadorias concedidas após 1998, conforme ilustra o gráfico a seguir.



Fonte: Boletim Estatístico de Pessoal-Julho/2002 - MPOG

Também alvissareira foi a projeção de declínio e estabilização – em torno de 1,0% – da participação da necessidade de financiamento da previdência dos servidores federais civis no PIB, no período 2003/2020, constante do Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) – 2003.

Não obstante, mesmo com os avanços mencionados, ainda persiste sério desequilíbrio entre receitas e despesas. Basta ver que o Estado (governos federal, estadual e municipal) pagou em benefícios R\$ 61,0 bilhões e arrecadou apenas R\$ 7,3 bilhões no exercício de 2002. Considerando a contribuição de 22% sobre a folha de pagamento, que pode ser arbitrada ao Estado como empregador, a necessidade de financiamento da previdência no setor público (diferença entre as despesas com inativos e pensionistas e as receitas de contribuições), em 2002, correspondeu R\$ 39,1 bilhões, representando 3% do PIB brasileiro.

É importante frisar, entretanto, que os dados acima incluem os militares, cujo regime de previdência não foi alvo de qualquer mudança, e cujos proventos de inatividade e pensões representam cerca de 36% dos gastos com inativos e pensionistas do setor público, mas cujas contribuições representam apenas 0,5% do total das contribuições recolhidas para os dois sistemas.

6. Emenda 41: a hora e a vez apenas dos servidores públicos

Baseado no diagnóstico antes mencionado acerca do desequilíbrio financeiro e atuarial do regime geral, o Governo que assumiu o país em 2003 considerou que seu aprimoramento deveria ter como foco medidas de caráter gerencial, tais como: (a) incentivo à filiação e contribuição, na tentativa de trazer para a previdência social o enorme contingente de trabalhadores alocados no mercado de trabalho informal (atualmente maior que o mercado formal)³; (b) combate à sonegação e às fraudes, melhoria dos serviços de atendimento, ampliação do esforço de recuperação de créditos e aumento da arrecadação.

No caso da previdência privada complementar, a Emenda 20 e posterior regulamentação (Leis Complementares nº 108 e 109) foram consideradas suficientes para imprimir os rumos modernizantes essenciais para a expansão e consolidação do sistema, bem como para o equilíbrio atuarial no escopo dos fundos de pensão patrocinados por empresas públicas.

Em contrapartida, o diagnóstico do novo Governo em relação ao RPSP era o de que restava muito a aprimorar nesse regime. Em especial, porque a respectiva necessidade de financiamento, ao representar 3% do PIB,

pressiona sobremaneira as contas públicas e compromete o necessário ajuste fiscal do Estado. Assim, o Governo Lula propôs à sociedade brasileira o aprofundamento das medidas até então implementadas, no que se refere aos regimes próprios dos servidores. Tal proposta foi encaminhada ao Congresso Nacional em abril de 2003 e, depois de apenas oito meses de tramitação, consubstanciou-se na Emenda 41.

Nessa segunda etapa do processo de reformulação da previdência social brasileira, apenas duas medidas impactaram o RGPS. Uma, a elevação do teto de benefícios e de contribuições para R\$ 2.400,00, de forma a restabelecer o valor equivalente a dez salários mínimos da época da aprovação da Emenda 20. Outra, a previsão de lei destinada a instituir um sistema especial de inclusão previdenciária para trabalhadores de baixa renda, que lhes garanta acesso a benefícios no valor de um salário mínimo (exceto aposentadoria por tempo de contribuição).

No caso dos militares, a eles se aplicou apenas a sujeição ao teto e aos subtetos remuneratórios do setor público. Na verdade, a Emenda 41 desconstitucionalizou as normas referentes às aposentadorias e pensões dos militares, permitindo que a matéria seja disciplinada apenas por lei ordinária.

Todas as demais medidas só atingiram os servidores públicos e foram bem mais severas do que as constantes da proposta

de emenda constitucional inicialmente apresentada pelo Governo FHC.

Em linhas gerais, a nova proposta de reforma seguiu o mesmo rumo inicialmente traçado pela Emenda 20. Dessa vez, no entanto, a força política do novo governo de esquerda instaurado no poder conseguiu implantar medidas duras, antes eficazmente combatidas por esta mesma força política e, portanto, politicamente inviabilizadas. Com efeito, o Governo Lula conseguiu não apenas efetivar as principais medidas relativas ao regime do servidor que ficaram fora das modificações até então empreendidas, como ir além. Ademais, ao contrário da experiência anterior, conseguiu aprovar praticamente tudo o que quis (e em tempo recorde), ou seja, conseguiu manter as linhas básicas de sua proposta inicial.

Analisa-se, a seguir, as principais mudanças advindas da promulgação da Emenda 41 (ajustes paramétricos), agrupadas nos seguintes temas:

- fixação e reajuste do valor das aposentadorias e pensões;
- restrições ao montante de rendas auferidas – aplicação do teto;
- contribuições de servidores inativos e de pensionistas;
- aposentadoria por tempo de contribuição – regras transitórias;
- regime de previdência complementar para servidores públicos.

(a) *Fixação e reajuste do valor das aposentadorias e pensões*

CONSTITUIÇÃO DE 1988 + EMENDA 20, de 1998	EMENDA 41, de 2003
<p><i>Aposentadorias e pensões:</i> mantidas a integralidade e a paridade, sendo que tais benefícios, por ocasião de sua concessão, passaram a não poder exceder a remuneração do servidor no cargo efetivo em que se desse a aposentadoria ou que servisse de referência para a concessão da pensão.</p> <p><i>Aposentadorias:</i> restrições adicionais passaram a vigor: 10 anos no serviço público e 5 no último cargo, bem como</p>	<p><i>Aposentadorias e pensões:</i> além da manutenção das exigências estabelecidas pela Emenda 20, fim da paridade de reajustes, passando ambos os benefícios a serem corrigidos pela inflação.</p> <p><i>Aposentadorias:</i> proventos calculados com base nas remunerações sobre as quais incidiram as contribuições ao RPSP e ao RGPS, ou seja, fim da integralidade.</p> <p><i>Pensões:</i> equivalentes ao valor da totalidade:</p> <p>(a) dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo do RGPS, acrescido de 70% da parcela excedente a este limite, caso o servidor esteja aposentado à data do óbito; ou</p>

CONSTITUIÇÃO DE 1988 + EMENDA 20, de 1998	EMENDA 41, de 2003
idades mínimas de 60/55 anos para aposentadoria por tempo de contribuição.	(b) da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der o falecimento, até o limite do RGPS, acrescido de 70% da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.

Nos aspectos vinculados à fixação e reajuste dos benefícios, a Emenda 41 foi muito além das exigências introduzidas pela reformulação anterior. Em primeiro lugar, conseguiu eliminar da CF a previsão de que os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, sejam calculados com base na remuneração integral do servidor. Ou seja, conseguiu eliminar a integralidade dos proventos das regras permanentes (veremos adiante que há possibilidade de vigor em uma das opções das regras transitórias). Doravante, tais proventos passam a ser calculados com base nas remunerações sobre as quais incidiram as contribuições ao RPS e ao RGPS, isso é, com base na remuneração integral e no salário-de-contribuição limitado ao teto do regime geral (R\$ 2.400,00). Com isso, perdeu sentido a averbação do tempo de contribuição no RGPS, acabando, consequentemente, seu efeito perverso para o equilíbrio entre fluxo de contribuições e pagamentos no âmbito do regime próprio do servidor público⁴. Ressalte-se, ainda, que, similarmente ao estipulado para o RGPS, ficou garantida a atualização monetária dos salários-de-contribuição considerados para o cálculo dos proventos.

Em segundo lugar, a Emenda 41 conseguiu eliminar a garantia de equivalência entre os reajustes dos proventos de aposentadoria e das pensões e os das remunera-

ções dos servidores em atividade. Isso é, acabou a regra de paridade entre ativos e inativos/pensionistas. Mais ainda, deixou de existir sequer nas regras transitórias. Doravante, os benefícios previdenciários passam a ser reajustados apenas pela inflação, conforme critérios estabelecidos em lei, tal qual vige para o RGPS.

Em terceiro, a emenda modificou sobremaneira a fixação do valor da pensão, que passou a ser integral somente até o teto do RGPS. Acima deste, concede-se apenas 70% do valor. Nesse caso, o argumento central é que a perda de um membro da família implica na necessidade de menor renda *per capita* para manter o mesmo padrão de vida familiar. Contudo, o mesmo argumento não se aplicou quando considerada a isenção de contribuição para as pensões até o teto do RGPS. Neste último caso, a explicação mais satisfatória vincula-se à necessidade de aplicar o mesmo critério vigente no regime geral, onde a pensão é integral.

Por fim, vale agregar que a Emenda 41 empreendeu sutil mudança com relação à aposentadoria por invalidez. No lugar da previsão de lei que apenas especifique as doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a Constituição passou a prever a regulamentação geral dessa aposentadoria mediante legislação infraconstitucional.

b) Restrições ao montante de rendas auferidas – aplicação do teto

CONSTITUIÇÃO DE 1988 + EMENDAS 19 e 20, ambas de 1998	EMENDA 41, de 2003
<i>A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do DF e dos municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos</i>	As rendas abarcadas pelo teto no âmbito do setor público (subsídio dos Ministros do STF) permaneceram as mesmas estipuladas nas Emendas 19 e 20. Foram adicionados, entretanto, os chamados subtetos no âmbito dos municípios, estados e DF (art. 37, XI, da CF). Assim, os limites máximos de remuneração passaram a ser os seguintes:

CONSTITUIÇÃO DE 1988 + EMENDAS 19 e 20, ambas de 1998	EMENDA 41, de 2003
<p><i>cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderiam exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF (art. 37, XI, da CF).</i></p> <p><i>Tal subsídio deveria ser fixado por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara, do Senado e do STF. Contudo, a falta desta lei implicou a não-implementação do teto. Além disso, jurisprudência foi sendo firmada de modo a excluir várias parcelas remuneratórias do teto previsto.</i></p>	<p>(a) União: subsídio dos Ministros do STF;</p> <p>(b) municípios: subsídio do prefeito;</p> <p>(c) estados e DF:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Executivo: subsídio do governador, – Legislativo: subsídio dos deputados estaduais e distritais, – Judiciário: subsídio dos desembargadores do Tribunal de Justiça (limitado a 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF e aplicável aos membros do Ministério Público, aos procuradores e aos defensores públicos). <p>Foi eliminada a previsão da iniciativa conjunta da lei que virá a fixar o subsídio dos Ministros do STF, ficando estipulado que, até que seja estabelecido esse subsídio, considerar-se-á, para fins de teto, o valor da maior remuneração atribuída a tais Ministros (art. 8º, Emenda 41). A esta última determinação, somou-se a invocação do disposto no art. 17 do ADCT, que estipula que as rendas percebidas em desacordo com a Constituição devem ser imediatamente reduzidas aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título (art. 9º, Emenda 41).</p>

A segunda etapa da reforma da previdência conseguiu o que a anterior e a Reforma Administrativa não conseguiram: submeter todas as rendas no âmbito do setor público a limites máximos, passando a vigor teto federal e subtetos estaduais e municipais. O teto da União (limite máximo para qualquer ente federado), embora tenha continuado a corresponder ao subsídio mensal dos Ministros do STF, deixou de ser iniciativa dos três Poderes, tal qual previsto na Reforma Administrativa. Ademais até que se estabeleça a nova sistemática, ficou considerado, para fins de teto, a partir da vigência da Emenda 41, o valor da maior remuneração de Ministro do STF, estipulada em R\$ 19.115,19 a partir de janeiro de 2004. Isso implica a vigência imediata do teto remuneratório.

Assim, quaisquer remunerações e rendas de benefícios em desacordo com os tetos e subtetos estipulados para a União, estados, DF e municípios serão imediatamente reduzidas. Isso inclui, a princípio, qual-

quer acúmulo de renda, como, por exemplo, de pensão e salário e atinge todos os servidores públicos ativos, inativos e pensionistas.

Destaque-se que, além de não haver regra de transição, não se reconhece direito adquirido com relação à aplicação dos tetos e subtetos remuneratórios, o que, provavelmente, redundará em longa discussão na Justiça. Isso, porque é controverso o entendimento de que as disposições de uma emenda constitucional possam retroagir para desconstituir direitos adquiridos. Grande parte da doutrina entende que o poder de emenda está sujeito às limitações que o poder constituinte originário lhe impõe (na Constituição de 1988, tais limitações estão positivadas no art. 60, § 4º). Assim, não pode desconstituir direitos e garantias individuais, como é o caso da irredutibilidade dos vencimentos. Com efeito, apenas contra a Constituição, tal como originalmente posta, é que não há, efetivamente, que ser argüido qualquer direito adquirido. Tanto é assim,

que o constituinte originário pôde estatuir o disposto no art. 17 do ADCT, agora invoca-

do para respaldar a aplicação imediata dos limites de renda.

(c) *Contribuições de servidores inativos e de pensionistas*

CONSTITUIÇÃO DE 1988 + EMENDA 20, de 1998	EMENDA 41, de 2003
<i>Embora não tenha sido intenção do Governo, muito pelo contrário, ficou explicitamente vedada, na Constituição, a imposição de contribuições de aposentados e pensionistas. Assim, estes continuaram sem contribuir para seus regimes de previdência.</i>	<p><i>Regra geral:</i> incidência de contribuição sobre as aposentadorias e pensões do RPSP que superem o teto do RGPS, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos (art. 40, §18, da CF).</p> <p><i>Inativos e pensionistas em gozo de benefícios na data da publicação da emenda e aqueles que até esta data cumpriram todos os requisitos para obtenção de aposentadoria e pensão:</i> também deverão contribuir, mas a contribuição previdenciária deve incidir sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:</p> <ul style="list-style-type: none">(a) 50% do teto do RGPS, no caso dos estados, DF e municípios;(b) 60% desse limite, no caso da União.

A Emenda 41 conseguiu outra proeza: estabelecer a incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria e pensões concedidas pelo RPSP com valores superiores ao teto do RGPS. Ou seja, até o valor do teto, há isenção. Esta, por sua vez, existe para conferir tratamento isonômico com os aposentados e pensionistas do RGPS, já que estes não contribuem sobre suas aposentadorias e pensões (art 195, II, CF).

No caso dos que estavam na condição de aposentados e pensionistas na data da promulgação da nova emenda constitucional, bem como daqueles que cumpriram todos os requisitos para obtenção de tais benefícios até esta data, também passou a incidir a contribuição previdenciária, porém com menores limites de isenção. O argumento governamental para tal diferenciação foi o de que, por terem contribuído menos para o custeio de seus benefícios do que os futuros beneficiários o farão, os atuais aposentados e pensionistas devem contribuir mais para a cobertura do vultoso desequilíbrio financeiro do RPSP.

Destaque-se que, tal qual a questão vinculada à aplicação do teto, a contribuição

dos que já eram inativos e pensionistas na data da entrada em vigor da Emenda 41 e dos que cumpriram todos os requisitos para obtenção do benefício previdenciário até essa data representa ponto cuja constitucionalidade certamente será questionada junto ao STF, na medida em que é objeto de significativa controvérsia doutrinária.

Quando da apreciação da matéria no Congresso Nacional, vários argumentos foram invocados a favor da constitucionalidade da contribuição dos inativos e pensionistas, destacando-se o que argüia a inexistência de direito adquirido à não-incidência de tributo, sendo certo que a natureza jurídica da contribuição previdenciária é a de espécie do gênero tributo.

Todavia, juristas conceituados sustentam que tais argumentos não são suficientes para corroborar a contribuição daqueles que já estavam aposentados e dos que já eram beneficiários de pensão na data da publicação da Emenda 41. O Deputado Federal Michel Temer, advogado e professor de direito constitucional da PUC-SP, por exemplo, defende a não-tributação dos que já eram inativos e pensionistas. Entretanto, não invoca, nesse caso, o direito adquirido,

visto entender que a aquisição do direito à aposentadoria e à pensão não representa aquisição do direito à imunidade após a inatividade ou ao início do recebimento de pensão. Seu argumento é que a aposentadoria (bem como o início da percepção de pensão) constitui ato jurídico perfeito, ou seja, ato que se integralizou sob uma ordem normativa em vigor antes da alteração legal pertinente. Como tal, passa a constituir patrimônio jurídico de quem dele se beneficia, adquirindo o beneficiário um direito definitivo.

Na mesma linha de raciocínio, é plausível argüir que aqueles que decidiram, espontaneamente, postergar a entrada na inatividade ou que estavam no curso da tramitação burocrática para início do recebimento de pensão, por ocasião da entrada em vigor da Emenda 41, não podem ser prejudica-

dos, sendo admissível que também arguam a inconstitucionalidade da contribuição.

No caso dos regimes próprios de previdência dos estados, do DF e dos municípios, ficou estipulado, ainda, que as alíquotas de contribuição dos servidores ativos e dos inativos/pensionistas, além de passarem a ser obrigatórias, não poderão ser inferiores à vigente para os servidores da União.

Por fim, vale adicionar que, como forma de incentivar a prorrogação do pedido de aposentadoria até o advento da aposentadoria compulsória (70 anos de idade), foi estabelecido o direito à percepção de abono de permanência no serviço equivalente ao valor da contribuição previdenciária, no caso de servidores que, tendo adquirido o direito de se aposentar, optem por permanecer em atividade.

(d) Aposentadoria por tempo de contribuição – regras transitórias

CONSTITUIÇÃO DE 1988 + EMENDA 20, de 1998	EMENDA 41, de 2003
<p>– <u>integral</u>: proventos de aposentadoria equivalentes à remuneração integral no último cargo exercido, se atendidas as seguintes condições:</p> <ul style="list-style-type: none"> • acréscimo no tempo de contribuição equivalente a 20% do tempo ainda por cumprir para atingir 35 anos de contribuição, se homem, ou 30, se mulher, na data da publicação da Emenda 20 (conhecido como “pedágio”); • idade mínima de 53 (homem) ou 48 (mulher) anos e 5 anos de exercício no cargo em que se desse a aposentadoria. <p>– <u>proporcional</u>: eliminada das regras permanentes, mas mantida nas transitórias, aplicando-se as mesmas condições acima, com a diferença de que o pedágio era de 40%.</p> <p>– <u>paridade de reajustes</u>: mantida, em ambos os casos.</p>	<p>(art. 2º, Emenda 41):</p> <p>– <u>fim da aposentadoria integral</u>: proventos calculados com base nas remunerações sob as quais incidiram as contribuições ao RPSP e ao RGPS.</p> <p>– fim da aposentadoria proporcional também nas regras transitórias.</p> <p>– <u>fim da paridade</u>: proventos reajustados pela inflação.</p> <p>– idade, tempo de contribuição e de exercício no último cargo: mantidas as exigências estipulados na Emenda 20, mas os proventos passaram a estar sujeitos a redução, para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos nas regras permanentes (60/55 anos), na seguinte proporção:</p> <p>(a) 3,5%, para aquele que completar as exigências para aposentadoria até 31/12/05;</p> <p>(b) 5%, para o que as completar a partir de 01/01/06.</p> <p>(art. 6º, Emenda 41):</p> <p><u>Regra transitória alternativa</u>: direito a proventos integrais, embora não garanta a correção nem pela paridade nem pela inflação, satisfeitas as seguintes exigências:</p> <p>(a) 60 anos de idade e 35 de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher;</p> <p>(b) 20 anos de efetivo exercício no serviço público; 10 anos na carreira e 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria.</p>

Conforme visto, a Emenda 20 conseguiu avançar bastante em termos de garantir uma maior correlação entre contribuições e pagamento de benefícios no âmbito do setor público, tendo imposto limites de idade e tempos mínimos no serviço público e no cargo para efeito de concessão da aposentadoria por tempo de contribuição. Na ocasião, regra transitória foi estabelecida para aqueles que já eram servidores públicos na data da vigência da emenda constitucional.

A Emenda 41, sob o argumento de não ser justo conceder aposentadoria integral a servidores com apenas 48 ou 53 anos de idade, tal qual estipulado na regra transitória, alterou substancialmente a sistemática antes estabelecida, conforme mostrado no quadro anterior.

De acordo com a nova regra, o servidor em atividade quando da publicação da Emenda 20, que foi, por questão de justiça, incluído em regra transitória, passou a estar sujeito à seguinte situação: se optar por se aposentar aos 53 anos de idade (ou 48, no caso de servidora), a partir de janeiro de 2006, por exemplo, terá direito a apenas 65% dos proventos, que não mais terão relação direta com a última remuneração (fim da integralidade) nem com os reajustes dos ativos (fim da paridade). É inegável que tais alterações afetaram fortemente os direitos em processo de aquisição.

Ressalvado o direito de opção pela aposentadoria pelas novas regras permanentes ou pelos novos critérios vinculados às condições transitórias estabelecidas na Emenda 20, foi estabelecida outra regra de transição para aposentadoria dos servidores que ingressaram no serviço público até a data da publicação da Emenda 41. Trata-se da possibilidade de aposentadoria com proventos integrais (pensão não está incluída), desde que o servidor preencha, cumulativamente, determinadas condições. Nesse caso, a correção dos proventos dar-se-á na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei. Ou seja, caberá à lei estabelecer os critérios de correção. Isso significa que a nova regra transitória garante a integralidade, mas não a paridade. Na verdade, o servidor que decida se aposentar sob o bojo de tal regra alternativa não terá a garantia nem da paridade nem do reajuste pela inflação.

Apenas os aposentados e pensionistas na data da promulgação da Emenda 41 e aqueles que cumpriram todos os requisitos para obtenção de aposentadoria e pensão até esta data conseguiram manter o direito à paridade com os servidores ativos (art. 7º). Todos os demais deixaram de ter esse direito, não tendo sido estabelecida qualquer regra de transição, o que é sobremaneira injusto.

(e) Regime de previdência complementar para servidores públicos

CONSTITUIÇÃO DE 1988 + EMENDA 20, de 1998	EMENDA 41, de 2003
<p>A União, os estados, o DF e os municípios, desde que instituíssem regime de previdência complementar para seus servidores, poderiam fixar, para as aposentadorias e pensões a serem concedidas, o mesmo limite máximo estabelecido para o RGPS.</p> <p>Essa situação só se aplicava ao servidor que ingressasse no serviço público após a publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar, que, por seu turno, só poderia ser instituído depois da vigência de lei complementar sobre o assunto. Para os demais servidores, a aplicação da nova sistemática só poderia ocorrer mediante opção.</p>	<p>Permanecem os mesmos dispositivos estabelecidos na Emenda 20, com a diferença de não mais ser requerida lei complementar que disponha sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, estados, DF e municípios, para atender a seus servidores.</p> <p><i>Além disso, ficou estabelecido que a instituição do regime complementar deve se dar mediante lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observadas as regras da previdência complementar, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.</i></p>

Também ficou vedada a existência de mais de um RPSP e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal (exceto para militares).

A Emenda 41, da mesma forma que a Emenda 20, estipulou que os entes federados poderão instituir, mediante lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, regime de previdência complementar para seus servidores. A diferença, vale repetir, é que deixou de requerer a edição prévia de lei complementar destinada a estabelecer as regras gerais a serem observadas. Tal dispensa justifica-se pelo fato de as Leis Complementares nº 108 e 109 já disporem satisfatoriamente sobre tais regras.

Além disso, conseguiu-se estipular, na própria Constituição, um dos parâmetros básicos que se queria estabelecer no âmbito da previdência complementar dos servidores públicos: planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. Sublinhe-se que este foi um dos pontos mais controversos durante o processo de apreciação do Projeto de Lei nº 9, de 1999, na medida em que foi objeto de acirrada objeção do Partido dos Trabalhadores.

Com relação à exigência de que os fundos de pensão dos servidores deverão ter natureza pública, cabe apontar a preocupação com a regulamentação da matéria, na medida em que o termo “natureza pública” não possui significação jurídica estabelecida. Assim, seu significado dependerá da normatização da matéria. Se esta for no sentido do estabelecimento de institutos de previdência constituídos como fundações ou autarquias públicas, estar-se-á quebrando um dos pilares da organização da previdência complementar no Brasil, que sempre teve natureza privada. Além disso, correr-se-á o risco de o sistema ficar mais vulnerável às ingerências políticas. Ademais, caso venham a ser fundos públicos, o Governo Federal poderá encontrar dificuldades para supervisionar e regular as entidades cria-

das por estados e municípios, devido aos princípios constitucionais de autonomia federativa.

Quanto aos demais dispositivos sobre a matéria, estes são basicamente os mesmos estipulados pela Emenda 20, com a diferença de que os regimes próprios de previdência que vigorarão até o teto do RGPS terão regras muito mais duras do que as previstas na Emenda 20. Enquanto antes as regras concernentes à aposentadoria integral e à paridade de reajustes continuavam a vigorar para os servidores com salários até o teto do regime geral, a partir da Emenda 41, os critérios de concessão e de correção de benefícios ficaram praticamente iguais aos vigentes no âmbito do RGPS.

Aliás, a nova configuração dos regimes próprios de previdência dos servidores tende a inviabilizar a alternativa disponibilizada pela Reforma Administrativa e regulamentada pela Lei nº 9.962, de 2000, que disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração Federal direta, autárquica e fundacional. Ou seja, a contratação de servidores públicos pelo regime celetista, no caso de carreiras não-típicas de governo. Isso tende a ocorrer porque provavelmente será menos oneroso para o Estado admitir servidores estatutários do que empregados públicos regidos pela CLT, na medida em que os encargos trabalhistas destes últimos deverão ser maiores do que os dos primeiros.

7. A “PEC Paralela”

Originária do Senado Federal, a Emenda à Constituição nº 227, de 2004, conhecida como “PEC Paralela”, foi fruto dos debates e negociações políticas empreendidas naquela Casa, por ocasião da apreciação e aprovação da Emenda 41. Representou ino-

vadora estratégia do Governo e de sua base aliada para conseguir a aprovação, praticamente sem alterações, do texto da reforma da previdência previamente aprovado na Câmara dos Deputados, o qual mantinha as linhas básicas da proposta original do Governo Lula. Assim, a proposição paralela contém as alterações básicas da Emenda 41 acordadas pelos senadores e aceitas pelo Governo, mas não consubstanciadas no texto da emenda constitucional aprovada. Em tramitação na Câmara dos Deputados, a proposição foi já aprovada na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

As principais alterações trazidas pela PEC Paralela vinculam-se à imposição do teto e dos subtetos às rendas do setor público. A nova redação conferida ao inciso XI do art. 37 da CF retira do alcance dos limites de renda as pensões e as vantagens de qualquer natureza não especificadas no texto. No primeiro caso, a modificação sustenta-se no argumento de que é injusto, em caso de cônjuges que ocupam elevados postos no Governo, que o falecimento de um impinja brutal redução de renda à família. Ainda mais quando se considera que as pensões dos altos funcionários já sofrerão corte significativo com as novas regras impostas pela Emenda 41. No segundo caso, a modificação objetiva não dar margem à interpretação de que verbas indenizatórias estejam abrangidas pelos limites de renda estipulados.

Com relação aos subtetos, é conferida aos entes federados, por determinado período de tempo, maior flexibilidade na estipulação de seus respectivos limites de renda. Afora a regra básica estabelecida na Emenda 41, outras duas opções são instituídas. Possibilita-se que o Poder Executivo dos estados e do DF estipule, como seu limite máximo de renda, valor de referência não inferior ao subsídio do governador nem superior ao do desembargador do respectivo Tribunal de Justiça (limitado a 90,25% do subsídio do Ministro do STF). No caso dos municípios, é conferida possibilidade similar,

com a diferença de que o limite inferior do valor de referência deve corresponder ao subsídio do prefeito. Aos Poderes Executivo e Legislativo dos estados e do DF, é facultada a adoção do mesmo limite do Poder Judiciário (subsídio do desembargador do Tribunal de Justiça). Além disso, os estados, o DF e os municípios terão ainda a alternativa de fixar, em seu âmbito, como limite único para todos os poderes, o subsídio mensal dos desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça. Algumas vedações relativas aos subsídios dos governadores são subsidiariamente estipuladas, bem como é prevista a retroação benéfica da aplicação dos novos dispositivos sobre tetos e subtetos à data da vigência da Emenda 41.

Outra alteração fundamental ocorre no escopo da regra de transição que garante, para os servidores em atividade até a publicação da Emenda 41, desde que atendidos condicionantes básicos, proventos integrais, mas sem garantia de paridade nem de reajuste pela inflação (art. 6º da Emenda 41). A nova proposição concede a esses servidores o justo direito à paridade, inclusive no caso de pensões derivadas de proventos de servidores falecidos que se aposentarem em conformidade com a regra transitória em questão.

Ainda com relação a regras transitórias, nova opção é disponibilizada ao servidor que tenha ingressado no serviço público até a data da publicação da nova emenda constitucional. Este poderá optar pela aposentadoria com proventos integrais e garantia de reajustes pela paridade, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições: (a) 35 anos de contribuição, se homem, ou 30 anos, se mulher; (b) 25 anos de efetivo exercício no serviço público, 15 anos de carreira e 5 no cargo em que se der a aposentadoria; (c) idade mínima reduzida em relação a 60/55 anos, na proporção de um ano para cada ano que exceda os 35/30 anos de contribuição.

Essa nova sistemática busca conferir tratamento mais apropriado àqueles que in-

gressaram cedo no mercado de trabalho, tendo exercido basicamente funções públicas ao longo de suas vidas profissionais. Assim, por exemplo, um trabalhador que tenha ingressado no mercado laboral aos 18 anos de idade, poderá se aposentar, com a maior parte das garantias que o impulsionaram a atuar no serviço público por pelo menos 25 anos, aos 53 anos de idade e, sendo mulher, aos 48 anos. Dessa forma, corrige-se, pelo menos para aqueles que trabalharam no serviço público durante a maior parte de suas vidas, uma das maiores injustiças impetradas pela Emenda 41: a radical alteração das regras transitórias estipuladas pela emenda constitucional anterior.

São as seguintes as demais mudanças propostas pela PEC Paralela:

(a) condições especiais para aposentadoria de portadores de necessidades especiais (no caso de servidores públicos e de participantes do RGPS);

(b) no caso de servidor aposentado e pensionista portador de doença incapacitante, o limite de isenção da contribuição previdenciária previsto nas regras permanentes aumenta, passando a corresponder ao dobro do teto do RGPS, ou seja, R\$ 4.800,00;

(c) previsão de lei específica do respectivo ente federado para aposentadorias e pensões dos servidores policiais (estes passam, assim, a ter direito a tratamento diferenciado, tal qual ocorre com os militares);

(d) estipulação de condições mínimas que deverão ser observadas pelas unidades gestoras dos fundos de pensão de servidores públicos, bem como pelos gestores da Seguridade Social;

(e) especificações mais detalhadas acerca do sistema especial de inclusão social previsto na Emenda 41 (art. 201, §12, da CF), que deverá abranger os trabalhadores sem vínculo empregatício e aqueles sem renda própria dedicados, exclusivamente, ao trabalho doméstico no âmbito da residência da própria família e que terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do RGPS;

(f) ampliação das possibilidades de diferenciação de alíquotas e de bases de cálculo das contribuições sociais dos empregadores para a Seguridade Social, de modo a incluir a possibilidade de diferenças em razão do porte da empresa e da condição estrutural ou circunstancial do mercado de trabalho.

Ressalte-se que esta última modificação visa complementar recente alteração do art. 195 da CF, que trata das contribuições à Seguridade Social, empreendida pela Reforma Tributária (Emenda nº 42, de 19 de dezembro de 2003). De acordo com a nova redação do dispositivo, as contribuições sobre folha de salários poderão ser, doravante, substituídas gradual, total ou parcialmente pelas incidentes sobre receita ou faturamento. Com isso, espera-se desonerar a folha de salários e incentivar a formalização do emprego. Também se espera abrir caminho para a implantação do sistema de inclusão social destinado a trazer para a previdência social contingente expressivo de brasileiros que têm renda, mas estão fora da proteção previdenciária, por exercerem atividades informais ou mesmo autônomas.

Do exposto, fica claro que a PEC Paralela representa aperfeiçoamento justo e necessário das novas regras previdenciárias estabelecidas a partir da Emenda 41, com destaque para a flexibilização das regras relacionadas aos tetos remuneratórios, bem como para a atenuação do esforço contributivo de servidores em situações especiais, como é o caso daqueles em fase de transição.

8. Considerações gerais e perspectivas

O presente estudo buscou fornecer uma ampla visão do recente processo de reformulação da previdência social no Brasil, mostrando os avanços alcançados.

Certamente a reforma empreendida por meio da Emenda 20 não foi a ideal. Contudo, é importante ter em mente que foi a reforma possível de ser implantada naquele mo-

mento. Mesmo assim, conseguiu avançar sobremaneira em termos de garantia de relativo equilíbrio de longo prazo do sistema previdenciário, além de ter implantado vários ajustamentos paramétricos, que, no caso do regime do servidor público, conseguiram conter a trajetória explosiva do déficit ao longo do tempo.

O problema é que, sendo de curtíssimo prazo a necessidade de ajuste fiscal do Brasil, a redução do déficit previdenciário também se configura como urgente. Entretanto, previdência social é, por sua natureza intrínseca, política de longo prazo, visto que afeta diversas gerações. Assim, não se deve igualar os que ainda vão entrar no mercado de trabalho, os já filiados a algum regime previdenciário e os que se encontram em gozo de benefícios, porque muitas decisões individuais foram tomadas levando em consideração o arcabouço legal vigente, sendo impossível ou sobremaneira injusto para muitas pessoas fazerem ajustes inesperados. Isso não quer dizer, entretanto, que cada um dos grupos envolvidos – ativos, inativos e futuros segurados – não devam arcar com parte do ônus do ajuste. Pelo contrário. É importante que assim seja, para que não se imponha sobrecarga insuportável sobre as gerações futuras.

Também ficou evidente que o processo de regulamentação da Emenda 20 foi positivo. Modernizou e racionalizou o sistema previdenciário brasileiro, explorando satisfatoriamente as possibilidades de contenção de gastos abertas pelo novo texto constitucional.

Conforme visto, com o novo governo de esquerda alçado ao poder, em 2003, o processo de reformulação da previdência social ganhou novo fôlego, sendo conferida prioridade absoluta à aprovação de nova proposta de reformulação destinada a aprofundar as modificações até então empreendidas. Foi, assim, aprovada em tempo recorde, a Emenda 41, cujas mudanças foram substanciais e terão impactos sobremaneira positivos no equilíbrio atuarial de longo

prazo dos regimes próprios de previdência dos servidores públicos vinculados à União, aos estados, ao DF e aos municípios.

Na verdade, com as últimas mudanças empreendidas, a aposentadoria e a pensão do servidor público deixaram de constituir direitos intrínsecos à carreira pública, passando a representar efetivos benefícios previdenciários. Antes, as despesas com esses direitos corriam à conta do Tesouro, tal qual os gastos com remuneração e outras despesas de pessoal. Doravante, os benefícios serão concedidos a partir de regras previdenciárias, tal qual ocorre no âmbito do regime geral e da previdência privada. Ou seja, serão fruto das contribuições efetivamente aportadas pelo servidor e por seu empregador, aliviando, assim, os orçamentos públicos.

Em termos gerais, pode-se dizer que o processo de reformulação da previdência que vem sendo empreendido no Brasil, já tendo estabelecido importantes ajustes paramétricos, caminha na direção de consolidar um eficiente modelo misto de previdência, calcado em dois pilares básicos. O primeiro abrange o RGPS e o regime dos servidores públicos limitado ao mesmo teto do regime geral, consolidado sob bases atuariais e equilibradas no longo prazo. Esses dois regimes, embora não unificados, passaram a ter regras bastante homogêneas. O segundo pilar, um amplo, flexível e eficiente sistema privado de previdência complementar, que abarcará tanto trabalhadores da iniciativa privada quanto do setor público. Observe-se que tal configuração do sistema previdenciário representará, em termos práticos, a consecução do objetivo inicial de unificação entre o RGPS e o RPSP.

Vale complementar que a consolidação desse modelo misto segue o mesmo direcionamento adotado em países, tais como: Espanha, EUA, Finlândia, Grécia, Holanda, Itália, Irlanda, México, Japão, Noruega, Reino Unido, Suíça e Suécia. Nesses países, os fundos de pensão, além de se constituírem em fonte de renda para a aposentadoria, têm

papel fundamental no dinamismo do mercado de capitais e no financiamento produtivo. Assim, são boas as perspectivas nesse sentido.

Com efeito, é grande o potencial de crescimento da previdência privada no Brasil. Afinal, existem cerca de 40 milhões de integrantes da força de trabalho não vinculados a nenhum sistema fechado de poupança previdenciária, dentre os quais pelo menos 3 milhões estão situados em altas faixas salariais e detêm bom nível de qualificação profissional (dados PNAD-IBGE). Estes constituem, portanto, participantes potenciais da previdência complementar.

Outro importante ponto relaciona-se ao modelo ideal de sistema previdenciário para o Brasil. No início da década de 90, a questão da reforma da previdência era abordada em termos da opção entre regime público de repartição *versus* regime privado de capitalização e entre regime de benefício definido *versus* de contribuição definida. Ou seja, implicava reformulação estrutural do sistema.

Decorridos mais de dez anos, as opções passaram a se dar sob bases mais amplas. Antigas crenças foram contestadas, como, por exemplo, a que afirmava que a privatização do regime previdenciário conduz ao aumento da poupança nacional (embora esteja confirmado seu impacto positivo no desenvolvimento do mercado de capitais). Com efeito, o aporte financeiro do Estado, em caso de privatização do sistema previdenciário, é uma carga tripla. Isso, porque, em primeiro lugar, cabe ao Governo cobrir o déficit do sistema público. Em segundo, transferir contribuições do regime antigo para o novo. Por último, arcar com a aposentadoria mínima, que, em geral, é conferida àqueles segurados que não acumularam o suficiente para financiar sua própria conta individual.

No caso brasileiro, estima-se que tal custo representaria 2,5 vezes o PIB, o que, diante da crítica situação fiscal, significa que o Brasil jamais poderia optar por essa alternativa. Na verdade, o País despendeu tem-

po demais em discussões e análises centradas na alternativa de privatização do sistema, nos moldes do modelo de três pilares do Banco Mundial. Após anos de debates e estudos, pode-se dizer que o caminho escolhido não foi copiar modelos adotados em outros países, mas ajustar os elementos positivos de cada modelo à realidade brasileira.

Com relação ao regime geral de previdência, a tendência é que os esforços passem a se direcionar ao aprimoramento gerencial em curso, com destaque para alterações das renúncias previdenciárias nos setores com regras especiais e à ampliação da cobertura previdenciária, que hoje equivale a apenas 45% da população ocupada. Nesse último caso, trata-se de procurar abarcar contingente substancial dos chamados “sem-previdência”.

De qualquer forma, vale sublinhar que os dados relativos às projeções atuariais das despesas do RGPS preocupam. Afinal, de acordo com a LDO para 2004, enquanto as despesas com o regime de previdência dos servidores públicos federais (não considerados os militares) deverão diminuir de 1,18% para 0,77% do PIB entre 2003 e 2020; as relativas ao regime geral aumentarão de 6,66% para 7,29% (LIMA).

Os benefícios rurais, por exemplo, em vista de sua importância social e impacto distributivo, reclamam abordagem diferenciada. A necessidade de financiamento dos benefícios pagos à clientela rural, por constituir política de assistência social destinada a combater a pobreza, deve ser explicitada e devidamente coberta com recursos provenientes de outras contribuições sociais. Nesse contexto, vale lembrar a possibilidade trazida pela Emenda 42 (Reforma Tributária) de substituição da contribuição sobre a folha salarial pela incidente sobre receita ou faturamento.

Na verdade, a forma atual de financiamento da previdência rural evidencia um equívoco distributivo: o de trabalhadores pobres do setor urbano financiarem trabalhadores mais pobres do setor rural. Isso se

dá porque, depois de utilizadas as exíguas contribuições oriundas do setor rural, acesam-se os recursos das contribuições urbanas para a previdência. Apenas quando exaurida esta última fonte, é que se recorre às contribuições parafiscais da seguridade social (Cofins, Contribuição sobre o Lucro Líquido e CPMF, e outras fontes de menor peso). Tal sistemática é socialmente iníqua, devendo, pois, ser modificada. A necessidade de financiamento da previdência rural, que gira em torno de 1% do PIB (CASTRO & DELGADO), precisa ser explicitamente assumida como ônus fiscal de longo prazo assumido pelo conjunto da sociedade.

Ainda na esfera do RGPS, em vista do crescente envelhecimento da população brasileira e de seus efeitos no financiamento do regime de repartição vigente, cabe considerar a possibilidade de igualar o tratamento, em termos de idade e de tempo de contribuição, entre homens e mulheres e entre professores não-universitários e as demais categorias profissionais (tanto no RGPS quanto no RPSP), bem como entre trabalhadores urbanos e rurais. Além disso, é igualmente oportuno considerar a estipulação de uma idade mínima para aposentadoria por tempo de contribuição, no âmbito do regime geral, ou mesmo a vigência, no longo prazo, apenas da aposentadoria por idade em todos os regimes previdenciários do país. No primeiro caso, a proposta decorre do fato de que o fator previdenciário, embora reduza o valor da aposentadoria precoce, não a elimina. Com efeito, a incidência do fator tende a não inibir a aposentação precoce do trabalhador que auferir maior rendimento e participa de fundo de pensão destinado a complementar sua aposentadoria. No segundo caso, a idéia é igualar a previdência brasileira à tendência mundial de existência apenas da aposentadoria por idade e por invalidez.

Outra perspectiva de mudança está na reformulação da previdência dos militares. Como visto, estes passaram incólumes pelas reformas previdenciárias até aqui em-

preendidas. Na verdade, o regime de previdência dos militares experimentou apenas pequenas mudanças, via legislação infraconstitucional, a mais relevante, o aumento de 1% para 7,5% na alíquota de contribuição para financiamento das pensões. Ao mesmo tempo, contudo, enquanto o custo da previdência dos servidores civis vem se reduzindo, a dos militares tem subido de forma preocupante. “Entre 1995 e 2002, o crescimento real do gasto público federal com pessoal ativo foi de apenas 2,1% a.a., enquanto o gasto com inativos cresceu 2,4%. Ao desagregar esse número, constata-se, porém, que os gastos com inativos civis e militares cresceram a taxas muito diferenciadas entre si, de 0,9% a.a. e 5,6% a.a., respectivamente” (GIAMBIAGI & CASTRO).

É certo, ainda, que estamos na iminência de novas alterações no texto constitucional, fruto da iminente aprovação da PEC Paralela. Além disso, algumas questões estabelecidas na Emenda 41 poderão vir a ser modificadas pelo STF, caso este decida que contêm vício de inconstitucionalidade. São exemplos a aplicação imediata do teto e dos subtetos a todos os servidores em atividade quando a emenda entrou em vigor, bem como a incidência da contribuição previdenciária sobre as rendas dos que, na mesma ocasião, já estavam aposentados ou eram beneficiários de pensões.

Cabe reconhecer que, como assegura BALERA, “o direito previdenciário é direito em formação, que o dia-a-dia vai conformando e que se aperfeiçoa, segundo regras inicialmente fixadas pelo quadro normativo, ao longo das etapas sucessivas da vida dos segurados”.

Com efeito, deve-se vislumbrar a Reforma da Previdência Social como uma seqüência de modificações, um processo que se completa em fases sucessivas. No caso brasileiro, esse processo teve início em 1995, segue seu curso em 2004, com a PEC Paralela e a legislação destinada a regulamentar a Emenda 41, devendo prosseguir ao longo dos anos seguintes. Ou seja, ainda não se

esgotou. Assim, a resposta para a questão colocada ao final da introdução do presente estudo é que há, sim, que se esperar novas mudanças relevantes no escopo da Reforma da Previdência Social. Não obstante, as alterações na Constituição tendem a ser menores do que aquelas a serem empreendidas mediante legislação infraconstitucional. O importante é que a agenda do processo de reforma não deixe de mirar o objetivo de se chegar, no longo prazo, a um cenário fiscal relativamente confortável e sem que os tesouros públicos sejam chamados a cobrir déficits previdenciários crescentes, disponibilizando, assim, recursos para outras áreas sociais importantes.

Notas

¹ A União, todos os 27 estados, o DF e 2.140 municípios (38,5% do total) possuem regime próprio de previdência social para seus servidores públicos. Os demais 3.419 municípios brasileiros estão vinculados ao INSS.

² Ressalte-se que os efeitos do fator previdenciário só passarão a ser integralmente verificados a partir do final de 2004, tendo em vista a regra de transição estabelecida quando de sua instituição.

³ O Ministério da Previdência Social estima que, tendo em vista o elevado grau de informalização do mercado de trabalho, cerca de 40,2 milhões de trabalhadores não contribuem para qualquer regime previdenciário. A grande maioria desses indivíduos, quando perder a capacidade laboral, demandará benefícios assistenciais a serem custeados por toda a sociedade.

⁴ O Ministério da Previdência Social estima que o tempo médio de serviço dos servidores anterior à entrada no regime próprio da União corresponde a 11,7 anos, que pode ter sido exercido tanto no RGPS como em outro regime próprio.

Referências

ALÉM, A.C.D. & GIAMBIAGI, F. Despesa Previdenciária: Análise de sua Composição, Efeitos da Inflação e Bases para uma Alternativa Intermediária de Reforma. *Rio de Janeiro: Departamento de Economia da PUC, set/1997 (Texto para Discussão, 374).*

AMARO, Meiriane. N. O Processo de Reformulação da Previdência Social Brasileira. In: *Revista de*

Informação Legislativa, nº 148, out/dez-2000. Brasília: Senado Federal, 2000.

BALERA, Wagner. Aspectos Gerais da Reforma Previdenciária (Palestra). In: *Revista de Direito Social* 10 – 2003 – Doutrina.

CASTRO, Jorge A. & DELGADO, Guilherme. *Financiamento da Previdência Rural: Situação Atual e Mudanças*. Brasília: IPEA, out. 2003 (Texto para Discussão. 992).

FOGUEL, M., RAMOS, L. & CARNEIRO, F. *The impact of minimum wage on the labor market, poverty and fiscal budget in Brazil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2001 (Texto para discussão, 839).

GIAMBIAGI, F. & ALÉM, A.C. *Finanças Públicas – Teoria e Prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1999.

GIAMBIAGI, F. & CASTRO, Lavinia B. *Previdência Social: Diagnóstico e Propostas de Reforma*. In: *Revista do BNDDES*, v.10, nº 19. Rio de Janeiro: BNDDES, jun. 2003.

GUERZONI FILHO, Gilberto. O Regime de Aposentadoria e Pensões dos Servidores Públicos e Militares: Diagnóstico e Propostas de Alteração. In: *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 1, nº 1, Belo Horizonte, abr./jun. 2003.

LIMA, Edilberto. C. P. Despesas do INSS e do regime próprio dos servidores públicos federais civis: breves considerações sobre a Reforma da Previdência. In: *Cadernos Aslegis*, nº 21, v.6. Brasília: ASLEGIS, dez.2003.

MPAS. *Anuário Estatístico da Previdência Social 2000*, vol. 8. Brasília: MPAS, 2001.

_____. *Boletim Estatístico da Previdência Social*, vol. 5, 6 e 7. Brasília: MPAS, 2000/2003.

_____. *Previdência prevê estabilidade do sistema*. In: *Informativo da Previdência do Serviço Público*, nº 03, vol.01. Brasília: MPAS, abr-mai/2001.

_____. *Informe da Previdência Social*, vol. 14 e 15. Brasília: MPAS, jan./dez. 2002/ 2003.

NAJBERG, S. & IKEDA, M. *Previdência no Brasil: Desafios e Limites*. In: F. Giabiagi & M.M.Moreira (orgs). *A Economia Brasileira nos Anos 90*. Rio de Janeiro: BNDDES, 1999.

ORNÉLAS, W. *O novo modelo previdenciário brasileiro: uma fase de transição*. Brasília: MPAS (Publicações), 1999.

ORNÉLAS, W. & VIEIRA S. P. *Novo Rumo para a Previdência Brasileira*. Brasília: MPAS (Publicações), out/1999.

PINHEIRO, Vinícius C. *Previdência Complementar para Servidores Públicos: Pontos Polêmicos*. Extraído da Internet em janeiro/2004.

ROMITA, Arion S. A projetada reforma da Previdência Social. In: *Revista Forense*, vol. 367, Rio de Janeiro, maio/junho 2003.

TEMER, Michel. Inativos e Direito Adquirido. *Correio Braziliense*. Brasília, 11/06/2003.

_____. A Constitucionalidade da Emenda. *Correio Braziliense*. Brasília, 03/07/2003.

VELLOSO, R. A Situação das Contas Públicas após o Real. In: J.P.R. Velloso (coord.) *O Brasil e o Mundo no Limiar do Novo Século*. 2 v. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

A polícia do Senado Federal

Robson José de Macedo Gonçalves

Sumário

1. Introdução; 2. A previsão legal; 3. Origens da polícia no legislativo; 4. O Poder de Polícia; 5. A polícia e a política; 6. Classificação da polícia; 6.1. Polícia Administrativa; 6.2. Polícia Judiciária; 6.3. Polícia Eclética ou Mista; 6.4. A classificação da Polícia do Senado; 7. Áreas de Atuação da Polícia do Senado; 7.1. Proteção de Dignitários; 7.2. Proteção ao Patrimônio do Senado Federal; 7.3. Investigação e Inquérito; 7.4. Inteligência; 8. A atuação da polícia e os Direitos Humanos; 9. Conclusão; 10. Notas; 11. Referências.

1. Introdução

Criada recentemente, a Polícia do Senado Federal ainda é desconhecida para a maioria dos brasileiros e mesmo dentro do Congresso Nacional. Sua importância ainda não foi de todo compreendida, restando ainda muitas dúvidas sobre seu funcionamento, suas atribuições e poderes.

Em uma “casa política”, como o Senado Federal, geralmente a polícia é vista com ressalvas, pois se acredita que política e polícia são coisas totalmente incompatíveis. No Brasil, esse pensamento foi reforçado, durante o período de ditadura, pelo uso de forças policiais para o controle político dos cidadãos e dos próprios parlamentares. Porém, apesar dessa aparente dicotomia, as duas palavras têm a mesma origem etimológica, a palavra grega *polis*, que significa “cidade” e de sua derivação *politeia* que significa “governo ou administração de uma

Robson José de Macedo Gonçalves é Agente de Polícia da Polícia do Senado Federal pós-graduado em Direito Legislativo pela Universidade do Legislativo Brasileiro.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. ALEXANDRE PAIVA DAMASCENO.

cidade”. Em latim ganhou a grafia *politia*, derivando então para o português com o vernáculo polícia. Essa proximidade entre os vernáculos política e polícia se mostra claramente na Idade Média, onde o Alcaide¹ tinha a dupla função de administrar a cidade e dar proteção e segurança à comunidade, ou seja, a ele cabia a administração política da cidade e o policiamento da mesma.

No cenário político, esta ligação ganha muita importância, pois a polícia é uma operadora da política de governo, ou seja, é um braço do poder, mais comumente do Poder Executivo, podendo assumir, em certos casos, um poder político tão forte quanto o do próprio governo.

Em uma democracia como o Brasil, pressupõe-se uma divisão clara dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Cada um desses poderes tem sua função na manutenção da democracia, devendo exercê-la sem interferências de outro poder. Ora, as polícias existentes no Brasil, em sua maioria, fazem parte da estrutura do Poder Executivo, e desta constatação vem o questionamento: É possível a polícia manter a neutralidade com respeito às ações do governo?

O presente artigo é uma descrição sucinta do que vem a ser a Polícia do Senado Federal, de sua previsão legal, origem, deveres e poderes, bem como do papel que a mesma deve ocupar para garantir a independência dos poderes e a manutenção da democracia. Também discorre sobre as questões da história da instituição policial, sua classificação e missão na sociedade.

2. A previsão legal

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 52, XIII, prevê que “compete privativamente ao Senado Federal... dispor sobre sua polícia”. Com base nesta previsão legal o Senado Federal regulamentou, em 05 de dezembro de 2002, através da resolução nº 59/2002, a Polícia do Senado Federal.

A previsão para a criação de uma polícia exclusiva para uma casa legislativa pode

parecer uma inovação da Constituição Federal de 1988, porém uma análise mais profunda mostra que tal previsão já se encontra presente em nossa primeira constituição, a Constituição Política do Império do Brasil (25 de Março de 1824), quando trata do Poder Legislativo, em seu art. 21, citando a “polícia interior”, tal previsão se repete em todas as outras constituições brasileiras, como podemos ver:

- Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891), art. 18, parágrafo único, “A cada uma das Câmaras compete: ... regular o serviço de sua polícia interna”.

- Constituição de 1934, art. 91, VI, “Compete ao Senado Federal: ... regular a sua própria polícia”.

- Constituição de 1937, art. 41, “A cada uma das Câmaras compete: ... regular o serviço de sua polícia interna”.

- Constituição de 1946, art. 40 – “A cada uma das Câmaras compete dispor, em Regimento interno, sobre sua ..., polícia”,

- Constituição de 1967, art. 32, “a cada uma das Câmaras compete dispor, em Regimento Interno, sobre ... sua polícia”.

Quanto a atuação das polícias do Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal, quando questionado sobre a validade de prisão efetuada nas dependências do Senado Federal, reconheceu em sua súmula 397 de 03/04/1964 que: “O Poder de Polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito”.

Como se pode observar, a Resolução 59/2002 do Senado Federal, veio apenas regulamentar uma necessidade vislumbrada há muito tempo por nossos constituintes.

3. Origens da polícia no legislativo

As origens da polícia legislativa remontam à Roma clássica, quando já existia uma separação dos poderes, cada qual com suas

respectivas polícias. Tal estrutura tinha a finalidade de preservar a independência dos poderes, sobretudo do Senado, que era formado pela nobreza da época e não podia confiar a segurança de seus membros a guardas leais ao imperador. Desta forma ao mesmo tempo em que o Senado mantinha sua Guarda Senatorial, o Imperador possuía o controle e a lealdade da Guarda Pretoriana que funcionava como uma equipe de guardacostas treinados especialmente para defender e proteger os chefes do Estado romano.

Existia também a figura do Exército Romano, uma das mais importantes instituições daquele império, que tinha como função a defesa do Estado e ser o sustentáculo do poder do imperador, porém, apesar dessa condição de destaque o Exército Romano não tinha autorização para entrar na cidade de Roma.

No Brasil, a primeira polícia nasceu em 1530 por ordem de D. João III, que outorgou a Martins Afonso de Souza uma carta régia para estabelecer, entre outras coisas, a organização de ordem pública. Naquela época, os policiais encontravam-se subordinados a várias autoridades, inclusive ao Senado e à Câmara; desta forma, apesar de não possuir uma polícia própria, o Senado tinha ascendência sobre a polícia e dispunha do apoio dos quadrilheiros² no policiamento interno e no cumprimento das determinações dos senadores. Com a chegada de D. João VI ao Brasil e a criação da Intendência Geral da Polícia da Corte e Estado do Brasil³, em 1808, o Senado perdeu sua ascendência direta sobre a polícia e passou a contar apenas com o apoio de policiais da Corte na sua segurança.

As mudanças na segurança do Senado se mantiveram estáveis por muitos anos, a presença da polícia na casa era vista apenas como em função da segurança patrimonial, a visão de proteção do Poder, da instituição Senado Federal não existia. O conceito de segurança dentro do Senado Federal evoluiu lentamente, inicialmente a Casa possuía apenas um serviço de vigilância,

que não era especializado e se restringia a controlar o acesso à Casa e resguardar o seu patrimônio, a segurança pessoal dos senadores não era de responsabilidade da Casa, mas de seguranças particulares dos senadores ou de policiais requisitados ou destacados para esta missão.

Com o fim do regime militar e o fortalecimento da democracia, o Congresso Nacional passou a ser um grande fórum de debates, diversos parlamentares e projetos ganharam destaque e despertaram as atenções da mídia e do povo. A Constituição de 1988 ampliou a participação popular na vida política nacional e, desta forma, criou novas demandas para a segurança do Congresso e dos parlamentares. O Senado passou a contar então com um serviço de segurança formado por servidores da Casa e por policiais requisitados de outros órgãos. Porém, apesar da previsão legal, as ações de segurança não eram exercidas por policiais pertencentes ao quadro de servidores da Casa.

Em 1991, foi realizado concurso público para preencher vagas no Serviço de Segurança do Senado – esse foi o primeiro passo para a criação da atual Polícia do Senado. A maioria dos aprovados no concurso citado era formada por detentores de diploma de curso superior, com formação em diversas áreas, tal fato propiciou um amadurecimento da questão “segurança” no Senado Federal, a pluralidade de formações acadêmicas contribuiu para o surgimento de debates internos sobre a estrutura e os procedimentos de segurança, criando assim a necessidade de mudanças e permitindo o início de um processo de modernização. Buscando a profissionalização dos quadros da segurança do Senado, diversos cursos foram ministrados e todo pessoal treinado para melhor servir aos objetivos da Casa.

Com a publicação da Resolução do Senado Federal nº 59/2002 os policiais requisitados foram devolvidos aos seus órgãos de origem e, atualmente, a segurança da Casa e dos parlamentares é exercida exclu-

sivamente por agentes de polícia do Senado Federal.

4. O poder de polícia

O professor Luiz de Oliveira AMARAL define o policial como “um profissional do Direito” (2003, p. 14) e, como tal, sua formação deve refletir esta verdade, para que, no exercício de sua formação o policial possa servir ao cidadão e ao Estado da melhor forma possível. Para que este objetivo seja alcançado, é mister que o conceito de poder de polícia seja compreendido em sua plenitude pois no exercício deste poder o policial caminha sobre uma tênue linha que o separa de um lado da boa aplicação da lei e do outro o abuso de autoridade e, conseqüentemente, do crime.

MAX WEBER afirmava: “o Estado..., reivindica com sucesso por sua própria conta o monopólio da violência física legítima”. Essa reivindicação é materializada na polícia, que tem poderes outorgados pelo Estado para impedir, mediante o uso de força física, quando necessário, que outra pessoa utilize o recurso da violência, ou seja, ao Estado pertence o monopólio da violência. Tal prerrogativa não deve ser entendida como uma licença para que os governantes se utilizem da polícia para cometer atrocidades e intimidar a população, e sim como uma ferramenta do estado na manutenção da ordem pública e na garantia dos direitos individuais, sempre dentro de limites legais e em consonância com os direitos humanos. Em resumo, o papel da polícia é tratar dos problemas da sociedade quando sua solução necessite ou possa necessitar do emprego da força.

A definição do que vem a ser poder de polícia não é fácil, por ser matéria abstrata e ampla, que se estende pelos mais diversos campos da vida em sociedade. Mais simples é verificar se um caso em particular se enquadra naquele poder, do que chegar a uma conceituação satisfatória sobre o assunto.

A dificuldade em conceituar o poder de polícia é tratada por CRETELLA JÚNIOR (1999, p. 7) com bastante propriedade:

... concorre para dificultar o assunto, a dualidade reconhecida de concepções a respeito existentes, distinguindo-se a chamada concepção européia continental, bem distinta da concepção norte-americana.

E continua:

Na França, por exemplo, predomina a idéia de proteção imediata da ordem pública, resolvendo-se, pois, a ação policial, em atividade administrativa assecuratória daquela ordem, no sentido de ordem exterior dos fatos, mais que do Direito, pois o conceito de ordem pública, referente aos limites da atividade jurídica dos indivíduos é noção distinta. Esta ordem pública, por exemplo, existe sobre o direito privado, limitando a liberdade de contratar, especialmente em certas esferas (trabalho, serviços públicos). Não é esta a ordem pública que se refere a polícia administrativa.

Sobre o conceito norte-americano CRETELLA JÚNIOR acrescenta:

Nos Estados Unidos, o poder de polícia tem considerável extensão, não se limitando à segurança pessoal contra as vias de Direito, nem à salubridade e moralidade públicas, mas compreendendo também os meios protetores da condição econômica e social dos indivíduos no fomento do bem-estar da comunidade e na regulamentação da vida econômica.

Em sua obra *Derecho Administrativo* (12 ed., 1968, p. 456), GABINO FRAGA define: o poder de polícia do Estado é entendido, dentro do direito positivo de muitos países, como o conjunto de atribuições que lhe correspondem para promover o bem-estar por meio de restrições e regulamentações dos direitos do indivíduo, de tal forma que possam prevenir-se ou acautelar-se das

conseqüências prejudiciais que sua disposição, em termos absolutos acarretaria para a vida em comum.

José CRETELLA JÚNIOR (1999, pp. 3 e 4) comenta:

... poder de polícia e polícia são palavras que traduzem duas noções relacionadas e interpretáveis, inconfundíveis, porque o poder de polícia é o pressuposto ou antecedente lógico da polícia, ... Abstrato, o poder de polícia concretiza-se na polícia, força organizada visível, cuja ação se faz sentir no mundo e no mundo jurídico.

E, após ponderar sobre a dificuldade de conceituar o poder de polícia e de considerar as definições de diversos juristas do direito administrativo, concluiu:

O poder de polícia é a causa, o fundamento; a polícia é sua conseqüência. O poder de polícia é algo in potentia, traduzindo in actu, pela ação policial. Poder de polícia é a faculdade discricionária da administração de, dentro da lei, limitar a liberdade individual em prol do interesse coletivo.

Hely Lopes MEIRELLES (1972, pp. 287-288) nos ensina que:

Poder de polícia é a faculdade discricionária de que dispõe a Administração Pública em geral, para condicionar e restringir o uso e gozo de bens ou direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

E continua:

podemos dizer que: o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública, para deter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado (em sentido amplo: União, Estados e Municípios) detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social e à segurança nacional.

O poder de polícia é fundamentado na norma constitucional e nas normas de or-

dem pública, onde estão definidas expressamente ou implicitamente faculdades para a autoridade pública fiscalizar, controlar e restringir o uso de bens ou exercício de direitos e atividades individuais em benefício da coletividade e a cada restrição de direito individual corresponde equivalente poder de polícia administrativa à Administração Pública, para torná-la efetiva e fazê-la obedecida, isto porque a razão da existência do poder de polícia é o interesse social.

Neste sentido, o do benefício da coletividade, o regimento interno do Senado Federal, bem como diversos atos administrativos da Casa, impõem normas e restrições que cabem à Polícia do Senado fazer cumprir. Como exemplo podemos citar: prover a segurança dos Senadores (Regimento Interno do Senado Federal Art. 9º, II e V); restrição ao acesso e circulação pela Casa e plenários (Regimento Interno do Senado Federal Art. 182 a 185, Ato da Comissão Diretora nº 9/99); fazer cumprir as normas de comportamento durante as sessões (Regimento Interno do Senado Federal Art. 184, Parágrafo único, Resolução do SF nº 94/92) e evitar que pessoas acessem à Casa armadas sem a devida autorização (Regimento Interno do Senado Federal Art. 184, RSF 59/2002, Art. 3º).

A Polícia do Senado Federal também é responsável pelo atendimento às ocorrências policiais registradas nas dependências da Casa e de promover investigações que levem ao esclarecimento dos fatos. É também de sua competência manter um serviço de inteligência capaz de obter, analisar e disseminar informações que possam ter influência sobre o processo decisório ou afetar a segurança da Casa ou de seus membros e servidores (RSF 59/2002, Art. 2º, VII).

Todas estas atribuições eram limitadas, ou mesmo impedidas, pela não regulamentação do poder de polícia no Senado Federal. Assim, a Resolução do Senado Federal nº 59/2003, que regulamentou a Polícia do Senado, foi um grande avanço para as ações de segurança no legislativo, já que fundamenta legalmente a atuação dos policiais

do Senado, principalmente no que diz respeito à segurança física do Exmo. Senhor Presidente e dos Srs. Senadores, e, como esses dão suporte para a democracia e federalismo brasileiros, pode-se afirmar, em última análise, que a polícia do Senado Federal também é responsável pela manutenção do Estado democrático.

5. A polícia e a política

Desde a criação das primeiras forças policiais, a política tem feito parte do cotidiano das polícias e das ações policiais, sendo muitas vezes, orientadas de acordo com interesses políticos. Neste sentido, Paul CHEVIGNY (1995, p. 119) afirmou que “a política, no sentido mais exato, tem feito parte da polícia, como a polícia tem feito parte da política”.

A existência de influência política nas ações policiais, apesar de ser frequentemente negada, ainda é muito visível no Brasil. Casos de espionagem, prisões, investigações não oficiais, entre outras ações, são noticiados com frequência, pela imprensa nacional, como casos de ação policial comandada politicamente.

A interferência política nas polícias é mais nítida nos estados e tem origem no início da República. Com a queda do Império do Brasil, em 1889, grande parte dos poderes centralizados do governo foi transferida para os recém criados estados, entre estes a competência para legislar sobre segurança pública. O governo republicano, em seu primeiro ato legislativo (Dec. nº 01, art. 8º), autorizou aos governos locais, isto é, aos governadores, legislar sobre a matéria. Esta autorização seria ampliada posteriormente com a promulgação do primeiro texto constitucional republicano.

Sob a República, muitos governos locais aumentaram seu poder com o aperfeiçoamento da polícia estadual. Desta forma restringiam cada vez mais o poder dos senhores rurais e aumentavam seu próprio poder. O raciocínio era de que uma polícia local

forte permitiria a quebra da influência política das oligarquias locais e o controle sobre a agitação operária. Em São Paulo, o governador Tibiriçá (1904 – 1908) tinha em mente proteger o estado das investidas do Governo Federal e, em 1906, contratou uma consultoria francesa para treinar sua polícia, tinha em mente criar uma polícia forte capaz de enfrentar, se fosse o caso, tropas federais.

O conflito de interesses entre o Governo Federal e os estados permanece até hoje, e o Congresso Nacional, em particular o Senado Federal, é palco de diversas disputas políticas entre os estados e entre estes e o Governo Federal.

O domínio da polícia é tão importante para os políticos que, nas últimas eleições para governador, em Brasília (2002), houve uma polarização entre dois candidatos ao governo do Distrito Federal, onde um conseguiu o apoio da Polícia Civil do Distrito Federal e o outro o apoio da Polícia Militar. Ocorreram brigas entre integrantes das duas corporações, prisões e acusações mútuas. Tal fato foi amplamente divulgado pela imprensa nacional, em particular pelo jornal *Correio Brasiliense*, que publicou uma série de reportagens sobre o assunto.

O que se vê é que as forças policiais, que não deveriam ceder a pressões de qualquer natureza ou a interesses diversos, acabam renunciando à sua independência em prol das benesses conseguidas, pelas corporações ou por membros destas, em virtude do relacionamento com a máquina política. Por outro lado, a máquina política se beneficia da lealdade da polícia para manter seu próprio poder sobre a oposição e sobre os indisciplinados. James RICHARDSON (1974, p. 46) em um estudo sobre a polícia urbana nos Estados Unidos afirma:

quem quer que dominasse a polícia dispunha de uma fonte importante de clientelismo; podia controlar a entrada em negócios ilegais e seu funcionamento... [tinha controle sobre] negócios lícitos sujeitos à regulamentação

ção pública, como bares, e tinha importante vantagem nas eleições.

O trabalho policial, por essência, deveria ser totalmente isento e desprovido de conteúdo político, porém essa inegável proximidade da polícia com a política nos leva à uma reflexão sobre a independência dos poderes e a manutenção da democracia. Pode uma polícia, pertencente a um determinado Poder, ser totalmente independente com relação a outro Poder?

As polícias no Brasil, com exceção das Polícias do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, são todas ligadas hierarquicamente ao Poder Executivo e desse recebem os policiais seus vencimentos, fazem carreira, tem assistência médica, aposentadoria e todas vantagens oferecidas ao servidor público, do Poder Executivo recebem suas ordens e a ele prestam contas.

A dependência e a subordinação das polícias ao Poder Executivo pode produzir alguns entraves à atuação de outro Poder. Como exemplo temos o relacionamento conturbado entre as polícias e o Poder Judiciário e entre aqueles e o Ministério Público. A chamada "Polícia Judiciária" não possui nenhuma subordinação funcional, administrativa ou disciplinar com o Poder Judiciário, porém, deve concorrer para a Justiça, quando da apuração das infrações penais e sua autoria, no auxílio nas medidas cautelares e de jurisdição administrativa, contudo nem sempre tal função é cumprida com a harmonia necessária, gerando, de parte a parte, reclamações quanto a essa atuação conjunta. O Ministério Público, por outro lado, trava uma guerra árdua com as polícias judiciárias, buscando questionar a competência exclusiva da polícia de conduzir os inquéritos policiais.

Outro fator que deve ser considerado é a interferência estrangeira nos órgãos policiais brasileiros. Tal interferência é notória e, diga-se de passagem, é prática corriqueira de diversos países a ajuda às polícias de outros países em troca de facilidades e de informações.

Os Estados Unidos da América utilizam a ajuda às forças policiais de outros países como parte de sua política externa. Esta forma de cooperação, através do fornecimento de equipamentos e treinamento de policiais, nada mais é do que uma forma de doutrinar e moldar as forças policiais segundo o pensamento do país colaborador e de coletar informações importantes para os interesses daquele país.

Como já comentamos em 1906, o governo de São Paulo contratou consultores franceses para treinar sua polícia. Esses consultores, porém, não vieram ao Brasil apenas com a missão de profissionalizar a polícia paulista, mas também de conter a influência alemã na América Latina e ganhar influência política e ideológica no Brasil, assegurando para a França uma posição privilegiada no comércio com o Brasil.

O fortalecimento da polícia do Estado de São Paulo causou diversos conflitos à época. Os policiais da cidade de São Paulo se revoltaram por estarem sendo desprezados pelo governo estadual. O poder da força pública estadual aumentava de tal forma que causou desconforto nas forças armadas que viram seu papel na proteção da unidade federativa ameaçada. Na década de 1920 a polícia do estado de São Paulo contava com aproximadamente 14.000 homens e o Exército dispunha de apenas 5.675 homens, além disso, a remuneração dos oficiais da Força Pública estadual era melhor, que a de oficiais do Exército (HUGGINS, 1998, pp. 42 e 43).

Atualmente, as polícias do Brasil têm como seu principal parceiro órgãos policiais americanos, que promovem cursos aqui e no exterior, fornecem equipamentos e dinheiro para o pagamento dos gastos das missões efetuadas. Essa parceria tem produzido frutos no combate ao crime organizado e à lavagem de dinheiro em nosso país e, de fato, a natureza global da lavagem de dinheiro requer padrões globais e cooperação internacional para reduzir a capacidade dos criminosos lavarem seus rendimen-

tos e conduzirem suas atividades criminosas. Somente a cooperação internacional vigorosa e prolongada pode colocar em xeque os lavadores de dinheiro.

Os esforços antilavagem de dinheiro, que são projetados para evitar ou limitar a capacidade de criminosos utilizarem ganhos obtidos de forma ilegal, são componentes eficazes e fundamentais de programas de combate ao crime. Porém, tal associação não é isenta de críticas. As revistas *Isto é* (nº 1551, 23/06/1999 e nº 1729, 21/11/2002) e *Carta Capital* (nº 205, de 04/09/2002) fazem denúncias de que o DEA (Drug Enforcement Administration), órgão do governo americano de combate ao narcotráfico e a CIA (Central Intelligence Agency), órgão de inteligência do governo americano, atuaram livremente no Brasil, protegidos pelo manto da cooperação policial. Estes órgãos policiais americanos, segundo as denúncias das revistas, têm promovido ações de espionagem, inclusive com gravações de conversas telefônicas do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, e recrutamento e cooperação de agentes policiais brasileiros. Submetendo-os ao teste do polígrafo para determinar quais são os mais suscetíveis aos objetivos americanos.

O uso da estrutura policial, para fins políticos, é fato que também ocorre em terras norte-americanas. Ficou célebre o caso de John Edgar Hoover (1895-1972) que esteve à frente do FBI (Federal Bureau of Investigation), a Polícia Federal norte-americana, por 48 anos e a transformou numa das mais importantes organizações policiais do mundo. Porém, grande parte do poder conseguido por Hoover foi devido a utilização que fazia das prerrogativas policiais para criar e manter arquivos implacáveis contra inimigos ou potenciais adversários.

Considerando todos esses fatores, entende-se a preocupação dos constituintes em possibilitar, às Câmaras do Poder Legislativo, a criação de suas próprias polícias. Uma polícia leal aos objetivos da Casa, não influenciável por questões políticas externas à

Casa e com independência financeira com relação a outro Poder.

Neste sentido, a Polícia do Senado Federal ocupa um papel de destaque na proteção dos Senadores e servidores da Casa, na proteção de suas dependências e de seu patrimônio, e na garantia de isenção nas investigações de fatos ocorridos no Senado Federal. Apesar da Casa vivenciar a política diariamente, as ações da Polícia do Senado não estão sujeitas a pressões políticas externas ao Senado Federal. Seus agentes, todos pertencentes ao quadro efetivo do Senado Federal, podem desenvolver suas ações sem a preocupação de pressões ou represálias de outro Poder.

6. Classificação da polícia

As polícias no Brasil são mais comumente divididas em polícia administrativa e polícia judiciária. Tal divisão provém do modelo francês. Em 1667, quando da separação dos poderes naquele país, houve a separação da Justiça e da Polícia, surgindo assim a necessidade de distinção da polícia em dois ramos denominados: polícia administrativa e polícia judiciária. Essa separação ocorreu efetivamente em 1791, através da Assembléia Nacional Francesa, porém, tais princípios sobre a legislação policial surgiram com a Revolução Francesa em 1789.

No Brasil, a influência francesa chegou em 1831, com a publicação da Lei nº 261, de 3 de dezembro e com o Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, que tratava sobre a execução policial e criminal, versando sobre a polícia administrativa e polícia judiciária, ficando a Polícia judiciária com a função de auxiliar a Justiça na busca da verdade real e de sua autoria, desta forma, agindo a *posteriori*, isto é, depois que a segurança foi violada e a boa ordem perturbada; enquanto que a polícia administrativa ficou com a função preventiva, agindo a *priori*, para evitar a infração. Para MENDES DE ALMEIDA, “A polícia administrativa infor-

ma; a polícia judiciária prova” (1973, p. 60). No entendimento do professor CRETELLA JÚNIOR, a polícia brasileira acumula sucessivamente a função de polícia administrativa e de polícia judiciária, desta forma deveria receber a denominação de polícia mista.

O professor Hely Lopes MEIRELES exemplifica assim a distinção entre a atuação da polícia administrativa e da judiciária: “quando a autoridade apreende uma carta de motorista por infração de trânsito, pratica ato de polícia administrativa, quando prende o motorista por infração penal, pratica ato de polícia judiciária” (1972, p. 298).

6.1. Polícia Administrativa

Também denominada polícia preventiva, a polícia administrativa tem como objetivo impedir as infrações das leis e sustentar a ordem pública. Sua atuação deve evitar o cometimento dos crimes.

O campo de atuação da polícia administrativa é extremamente amplo. A natureza dinâmica do homem o faz exercer as mais diversas atividades, com características bem peculiares. Tal liberdade de atuação e de expressão produz uma dinâmica nos ramos de atuação da polícia administrativa. À medida que tal liberdade possa atingir direitos de outras pessoas, violar leis e normas ou comprometer a ordem pública, faz-se necessário a intervenção da polícia administrativa.

A Lei 3 Brumário (Código dos Direitos e das Penas), em seu artigo 19, já definia:

A polícia administrativa tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública em cada lugar e em cada parte da Administração Geral. Tende, principalmente, a prevenir os delitos.

A função de polícia administrativa pressupõe uma atuação imprevisível, pois é impossível determinar de qual recurso lançará mão o homem para cometer um delito. Assim, a atuação da polícia administrativa não deve ser limitada por uma legislação que pretendesse regular de antemão todos os atos da polícia. Essa liberdade de atua-

ção é discricionária, porém, não é absoluta, pois é limitada pelo respeito às leis e aos direitos e garantias assegurados expressamente pela legislação. Tais limites não devem ser transpostos sem que haja uma verdadeira necessidade.

Dentro da polícia administrativa existe o ramo da polícia de segurança, que se confunde com o próprio conceito de polícia administrativa, pois é a essência da polícia por excelência, tem ela “por objeto a execução das leis e regulamento que disciplinam imediatamente a liberdade individual e coletiva”. (VILLEGAS BASA, *Derecho Administrativo*, 1954, vol. V, p. 345).

... a polícia de segurança age “contra os eventos que ameaçam a vida, a liberdade, a propriedade; assegura aos súditos de todo ataque violento e ilícito à pessoa, honra, direitos, patrimônio; garante tanto a existência de todo o Estado, quanto a ordem pública e a segurança geral das pessoas e propriedade dos cidadãos. (RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, em *Primo Trattato de ORLANDO*, Vol. IV, parte 1ª, p. 301).

6.2. Polícia Judiciária

A Polícia Judiciária, também conhecida como polícia repressiva, funciona como auxiliar do Poder Judiciário na procura de provas dos crimes e contravenções e na busca por seus autores. Tal caráter a torna essencialmente repressiva. Segundo a Lei de Brumário⁴, Art. 20:

... a polícia judiciária investiga os delitos que a polícia administrativa não conseguiu evitar que se cometesse, reúne as respectivas provas e entrega os autores aos tribunais encarregados pela lei de puni-los.

A polícia judiciária tem por fim efetuar a investigação dos crimes e descobrir os seus agentes, procedendo à instrução preparatória dos respectivos processos e organizar a prevenção da criminalidade, especialmente da criminalidade habitual.

Na legislação brasileira, o exercício das atribuições judiciárias da polícia está previsto e disciplinado no Código de Processo Penal, nos arts. 4º e 23, que dizem respeito ao Inquérito Policial⁵.

6.3. Polícia Eclética ou Mista

Além das polícias administrativa e judiciária existe também a polícia eclética, ou mista, que exerce simultaneamente as funções preventiva e repressiva. A polícia brasileira se encaixa nesta definição pois um mesmo órgão acumula as duas funções.

Em seu tratado, CAVALCANTI acredita que esta divisão não corresponde à realidade: “a divisão embora aceita pela generalidade dos autores, merece ser criticada porque, dificilmente, será possível estabelecer uma distinção perfeita entre as duas categorias de polícia. A verdade é que mesmo dentro de determinada manifestação do poder de polícia, a medida pode revestir-se ou de um caráter administrativo, ou puramente policial, quer sua finalidade seja a tranquilidade pública, quer o cumprimento de um regulamento administrativo. A classificação interessa, por conseguinte, mais à natureza da medida, do que propriamente à esfera dentro da qual deve agir a autoridade”. (CAVALCANTI, 1956, pp. 10-11).

A prática ensina que a distinção entre Polícia Judiciária e Polícia Administrativa é delicada, passando muitas vezes, um agente, durante a sua atuação, da função de Polícia Administrativa para a de Polícia Judiciária.

6.4. A Classificação da Polícia do Senado

A Polícia do Senado é essencialmente eclética, visto que desempenha as funções de polícia administrativa, de segurança física das instalações do Senado Federal e de proteção aos senadores, e tem, entre suas prerrogativas, as funções de “investigação e de inquérito” (Resolução do Senado Federal nº 59/2002, art. 2º, IX), quando de fato ocorrido nas dependências sob a responsabilidade do Senado Federal.

A fundamentação jurídica para a atuação da Polícia do Senado Federal na função de Polícia Judiciária, além texto legal já analisado (Constituição Federal de 1988, art. 52, XIII, súmula do Supremo Tribunal Federal nº 397/1964 e Resolução do Senado Federal nº 59/2002, Art. 2º, IX), se encontra também definida no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941), art. 4º, onde, em nova redação dada pela Lei nº 9.043, de 09/05/1995, temos que “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria” desta forma a Polícia do Senado assume a função de Polícia Judiciária quando de crimes ocorridos em suas dependências, cabendo a ela a investigação e a instauração do inquérito policial.

7. Áreas de atuação da Polícia do Senado

A Polícia do Senado Federal tem por finalidade a proteção à integridade física dos Senhores Senadores, de autoridades brasileiras e estrangeiras presentes ao Senado Federal ou em dependência sobre sua responsabilidade, a proteção de seus servidores, bem como a proteção de seu patrimônio. Desta missão e das atribuições elencadas, como atividades típicas, pela RSF nº 59, de 2002, surgiu a necessidade de se estruturar a Polícia do Senado de modo que a sua missão fosse cumprida integralmente e com eficácia.

As principais áreas de atuação da Polícia do Senado, definidas na RSF nº 59, de 2002, são: A proteção de dignitários (Art. 2º, I, II e III); a proteção ao patrimônio do Senado Federal (Art. 2º, IV e VI, e Art. 3º); as de investigação (Art. 2º, IX e Art. 4º) e as de Inteligência (Art. 2º, VII).

7.1. Proteção de Dignitários

Dignitário é, segundo o Dicionário de Aurélio Buarque de Holanda, aquele que exerce cargo elevado; que tem alta gradua-

ção honorífica; ou o que foi elevado a alguma dignidade.

Nesse contexto, uma das principais funções da Polícia do Senado é a proteção dos senadores, em especial do presidente da Casa. Para tanto dispõe de equipes especializadas, treinadas e preparadas para atuar na proteção individual da autoridade e em seus deslocamentos tanto internos quanto externos. Essas equipes também são responsáveis pela segurança das sessões plenárias e pela proteção de qualquer autoridade presente na casa, seja nacional ou estrangeira.

7.2. Proteção ao Patrimônio do Senado Federal

É a polícia administrativa e de segurança da Casa, e a equipe que tem a função mais abrangente dentro da estrutura da polícia do Senado e, desta forma, possui o maior contingente. Sua presença é percebida em todas as dependências da Casa, em seus edifícios anexos, residências oficiais e outras dependências pertencentes ao Senado Federal ou que estejam sob sua responsabilidade.

Realiza o policiamento preventivo através de rondas internas e externas; mantém postos avançados de controle; é responsável por adotar medidas de proteção contra ações ou acidentes que possam ameaçar, atrapalhar, danificar, destruir instalações ou o patrimônio do Senado Federal, adota ainda medidas que visam impedir a interrupção (ainda que temporariamente) das sessões plenárias ou trabalhos administrativos da Casa, faz a prevenção e controle de entrada de visitantes e controla a entrada e saída de veículos e materiais.

7.3. Investigação e inquérito

Dentre as competências da Polícia do Senado as de investigação e inquérito estão entre as mais importantes. Como vimos na fundamentação legal da Polícia do Senado, todos os delitos ou crimes ocorridos em dependência sobre a responsabilidade do Senado Federal são investigados pela Polícia

do Senado, sendo que, quando houver crime no fato apurado, deve ser instaurado o inquérito policial.

O Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), art. 4º conceitua:

Art. 4º A Polícia Judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

O art. 70 do citado Código trata da “competência pelo local da infração”.

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

Conseqüentemente, quando conhecido o local da infração como sendo o Senado Federal ou uma de suas dependências, caberá o exercício do poder de Polícia Judiciária à Polícia do Senado Federal.

A instauração de inquérito policial carece de regulamentação interna e treinamento especializado, desta forma esta função ainda não é plenamente exercida pela Polícia do Senado Federal, que tem contado com o apoio da Polícia Federal e da Polícia Civil do Distrito Federal na instauração dos inquéritos policiais. A previsão é que até o final de 2004 o serviço cartorário da Polícia do Senado Federal esteja completamente implantado.

7.4. Inteligência

As atividades de inteligência são imprescindíveis ao serviço policial. Alguns autores chegam a afirmar que não existe polícia sem inteligência.

Segundo a conceituação oficial vigente em nosso país, “inteligência é a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situação de

imediate ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado”. (Art. 1º §2º, Lei 9.883, de 7 de dezembro de 1999).

A Polícia do Senado possui em sua estrutura um serviço de inteligência, que busca principalmente resguardar e proteger o Senado Federal. Partindo dessa premissa, o Serviço de Inteligência da Polícia do Senado procura estar em constante contato com outros órgãos de inteligência do país, obtendo informações que possam ter influência direta ou indireta com o Senado Federal, com os projetos que lá tramitam ou com seus membros e servidores da Casa.

Esse serviço é responsável, dentre outras coisas, pelo levantamento de dados de pessoas sob investigação da Polícia do Senado; levantamento de dados e acompanhamento do pessoal e empregados envolvidos direta ou indiretamente com a autoridade e familiares; pelas investigações especiais, pelo registro áudio-visual das missões e pelas ações de contra-inteligência.

A contra-inteligência é um segmento da inteligência que busca identificar e neutralizar ações que possam comprometer a imagem da organização, sua integridade, os conhecimentos e dados sigilosos pertencentes à mesma.

O Senado Federal, como a Câmara Alta do país, é alvo em potencial de diversos grupos, com os mais diversos interesses ou mesmo de outros países que podem adotar ações para comprometer, sabotar, ou se antecipar a medidas e decisões tomadas por essa Casa legislativa. Desta forma as ações de contra-inteligência devem prevenir, obstruir, detectar e neutralizar qualquer tentativa de coleta, sabotagem, fraude, desinformação e propaganda contra a instituição.

A atividade de contra-inteligência está assim definida na lei que Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência (Lei 9.883/99): “Entende-se como contra-inteligência a atividade que objetiva neutralizar a inteligência adversa” (Art. § 3).

8. A atuação da polícia e os Direitos Humanos

A questão do respeito aos Direitos Humanos é parte de um processo de amadurecimento da consciência, que passa pela proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais. A história da humanidade é repleta de exemplos de doutrinas onde a moral e a ética são determinados por governos, religiosos e por costumes sociais.

Muitas dessas doutrinas segregaram por séculos grupos antagônicos que diferiam dos grupos dominantes apenas pelo sexo, cor, religião ou crenças. A esses grupos nada era permitido, não existiam direitos, apenas deveres.

Com a evolução da humanidade, passou-se a observar o Homem de uma outra forma, como um ser que possui direitos na sua sociedade. Neste momento, os direitos sociais, econômicos e culturais passam a ser valorizados, estudados e exigidos em diversas sociedades.

A evolução dessa mentalidade e a progressiva aplicação de mecanismos para possibilitar que o indivíduo, em sua sociedade, possa desfrutar dos seus direitos sociais, econômicos e culturais, levaram ao desenvolvimento da questão dos Direitos Humanos, o indivíduo passou a ser visto como um ser que tem direitos inerentes a ele como humano e não apenas como cidadão.

Essa nova visão passou a impor ao policial moderno novos limites de atuação e uma reflexão sobre sua autoridade de usar a força sob certas circunstâncias.

Sob esta ótica, para que o trabalho policial seja executado de forma eficaz, as instituições policiais devem ser comandadas e gerenciadas com base em princípios expressos na Resolução nº 34/169 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 17 de dezembro de 1979, são eles: respeito e obediência à lei; respeito pela dignidade inerente da pessoa humana e respeito pelos direitos humanos.

Por razões éticas e legais, a polícia deve se pautar pelo cumprimento de tais princípios. Os abusos e excessos devem ser punidos para evitar que todo o trabalho de se construir uma polícia justa, eficiente e comprometida com o Estado democrático, seja comprometido. Não se deve confundir esta preocupação com a proteção ao criminoso, pois seu objetivo é conter o abuso de poder e garantir a dignidade do ser humano e o cumprimento da lei de forma justa e eficaz.

9. Conclusão

A criação da Polícia do Senado Federal trouxe, para os meios policiais e jurídicos brasileiros, um debate sobre a real necessidade de criação desse tipo de instituição. Muito se falou, mas pouco se refletiu sobre a importância desta polícia no contexto nacional.

Pautado por esse questionamento, este trabalho apresentou algumas idéias sobre a atuação da Polícia do Senado Federal, sobre as razões de sua criação e sobre seu papel na vida política nacional e na independência do Poder Legislativo, possibilitando, desta forma, um debate mais amplo que possa esclarecer aspectos jurídicos, ainda não totalmente compreendidos, desta nova polícia.

Sobre sua atuação, a Polícia do Senado Federal pretende se guiar pelo respeito à democracia e aos direitos humanos, pretende ser uma polícia não letal, evitando o uso de armas de fogo e a utilização de força em suas ações. Sua forma de atuar é primordialmente preventiva e, nesse sentido, diversas ações são desencadeadas para proteger o Senado Federal, os Senadores, servidores, convidados e visitantes de qualquer contratempo. Porém, tal preferência pela prevenção não a impossibilita de atuar *a posteriori*, pois seus quadros estão plenamente capacitados a atuar na função de Polícia Judiciária.

A Polícia do Senado Federal pretende ainda ser uma polícia moderna, integrada por policiais bem preparados, treinados e conscientes de que são profissionais do Di-

reito e que, dessa forma, devem zelar para o cumprimento das leis.

As pretensões aqui apresentadas pressupõem muito treinamento em todas as vertentes da atuação policial, investimentos em equipamentos modernos, veículos e em convênios com outras polícias do Brasil e do mundo. Pressupõem também o desenvolvimento das atividades de inteligência, proporcionando mais subsídios à atuação preventiva da Polícia do Senado.

Alcançados os objetivos propostos, acredita-se que a Polícia do Senado Federal será fortalecida e contribuirá para o fortalecimento das polícias de outras casas legislativas e desta forma contribuirá de forma decisiva para a manutenção da independência entre os Poderes e para o fortalecimento da democracia no Brasil.

10. Notas

¹ Alcaide: 1 Antigo governador de castelo ou de província. Antigo governador de castelo, província ou comarca, com jurisdição civil e militar. 2 antigo funcionário incumbido de cumprir as determinações judiciais; oficial de justiça. (Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa).

² Quadrilheiro: Grupo de soldados de polícia; cidadãos civis investidos de função pública que auxiliavam o Alcaide na segurança das cidades.

³ Este ato também determinou o surgimento da Polícia Civil no Brasil.

⁴ Brumário: Segundo mês do calendário da Primeira República Francesa

⁵ O Inquérito policial surgiu no Brasil através da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871 e foi regulado pelo Decreto nº 4.824 do mesmo ano.

11. Referências

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Senado Federal: Regimento Interno. Brasília, DF. 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. Do poder de polícia. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1999.

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. Direito e Segurança Pública: a juridicidade operacional da polícia. Brasília. 2003.

COSTA, Milton Lopes da. Novo manual da polícia judiciária. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1983.

ASKOUL, Marco Antonio. A polícia e sua função constitucional. São Paulo. Ed. Oliveira Mendes. 1998.

MONJARDET, Dominique. O que faz a polícia: sociologia da Força Pública. São Paulo. Ed. Universidade de São Paulo. 2003.

HUGGINS, Martha K. Polícia e política: relações Estados Unidos/América Latina. São Paulo. Ed. Cortez. 1998.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. Princípios fundamentais do processo penal - Revista dos tribunais. São Paulo, 1973.

TONRY, Michel e NORVAL, Morris. Policiamento Moderno. São Paulo. Ed. Universidade de São Paulo. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. Revista dos Tribunais, v. 61, n 445, pp. 287 - 298, nov. 1972.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. A polícia e os direitos humanos - Coleção Polícia amanhã. Textos fundamentais. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1998.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. O futuro de uma ilusão: o sonho de uma nova polícia - Coleção Polícia amanhã. Textos fundamentais. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2001.

CAVALCANTI, Brandão. Tratado de Direito Administrativo. 1956, vol. III.

CHEVIGNY, Paul. Edge of the knife: Police Violence in the Americas. Nova York, New Press. 1995.

RICHARDSON, James. Urban police in the United States. Nova York, Kennikat Press. 1974.

BRASIL. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: <http://www.direitoeneqocios.com.br/Constituicao1824.htm>. Acesso em: 09 Mar 2004.

BRASIL. Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.dhnetorq.br/direitos/brasil/leisbr/1988/1891.htm>. Acesso em: 01 Nov 2003.

BRASIL. Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.dhnet.orq.br/direitos/brasil/leisbr/1988/1934.htm>Acesso em: 01 Nov 2003.

BRASIL. Constituição (1937) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível

em: <http://www.dhnetorq.br/direitos/brasil/leisbr/1988/1937.htm>Acesso em: 01 Nov 2003.

BRASIL. Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.dhnetorq.br/direitos/brasil/leisbr/1988/1946.htm>. Acesso em: 12 Mar/2004.

BRASIL. Constituição (1967) Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.qeorqetown.edu/pdba/Constitutions/Brazil/brazil>. Acesso em: 01 Nov 2003.

BRASIL. Lei 9.883 de 7 de dezembro de 1999 - Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9883.htm. Acesso em 10/02/2004.

MENDES, Luiz Carlos Duarte, Direito Administrativo II - Poder de Polícia. Disponível em: <http://www.fada.adm.br/bpoder.htm>. Acesso em: 19 fev 2004

Polícia Civil do Estado do Ceará.História da Polícia Civil. Disponível em: <http://www.policiacivil.ce.gov.br/historia.htm>. Acesso em 7 Mar 2004.

Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. História da Polícia Civil Disponível em: <http://www.pc.rs.gov.br/deic/Htm/hist.htm>. Acesso em 7 Mar 2004.

Polícia Civil do Estado de Goiás. Histórico da Polícia Civil. Disponível em: <http://www.policiacivil.goias.gov.br/historico.htm>. Acesso em 7 Mar 2004.

Polícia Civil. Disponível em <http://www.prudensite.com.br/cidade/servicos>. Acesso em: 02 Mar 2004.

DUBEUX, Rafael. História da República do Brasil. Disponível em: <http://eloqica.br.inter.netlcrdubeuxl/historia.html>. Acesso em 1 Mar 2004

História do Brasil. Disponível em: <http://www.historia.hpq.iq.com.br/Hbras.htm>. Acesso em 02 Mar 2004.

Revista Carta Capital, nº 205. Bob Fernandes. Grampos e Espionagem. Disponível em: <http://cartacapital.terra.com.br/site/antigo/espioria-qem/capa.htm> . Acesso em: 15 Jan 2004.

Revista Isto é, nº 1551. Evelin, Guilherme e Faria, Tales. Entrevista: Um juiz em guerra. Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoe/vermelha/155102.htm>. Acesso em: 21 Jan 2004.

Revista Isto é, nº 1729. Diniz, Weiller. A CIA continua no Brasil. Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoe/1729/brasil/1729ciacontinuanobrasil.htm>. Acesso em: 21 Jan 2004.

O processo de institucionalização da supremacia da ordem econômica e jurídica na constituição do Estado democrático

Ruy dos Santos Siqueira

Sumário

Introdução; 1. O processo de produção e falseamento ideológico da realidade na perspectiva da teoria sociológica e semiológica; 2. O dilema epistemológico e conceitualista da teoria do Estado; 3. A limitação sistêmica do conceito positivista e funcional da teoria do Estado moderno; 4. Análise crítica do processo de constitucionalização do Estado Democrático; 5. Reflexão sobre o processo de judicialização do Estado democrático: A República tomada pelo Direito Positivista; Conclusão.

Introdução

No processo de fundamentação teórica e de consolidação dos pensamentos econômico-liberal-capitalista e jurídico-positivista, tratou-se de incorporar o que tinham em comum nos seus arcabouços ideológicos, ou seja, o espírito e a crença na existência de uma ordem natural, despojada da reflexão metafísica e deontica. Uma realidade concebida enquanto normativista e providencial, transmitida ao inconsciente coletivo, como evento determinista e escatológico.

Entretentes, a crença na realidade enquanto categoria e expressão de uma ordem natural e inevitável, obriga a rever a trama histórica e o discurso desta simbologia ideológica e mítica, a doxa capitalista, fortemente sedimentada no plano cultural e moral da sociedade democrática liberal.

Dissecar o caráter simbólico e político do processo de institucionalização e dominação sobre o Estado moderno, torna-se um

Ruy dos Santos Siqueira é Secretário da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados e Professor de Ética e Cidadania no UniCeub.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. ALEXANDRE PAIVA DAMASCENO.

ato imperativo e imprescindível para buscar a compreensão do enredo ideológico do liberalismo mercadológico e do direito positivista, que de forma dogmática e fundamentalista, continuam a afirmar que o caminho e o alcance do desenvolvimento material e moral do homem moderno passam pela aceitação de uma cultura disciplinada pela divisão do trabalho e pela mística vigente, da “ordem e do progresso”, propugnada pela racionalidade tecno-burocrática e convalidada pela moral e ética calvinista, da subcomissão e respeito à autoridade vigente.

Entender os meandros da temática proposta é de grande valia e pertinência, já que o novo quadro político internacional redesenhado pela teoria do Estado Mínimo nos anos 90 do século XX, reduziu drasticamente a função estatal a mera defensora do patrimônio público e da economia de mercado.

A década de 90 caracterizou-se pela supremacia da política neoliberal como fio condutor das demandas políticas e sociais. A ação dos Estados, sobretudo “emergentes” passou a ser determinada pelo discurso econômico e jurídico. Nunca antes na história da humanidade o fator econômico, convalidado pelo ordenamento jurídico positivista, se havia sobreposto à própria condição e existência humanas.

Perplexos diante do autoritarismo determinista do discurso hegemônico da economia de mercado e do realismo jurídico liberal, desconstruir o discurso oficial tornou-se imprescindível para buscar compreender a base material e teórica das razões que justificam a supremacia da ordem econômica e judicial nas constituições liberais e nos parlamentos da Era Moderna.

Por entender e considerar que a realidade é um constructo idealizado e materializado na perspectiva da estratificação social, desmitificar o discurso oficial da dogmática capitalista e jurídica positivista formalista-normativista significa desnudar a fala oficial, fala esta, nitidamente intencionada a manter, via controle institucional, teológi-

co e estatal, as demandas sociais, preterizadas pela ideologia do Estado Mínimo, a partir do fim da Guerra Fria.

1. O processo de produção e falseamento ideológico da realidade na perspectiva da teoria sociológica e semiológica

O cidadão moderno, na sistemática gramsciana e althusseriana, é um ser configurado pelos aparelhos ideológicos de reprodução do Estado, que desde seu nascedouro até ao processo de aprendizagem ou existencialização, passa a incorporar a convicção de que o mundo, tal como se apresenta, é real e incontestável em si mesmo. Um mundo natural e auto-revelado.

Absorvidos na condição de que a realidade é um fato natural, estratificado e irreversível, cabe aos cidadãos subalternos apenas enquadrar-se dentro de sua funcionalidade e dinamicidade, de um realismo dogmático e escatológico, onde a crença no mundo revelado ou natural serve como uma espécie de moldura existencial acoplada ao inconsciente coletivo, com a finalidade apenas de traduzir e preservar as aspirações e interesses ideológicos da classe dirigente.

Peter Berger e Thomas Luckmann afirmam no intróito de sua clássica obra intitulada “A Construção social da realidade”, que:

O homem da rua habitualmente não se preocupa com o que é real para ele e nem com o que ‘conhece’, e a não ser que esbarre com alguma espécie de problema, dá como certa a sua ‘realidade’ e o seu ‘conhecimento’¹

No desiderato de desnudar a linguagem como instrumental do processo de falseamento da realidade – realidade esta consolidada pelo binômio Estado burguês e democrático de direito – deve-se observar que se trata de um problema de desconstrução da linguagem oficiante, ou na esteira marxista, do discurso ideológico de quem enuncia.

O processo de concepção e construção da realidade, como fruto de uma lei natural e de uma existência absoluta e inquestioná-

vel, condiz com a função primordial de produzir no imaginário social, a crença de que a apropriação do fato social é um imperativo deontológico, e que sem esta “assimilação existencial e social”, a historicidade humana experimentaria o caos ou a desordem civilizatória.

Para que a realidade concebida tenha sua devida eficácia, a classe dominante transformou o seu discurso político e econômico em produção simbólica² e arquetípica³. O êxito do processo de convencimento e dominância dando-se na formulação simbólica do discurso e em sua transposição para a consciência e o imaginário social.

Gilbert Durand nos fornece a devida fundamentação teórica, formulando o pressuposto de que:

A consciência dispõe de duas maneiras de representar o mundo. Uma, direta, na qual a própria coisa parece estar presente na mente, como na percepção ou na simples sensação. A outra, indireta, quando, por qualquer razão, o objeto não se apresentar à sensibilidade ‘em carne e osso.’⁴

Na definição do significado de imaginário social, o professor Denis Moraes substancializa sua definição, descrevendo:

O imaginário social é composto por um conjunto de relações imagéticas que atuam como memória afetivo-social de uma cultura, um substrato ideológico mantido pela comunidade. Trata-se de uma produção coletiva, já que é o depositário da memória que a família e os grupos recolhem de seus contatos com o cotidiano.⁵

Outro expoente dos estudos da semiologia, Bronislaw Baczko diz que a imaginação social é um aspecto muito significativo da sociedade, através do qual os grupos sociais se percebem e projetam na elaboração de uma imagem de suas realidades próprias e atribuem identidades sociais e institucionais a seus membros.

É desta forma que uma coletividade ou civilização designa sua esfinge, planeja uma

certa representação de si, estabelece a distribuição de papéis sociais, impõe sistemas de crenças teológicas e deontológicas e, principalmente, constrói códigos de conduta.

Destarte, é no campo do imaginário social que a elite idealiza e impõe aos subalternos, os papéis sociais institucionalmente estabelecidos, como forma de garantir os seus interesses privados e estatais.

Estruturalmente sistematizado, dar-se-á início ao processo de dominação. O campo simbólico atuará como um campo de reprodução do jogo de poder. Estrategicamente, um poder que não coage fisicamente, mas reverbera-se no interior dos indivíduos e do tecido social, com a finalidade de manter a realidade instituída.

Buscando compreender o fenômeno social enquanto espetáculo produzido, Bronislaw Baczko, ressaltou que o imaginário social informa acerca de uma determinada realidade. Constituindo-se numa convocatória à ação da coletividade. A sociedade precisa imaginar e inventar a legitimidade que atribui ao poder, desse modo, o processo de interiorização é de fundamental importância e contará com os atributos do campo simbólico na constituição de um sistema de representação. Como indica Baczko:

A imaginação social, além de fator regulador e estabilizador, também é a faculdade que permite que os modos de sociabilidade existentes não sejam considerados como definitivos e os únicos possíveis, e que possam ser concebidos outros modelos e outras fórmulas.

A rede imaginária possibilita-nos observar a vitalidade histórica das criações dos sujeitos – isto é, o uso social das representações e das idéias. Os símbolos revelam o que está por trás da organização da sociedade e da própria compreensão da história humana. A sua eficácia política vai depender da existência daquilo que Baczko chama de comunidade de imaginação ou comunidade de senti-

do. As significações imaginárias des-
pertadas por imagens determinam re-
ferências simbólicas que definem,
para os indivíduos de uma mesma co-
munidade, os meios inteligíveis de
seus intercâmbios com as instituições.
Em outras palavras: a imaginação é
um dos modos pelos quais a consci-
ência apreende a vida e a elabora. A
consciência obriga o homem a sair de
si mesmo, a buscar satisfações que
ainda não encontrou.

O imaginário não é apenas cópia
do real; seu veio simbólico agencia
sentidos, em imagens expressivas. A
imaginação liberta-nos da evidência
do presente imediato, motivando-nos
a explorar possibilidades que virtual-
mente existem e que devem ser reali-
zadas. O real não é só um conjunto de
fatos que oprime; ele pode ser recicla-
do em novos patamares. Como nos
propõe Ernst Bloch ao indicar um
nexo entre as potencialidades 'ainda-
não-manifestas' do ser e a atividade
criadora da 'consciência antecipado-
ra'. A função utópica da consci-
ência antecipadora é a de nos convencer de
que podemos equacionar problemas
atuais em sintonia com as linhas que
antecipam o futuro.

O 'ainda-não-ser' – categoria fun-
damental da filosofia blochiana da
práxis – baseia-se na teoria das po-
tencialidades imanentes do ser que
ainda não foram exteriorizadas, mas
que constituem uma força dinâmica
que projeta o ente para o futuro. Imagi-
nando, os sujeitos 'astuciam o mundo'.
O futuro deixa de ser insondável, para
se vincular à realidade como expectati-
va de libertação e de desalienação.

Devemos distinguir, como Bloch,
imaginação e fantasia: a primeira ten-
dendo a criar um imaginário alterna-
tivo a uma conjuntura insatisfatória;
a segunda nos alienando num con-
junto de 'imagens exóticas' em que

procuramos compensar uma insatis-
fação vaga e difusa. Só a imaginação
permite à consciência humana adap-
tar-se a uma situação específica ou
mobilizar-se contra a opressão.”⁶

Diante das reflexões de Dênis Moraes
sobre a teoria do imaginário social de
Baczko, pode afirmar que o cidadão, roti-
nizado pelos tempos modernos de individua-
ção, de forma tácita e cadenciada, ao ser con-
duzido e formatado pelo ideário e os inter-
esses da classe dominante, tem a predispo-
sição de naturalizar a vida cotidiana, como
espaço axiomático de manifestação da pró-
pria realidade; mormente, prescindindo da
reflexão, da dúvida e da indagação acerca
do modo em que se operou a construção da
realidade exposta.

Ampliando à análise na perspectiva his-
tórico-filosófica, a modernidade, ao despir-
se do temor e da mítica medieval, busca con-
sagrar uma realidade versada pelo espírito
cartesiano, guiando-se pela lógica da hete-
ronomia burguesa.

Uma realidade que passa a ser decodifi-
cada e determinada pela ação de um poder
revestido por uma razão instrumentaliza-
da sob o signo da objetividade técnica, des-
cartando quaisquer alusões subjetivas ou
indagação reflexiva sobre o que é a realida-
de, apenas aceitando-a enquanto manifes-
tação de si mesma e de um destino linear e
irreversível.

Corroborando com a crítica sobre o con-
ceito positivista de realidade, o professor
Ronald Ayres Lacerda, especialista em filo-
sofia e teologia do processo de Whitehead,
afirma:

Que a realidade social é um todo
complexo, possuindo um caráter dis-
tinto da realidade natural. Logo não
se pode pretender aplicar os métodos
da física às ciências naturais, como
numa certa tradição positivista.⁷

Contudo, o desencantamento e a descren-
ça na construção de novas utopias a partir
da hegemonia do capitalismo, esboçados em
tempos de civilização pós-moderna, não fo-

ram capazes de sepultar a premissa de Karl Marx proferida no preâmbulo do Manifesto Comunista, em 1848.

Ao contrário, continua marcante e atual a sua assertiva de que a história/realidade/existência é ato contínuo de luta e conflito de classes. Mais atual, quando assistimos o fracasso da euforia e do triunfo do neoliberalismo dos anos 90 e, principalmente do seu poslúdio: o “fim da História”⁸ Parece-nos que o pensamento marxista ainda será por muito tempo, a principal ferramenta de análise dos fenômenos civilizatórios e sociais no mundo da divisão do trabalho e do exercício do poder.

Diante da contínua e atualizada sistemática marxista, pode-se inferir que a realidade e suas complexas estruturas institucionais, dogmáticas e normativas é um ato ou uma invenção intencionalizada, com foco dirigido e, especialmente manobrado por aqueles que detém as diversas formas de exercício do poder e da dominação.

A realidade é um espectro do processo de ideologização vinculado às condições materiais de produção, processadas a partir do dinamismo das relações humanas.

Marx objetiva e consolida a sua consistente análise, ao afirmar que a realidade/humanidade caracteriza-se pela produção material e espiritual e não por um estado de consciência puro ou metafísico.

Entretanto, para que a realidade simulada tenha validade e eficácia, será exigida a elaboração de um sistema de crença e dogma. A ação mimética será primordial no processo de passagem do mundo discursivo e ideológico para a permanente realidade simulacro.

Neste sentido, a ritualização da condição humana, pelo disciplinamento e pela coação psicossocial, será pêndulo vital para o processo de assimilação e de incorporação do simbolismo e do ideário da classe dominante, detentora e produtora do espírito da modernidade.

No afã de alcançar e manter os seus interesses, a burguesia capitalista, mesmo des-

pindo-se das vestes teológicas e da moral medieval, não abdicou da estrutura ritual e mítica, uma vez que a presença da estrutura deu maior eficácia ao processo de manutenção da ordem eclesial vigente.

Na estruturação e na hierarquização da sociedade moderna, o fator lingüístico torna-se viés de dialógica social e psicológica, calcada no suporte mítico e ritual.

A burguesia apropria-se do papel do simbolismo, outrora sacro, colocando na sua essência uma nova condição humana permeada de simbolismo “logocêntrico”. A palavra, na integração e construção da realidade ganha força transcendental dentro do tecido social. Dessa forma, a elite tradicional, no processo de racionalização da linguagem, não abstrairá do mito e do rito.

Para assegurar a eficácia ideológica e simbólica da realidade vigente, fez-se necessário ritualizar e mitificar a cotidianidade através do jogo da linguagem. A linguagem deixa de ser mero formalismo de comunicação e de integração e, transforma-se num agir intencional, igualmente ao agir ideológico.

Terry Eagleton, em seu estudo sobre a correlação analítica entre linguagem e ideologia relembra:

A primeira teoria semiótica da ideologia foi desenvolvida pelo filósofo soviético V. N. Voloshinov em ‘Marxismo e filosofia da linguagem’ (1929) – uma obra em que o autor audaciosamente proclama que ‘sem signos não há ideologia’. Em sua visão, o domínio dos signos e o da ideologia são coextensivos à consciência, que só pode surgir na corporificação material dos significantes, e como esses significantes são em si mesmos, ‘lógica da consciência’, que segundo Voloshinov, ‘é a lógica da comunicação ideológica, da integração semiótica de um grupo social’. Portanto, se privássemos a consciência de seu conteúdo semiótico e ideológico, não lhe restaria absolutamente nada. A pala-

vra é o ‘fenômeno ideológico *par excellence*’, e a própria consciência é apenas a internalização de palavras, um tipo de ‘discurso interior’. Em outras palavras, a consciência é menos algo ‘dentro’ de nós que algo ao redor de nós e entre nós, uma rede de significantes que nos constitui inteiramente.⁹

Para tanto, a segurança e a manutenção da realidade produzida logrará eficácia, recorrendo à linguagem mítica e ritual. Observa-se uma grande simetria entre o discurso religioso e o político, no transcurso da modernidade empírica.

Convalidando a análise sobre esta simetria, Ernest Cassirer afirmou:

A consciência teórica, prática e estética, o mundo da linguagem e do conhecimento, da arte, do direito e da moral, as formas fundamentais da comunidade e do Estado, todas elas se encontram originariamente ligadas à consciência mítico-religiosa.¹⁰

A psicanálise, o estruturalismo e a fenomenologia afirmam que para postular uma descrição sobre a realidade, é fundamental entender a função social do mito e do rito no processo de consolidação da realidade, processada pelo discurso e internalizada num rito de passagem para o inconsciente coletivo.

Diante da relação simbiótica entre mito e rito, elementos basilares de construção e legitimação da realidade, Paul Ricoeur, Ernest Cassirer e Saussure¹¹ deslocam o conceito de mito e o de rito, a partir da linguagem. Ambos não serão mais compreendidos e tampouco interpretados pelo caminho teológico, mas como fenômenos de linguagem.

Roland Barthes afirmou que o mundo fornece ao mito elementos da realidade histórica, referindo-se à maneira como os seres humanos a reproduzem. Em contrapartida, o mito devolve a realidade em imagem, mimetismo linguístico e comportamental.

Contribuindo com a perspectiva crítica de Barthes, o sociólogo francês Pierre Bourdieu ressalta que o poder simbólico/

mítico, é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica, podendo incorrer no conformismo social ou numa compreensão do real homogeneizante do tempo, do espaço e da forma existencial.

Na sociedade moderna, extremamente hierarquizada, o discurso oficiante será sempre um discurso de poder de dominação. Será uma locução planejada visando a controle social através da legitimação da investidura política, religiosa, midiática ou econômica. O discurso acerca da realidade será intencional, dirigido e ideológico, permeado de forte conteúdo deontológico e teológico; um enunciado composto de dominação.

Max Weber, refletindo sobre sociologia da dominação, diz:

Por dominação compreendemos, então aqui, uma situação de fato, em que uma vontade manifesta (mandado) do dominador ou dos dominadores quer influenciar as ações de outras pessoas (do dominado ou dos dominados), e de fato as influenciam de tal modo que estas ações, num grau socialmente relevante, se realizam como se os dominados tivessem feito do próprio conteúdo do mandado, as máximas de suas ações (obediência).¹²

2. O dilema epistemológico e conceitualista da teoria do Estado

Há várias tentativas de se construir uma teoria do Estado. Não há dúvida que estamos diante de um conceito polissêmico. Gero Lenhardt e Claus Offe, precursores da Escola Crítica Alemã, chamam a atenção que as definições tipificadas nas diversas literaturas sociológicas e jurídicas, gravitam e se orientam numa conceitualização formal e procedimental, tornando assim, uma definição, meramente pragmática e positivada.

Ao refletir sobre teoria do Estado e política social, advertem que em torno do estudo sociológico sobre teoria do Estado:

A investigação do Estado e da política estatal se orienta nas ciências sociais liberais por conceitualizações formais. Quando eventualmente encontramos definições sociológicas do Estado de direito parlamentar-democrático, essas definições se referem a formas e procedimentos, a regras e instrumentos da atividade estatal e não a suas funções, relações de interesse e resultados.¹³

A *fortiori*, estes autores buscam desmitificar o conceito esboçado pelo academicismo positivista que, herdeiro da tradição jusnaturalista e dos textos clássicos de Hobbes, Leibnitz, Locke e Kant, deu sustentação à idéia de um Estado metafisicamente puro.

Claus Offe oblitera ao tradicional conceito liberal e conservador, da crença de uma realidade permeada da idéia metafísica e universalista, e de uma ordem existencial apriorística e determinista, onde o Estado é apenas a expressão desta sistematização psicossocial e ideológica.

Diante desta definição tradicional, um estudo analógico e histórico sobre o processo de transposição da estrutura simbólica e metalingüística das epocalidades Ocidentais revela, que se na Idade Média a Igreja era a representante natural da ordem divina e política, na modernidade, com o fim do absolutismo e a consolidação dos ideais iluministas, o Estado apropria-se deste constructo, incorporando um estilo de autoridade autocrática, dotado de uma ordem humanística e tecno-burocrática.

Transformando-se numa “potência institucional divinizada” pelo ideal calvinista, o Estado passa a ser o legítimo mediador do projeto de sociedade contratualista. Dentro do pressuposto junguiano de análise sobre arquétipo, houve apenas uma mudança de objeto, pois a base metafísica e material continuou vigente, ou seja, da obediência à Igreja e ao Estado racional e disciplinador.

É verdade que um dos objetivos fundamentais do Iluminismo foi sistematizar filo-

soficamente, uma utopia civilizatória e do ser individual, tendo como finalidade a sua emancipação histórica e humana pelo domínio da razão. Entretanto, conforme Thomaz Hobbes este caminho não se processará pela determinação da história.

Diante da constatação da experiência das constantes guerras no transcurso da história, a razão e o desejo humano só poderão ser contidos pelo Estado. Pois, já dizia Hobbes, que a história é uma constante interação de guerra civil.

Reinhardt Koselleck, no seu comentário sobre o pensamento de Hobbes, expressou:

O Leviatã é, ao mesmo tempo, causa e efeito da fundação do Estado. Assim Hobbes acaba com a pretensa prioridade das resoluções internas dos indivíduos e tenta demonstrar o condicionamento congênito de qualquer moral que se realize pela ordem estatal. A conseqüente eliminação absolutista de qualquer dualidade entre estamentos e monarca, entre povo e soberano, se quisesse ser dotada de sentido, também interditava uma separação entre lei moral e legalidade política. A guerra civil, que é vivida como ameaça mortal, alcança a paz no Estado. Este Estado, como Estado terreno, é um deus mortal. Como deus mortal, assegura e prolonga a vida dos homens, mas ao mesmo tempo, permanece mortal, pois é uma obra humana e pode sempre sucumbir ao estado de natureza que marcou sua origem, a guerra civil.¹⁴

Diante da contradição entre o significado e a objetividade do Estado, Norberto Bobbio chama atenção da dificuldade exegética e epistemológica de se formular um conceito puro e preciso, uma vez que, em boa parte dos compêndios e tratados sociológicos, ficou adstrito ao viés liberal e protestântico.

Tratando-se de uma crítica teórica do Estado, deve-se ater ao parâmetro e ao significado da influência do calvinismo, do li-

beralismo e do positivismo moderno na elaboração conceitual do Estado vigente no mundo contemporâneo.

Do pensamento calvinista, o Estado valeu-se da imunidade em suas ações contraditórias. O processo de divinização da autoridade foi uma das principais contribuições para a autonomia e soberania do Estado moderno.

Calvino formulou a idéia de que Igreja e Estado procedentes do mesmo princípio e simbolismo. Ambos, com funções específicas, são instrumentos de Deus para a vinda e a preservação de seu Reino. Enquanto o Estado tem a função de resguardar a ordem circunstancial e histórica, a Igreja tem a tarefa específica de orar pelas autoridades, independentemente dos atos serem bons ou maus ou de provocarem a desumanização das pessoas e a injustiça social.

No pensamento político e ideológico de Calvino, as sociedades deveriam ser compostas de pessoas obedientes e distanciadadas da atividade política. A exigência de uma servidão cívica e teológica ao Estado foi uma das características de Calvino. A preservação da ordem estatal e social era uma exigência incondicional para os discípulos da Igreja Reformada.

Vale destacar que, diante do processo de protestantização do Estado que varria a Europa dos séculos XVI a XVIII, Karl Marx insurgiu-se contra este paradoxo que ainda afronta o espírito e propósitos do pensamento moderno. Criticando a religião que se estabelece no processo de configuração do novo Estado, busca defendê-lo da impostura religiosa, propondo em definitivo a secularização do poder político e público.

Chama a atenção para isso em seu clássico "A Questão Judaica", ao afirmar que "retirar a religião do Estado não significa tirá-la da vida das pessoas"¹⁵, apenas advertia que o Estado deveria ser laico.

Com relação aos princípios do liberalismo, o Estado herdou a crença fundamental num ideal político em que os indivíduos são livres para concretizar os seus objetivos. A

crença na igualdade, nos direitos humanos, na liberdade individual, na propriedade, no mercado livre e na democracia será a marca determinante deste Estado liberal.

No Estado liberal-democrático, o império da lei precederá a própria existência. A anterioridade existencial, sob a ótica e o espírito objetivista, não dará espaçamento para o espírito objetivo e racional. A máxima da modernidade liberal é transformar e controlar o mundo, restringindo a sanção moral ao dever privado, libertando a economia de qualquer injunção teológica e ética. Ao Estado cabendo apenas a tarefa de regular a moral privada. Assim:

O iluminismo triunfa na medida em que expande o foro interior privado ao domínio público. Sem renunciar à sua natureza privada, o domínio público torna-se o fórum da sociedade que permeia todo o Estado. Por último, a sociedade baterá à porta dos detentores do poder político, para aí também exigir publicidade e permissão para entrar.¹⁶

No entanto, Claus Offe ressalta que o processo de formulação de uma teoria do Estado não pode continuar restrito a uma percepção normativa e formalista, uma vez que:

Quando eventualmente encontramos definições sociológicas do Estado de direito parlamentar-democrático, essas definições se referem as formas, procedimentos, a regras e instrumentos da atividade estatal e não a suas funções, relações de interesses e resultados.¹⁷

Assim, impulsionado pelo espírito de Claus Offe, de contraposição ao conceito definicionalista e weberiano sobre a teoria do Estado, como detentor do monopólio da violência, faz-se necessário perguntar: Quem governa e quem exerce esta ação coercitiva contra quem?

Percebe-se na tradição liberal-funcionalista, a tentativa da construção de uma concepção linear, despindo-a da inquestionável indagação: Quem controla o poder esta-

tal, uma vez que é portador de interesses individuais, corporativos e de classe?

Além disto, há de enfrentar outro dilema teórico acerca da condição do governante, sobretudo, estabelecida no pressuposto de potência soberana de Jean Bodin¹⁸. Seu postulado do tipo ideal de governante transforma-se em mero exercício de abstração, quando tenta sustentar a idéia de que o governante deve estar acima do bem e do mal, sem a sanção moral.

Este aparente delírio teórico de Bodin continua muito presente no inconsciente dos governantes. Recentemente no Brasil, mais especificamente no governo de Fernando Henrique Cardoso, foi enviada uma proposta ao Congresso Nacional no sentido de garantir foro privilegiado para ex-autoridades, numa clara semelhança e assimilação do ideário de Bodin.

Os teóricos da racionalidade moderna, principalmente nos séculos XVII e XVIII, buscaram enquadrar o Estado, tirando-lhe o caráter absolutista e reduzindo-o a mero mediador neutralista.

No entanto, este ideário de neutralidade estatal esbarrava na contradição principiológica de um novo *ethos* humano formulado pelos filósofos da natureza, os quais sustentavam uma nova moralidade em que o homem da modernidade é tido como possuído por uma natureza perversa e devoradora de si mesma.

Diante deste conceito de demonização e predestinação da condição humana, produzido para justificar a teoria e a práxis liberal do exercício do poder no controle social e moral, deve-se perguntar e refletir sobre como é possível conciliar a utopia de um Estado contratual, se a nova humanidade propugnada por Calvino, Hobbes e outros naturalistas, é dotada de uma natureza subjugada moral e existencialmente?

Por esta razão, compreendemos que a teoria marxista parece mais lógica e plausível. A idéia de que o Estado é um ente que representa os interesses de uma classe dominante é muito mais compatível à idéia de

Estado neutro, técnico e funcional. A escola marxista e a gramsciana explicitam o Estado como expressão da dominância da maioria pelo espectro de uma minoria que governa e manipula os subalternos, impondo-lhes a ideologia da servidão predestinada.

Portanto, é uma ilusão falar num Estado contratualista, diante de um processo histórico que reflete claramente as intermináveis lutas de classes.

Buscando ampliar a corrente marxista, os protagonistas da Escola Crítica de Frankfurt: Marcuse, Adorno e Habermas, contrapõem-se ao realismo jurídico-positivista, afirmando que não há nenhuma validade na idéia de um Estado existente em si mesmo, ou seja, um Estado em potência.

Seguem afirmando que a formulação teórica de Estado é estritamente intencional e histórica, fadado que é, à impossibilidade do estabelecimento de um espírito de neutralidade frente à existência e à história dos conflitos no ambiente hostil e bélico da civilização Ocidental, expressão de seu principal empecilho, a impossibilidade de uma governabilidade neutra e isenta, na medida em que se cristaliza na lógica perversa da exploração humana.

3. A limitação sistêmica do conceito positivista e funcional da teoria do Estado moderno

O pensamento burguês Ocidental insiste nos ensinamentos positivistas de que a Idade Moderna significou o rompimento com o modo de produção da economia feudal e o destronamento do absolutismo eclesiástico e político-estatal. Depreendendo histórica e moralmente que a modernidade significou o fim da tirania dos governantes e dos religiosos; o fim da intervenção filosófica e teológica na esfera pública e política e, por fim, a consagração do indivíduo enquanto sujeito protagonista da própria história e do destino humano.

É verdade que a sociedade moderna teve a capacidade de sepultar todas as formas

de absolutismo e intervencionismo da moldura medieval e feudalista. Não obstante, deve ficar atentos a que a secularização da vida, do poder e da esfera pública, não significou a planificação do exercício do poder político e econômico dentro do tecido social.

A alternância dos modelos civilizatórios, estatais e políticos, na trajetória e tradição Ocidental, obedece rigorosamente ao ideal de um Estado proclamado no idealismo platônico, agostiniano e calvinista, no qual se afirma que a essência do Estado seria, não um agrupamento de indivíduos semelhantes e iguais, mas dessemelhantes, desiguais e de ações estratificadas, portanto, sendo impossível atender-lhes as demandas de forma isonômica, dada a crença na realidade predestinada e determinada.

O Estado moderno tornou-se uma representação simbólica e institucional do próprio antagonismo e dualismo existencial do ser humano. Contudo este impasse conceitual se impõe diante do dilema de compreender que, ao mesmo tempo em que cedemos e transferimos o nosso direito de governar, recebemos deste mesmo Estado que, para garantir e assegurar a paz e a defesa comum, passa usar da força e de todos os recursos, da maneira que considerar conveniente e providencial.

O dilema: quem governa quem? Sem considerar as contradições e a análise do estrato social, sempre ronda e ameaça a nossa liberdade.

A sociedade capitalista-liberal teve o mérito de demolir o palco da ontologia e do estamento medieval e feudalista, mas preservou para si o arquétipo estrutural destes precedentes históricos. O Estado moderno não escapa a esta ação contraditória, ora benfeitor, ora malfeitor da historicidade e existencialidade humana.

O Estado capitalista incorporou para si uma moralidade racional e tecno-científica que, sedimentada no espírito do positivismo, continua a afirmar que a vida, a história e a existência, reverberam nas ações políticas, econômicas e jurídicas, trilha orgâ-

nica e institucional sob o fio condutor de uma história linear e progressiva.

A história e realidade, delineada pelos intelectuais representantes da aspiração da burguesia, transforma-se num desenvolver direcionado pelos princípios da ordem e do progresso. Sob o princípio de uma ordem natural a-histórica, onde qualquer mudança de percurso humano e político vai exigir uma transformação funcional ordenada, não comportando quaisquer transformações violentas e abruptas.

Esta mentalidade se faz presente na história política e social, em especial, na cultura das elites da América Latina. Nos anos 80, durante o processo de democratização do Continente, os representantes dos regimes militares e das elites escravocratas, fiéis seguidores da cartilha e da impostura positivista, exigiram que as transformações sociais, institucionais e políticas, deveriam seguir um ritmo “lento”, “gradual” e “consensual”.

A realidade do sujeito autônomo e histórico, estampada no Iluminismo, na Reforma Protestante e nos tratados de direitos humanos da história Ocidental, esvaziou-se na medida em que a ordem econômica e jurídica se sobrepôs e ocupou o lugar da centralidade existencial e histórica da humanidade.

O sujeito autônomo, perfilado pela moldura iluminista e pelos ideais do liberalismo, foi deslocado da condição de centralidade do paradigma moderno, sendo substituído pela supremacia da ordem econômica e jurídica positivista. Preterido deste eixo civilizacional, passou a incorporar na sua *psiquê* e existencialidade, o novo modo de produção econômica, tido como valor de referência na estruturação e eticidade humana.

Recorrendo à historicidade da tradição moderna, deve ser lembrada a importância da Revolução Francesa e da Revolução Industrial, que marcaram e determinaram os séculos XVIII e XIX, no plano político-ideológico e econômico.

Enquanto a Revolução Francesa significou uma transformação e reelaboração da

ontologia humana dentro da sociedade e do sistema estatal, a Revolução Industrial significou um conjunto de transformações na força produtiva e econômica, abrindo-se o terreno para a afirmação e consolidação do capitalismo, como modo de produção dominante, tendo a burguesia e o proletariado como novos atores sociais desta nova dinâmica de exploração.

Vale mencionar que a partir da Revolução Industrial consagra-se, na modernidade, o fenômeno da divisão social do trabalho. Sai da modernidade humanista, da centralidade humana para a modernidade mercadológica marcada pelo fetiche dos objetos.

Do ponto de vista da nova ordem econômica, a burguesia vai impondo ao Estado e a sociedade, o princípio do *laissez-faire*, segundo o qual, a economia deve se desenvolver de acordo com leis naturais, sem intervenção do Estado.

No entanto, o processo de consolidação da economia capitalista é acompanhado de desorganização e enfraquecimento do próprio trabalhador e do Estado moderno. Claus Offe afirma:

Uma das características da organização do trabalho capitalista é submeter a força de trabalho, tanto quanto possível, a uma orientação externa e a um controle externo integral.¹⁹

Pode ser afirmado, que o controle externo das atividades laborais e da vida privada na sociedade de classes ou hierárquica, tem sua vitalidade e vitaliciedade garantidos, graças à concepção liberal do Estado moderno, conformado com precisão conceitual e epistemológica por Claus Offe, que o denomina Estado de direito parlamentar-democrático. O sistema político institucional da sociedade e do Estado capitalista caracteriza-se pela consagração do sistema econômico como independente do Estado, e pelo monopólio da classe economicamente dominante, sobre o sistema político convalidado pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, a tentativa de buscar con-

figurar o que é o Estado, e seu conteúdo dentro do pensamento moderno, é uma tarefa contínua de desconstrução dos conceitos tradicionais.

O próprio Max Weber ao definir o Estado como detentor do “monopólio da violência”, nada revela sobre a reflexão a respeito de quem a exerce e contra quem está dirigida. O conceito weberiano omite a questão das classes. O Estado weberiano é um Estado funcionalista com os traços e adornos da burguesia emergente.

Deste modo, ultrapassando a falácia do ordenamento biológico e ideológico da teoria liberal do Estado, e a mera abstração conceitual e epistêmica, finalmente, Karl Marx vai desmascarar o mito da neutralidade política, ao confronta-lo, dizendo que o Estado é uma expressão da vontade humana e das classes dominantes e que a sua ação logra eficácia graças ao discurso do determinismo econômico e jurídico.

A confiabilidade e a legitimidade de uma configuração consensual da teoria do Estado moderno esbarram na dualidade institucional e nos desafios de compatibilizar a complexidade social e a sua condição de representativo e formalístico. Fernando Paulo da Silva comprova esta contradição, argumentando que:

Toda esta extraordinária heterogeneidade civilizatória vem a ser reunida, controlada e dominada por um aparelho noológico (a religião de Estado). Este Estado centralizador, construtor e repressor, constitui um novo modo de organização da complexidade a partir de um aparelho central, o qual vem a desenvolver-se segundo os princípios da hierarquia (a qual vem a ser imposta como um princípio geral de organização, o que ainda vem aumentar mais o aparelho coercitivo e repressivo do Estado) e a especialização do trabalho, contribuindo para a diferenciação da sociedade em classes, ao mesmo tempo que se molda na hierarquia diferenciadora.²⁰

4. *Análise crítica do processo de constitucionalização do Estado Democrático*

Ferdinand Lassalle em sua pré-dica e tese sobre o poder constitucional, apresentada na Associação Liberal-Progressista de Berlim, em 1862, afirmou que questões constitucionais não são questões jurídicas, monopólio segmentado, mas sim, questões políticas.

A Constituição, portanto, é uma expressão da disputa pelo poder entre os atores sociais. Segundo Konrad Hesse, os atores sociais são:

O poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura em geral. As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; fatores esses que formam a Constituição real do país. Esse documento chamado Constituição – a Constituição jurídica – não passa, nas palavras de Lassalle, de um pedaço de papel.²¹

Dessa maneira, a configuração e a sustentabilidade da normatividade constitucional, para além do fundamentalismo exegético, caracteriza-se por seu estrito vínculo contextual com o espírito cientificista, com o discurso liberal-individualista e com a cultura normativista e tecno-industrial.

A dogmática jurídica positivista²², com a pretensão falaciosa da univocidade e universalismo dos seus códigos, sofre o processo de crise de legitimidade e esgotamento, em razão de sua persistência na defesa do

formalismo dicotômico entre Estado e Sociedade, isto porque o senso comum jurídico e os discípulos da ciência normativa e dogmática jurídico-positivista, têm uma história de íntima ligação com o status quo.

Karl Marx afirmou que a ordem jurídica é uma configuração determinante dos interesses da burguesia, preconcebidos a ela, ou seja, à propriedade concretamente existente e à necessidade de manter a dominação objetiva e racional.

O ideário de neutralidade científica e humana, como critério de aplicabilidade da lei, serve muito mais para a acomodação das relações macro e microfísicas do poder. Luiz Alberto Warat, numa releitura de Foucault e sua obra “Vontade de Saber”, toma-o como suporte da crítica ao saber e ao poder jurídico neutro:

Coloque-se a bio-política como quinta razão da desumanização do homem moderno, isto é, desumanizado desde que a vida natural começou a ser incluída nos mecanismos e nos cálculos do poder estatal e no desenvolvimento triunfante do capitalismo, que precisa de corpos dóceis para obter esse triunfo genocida com que hoje se apresenta. Parece-me que não se pode perder de vista, também no terreno do direito, o valor da bio-política como acontecimento fundacional. Todas as categorias com as quais atualmente se intenta pensar o Direito, e que foram fundadas na política jurídica moderna, são vinculadas ao horizonte bio-político.²³

Canotilho contradizendo ao conceitualismo cartesiano, afirma que o princípio deste Estado constitucional estreita-se muito com a teoria da supremacia do Direito, uma vez que na era Moderna, a base teórica do Estado e da ação de seus governantes é a sujeição ao império das leis, ao lado da preservação da vida e da propriedade privada.

A era Moderna impõe-se politicamente através do princípio da inter-regulação entre os Três Poderes, sempre observando aten-

tamente as contradições da ação estatal e as intenções do príncipe, governante ou soberano.

Deve-se reconhecer o mérito de que, contra a possibilidade da tirania e o despotismo, fez necessário estabelecer um novo contrato social, levando em conta a supremacia da lógica individualista e do dogma positivista-constitucional.

A elaboração do “Contrato Social”, inspirado e idealizado por Locke, Rousseau, Montesquieu, Kant e outros importantes liberais do século XIX, objetivou definir o Estado como guardião dos direitos e princípios fundamentais, direitos estes, da tradição liberal, da liberdade individual, da livre expressão política e da livre iniciativa econômica. Consagrando assim, o processo de estatização da sociedade através da constitucionalização do Estado.

O mundo das representações, de inspiração burguesa liberal, corresponde a um determinado estágio do desenvolvimento social, oriundo da progressiva emergência e afirmação triunfante do capitalismo industrial moderno e ocidental, conjunto de fenômenos variados que teorizou a organização social a partir da afirmação de concepções radicadas na defesa do individualismo contratualista iluminista e que por interação com o pensamento desse tempo, o cientificismo, o legalismo e o formalismo, veio a produzir o positivismo jurídico.

Dessa forma, o Estado constitucional funde-se com o próprio significado da teoria do Estado contemporâneo, que se estrutura sob o império do liberalismo e do senso comum jurídico positivista. Os direitos fundamentais, do status quo, são a garantia da sociedade burguesa, protegendo-a de qualquer ação autoritária do Estado e do déspota.

Entretanto, a eficácia deste novo Estado constitucional não estará restrita si mesma. Trata-se de impor uma nova moldura neste “ente” moderno. O Estado necessitará desvencilhar-se da vontade do soberano e da trans-racionalidade popular, o que o torna

utópico e irrealizável. A idealização da Constituição como princípio basilar da formação do Estado moderno, será um imperativo para o novo ordenamento antropológico e jurídico.

A Constituição será o instrumento ideológico, simbólico e material de equilíbrio, de correlação e de tentativa de controle do tripé liberal: indivíduo-governante-Estado. Pode afirmar que a modernidade promoverá o processo de constitucionalização do Estado e da esfera pública.

A Constituição torna-se a configuração político-ideológica de uma sociedade organizada. O Estado constitucionalista, portanto, consiste na divisão do poder, de modo que se impeça todo arbítrio do tirano.

Ressalta-se que o princípio constitucional do Estado moderno, é o da pluralidade nas decisões e nos poderes soberanos, independentes e harmônicos, que se caracterizam na forma de governo. Porém, no entendimento dos defensores da teoria do tripartite, o equilíbrio constitucional não pode ser mantido, sem a primazia da Constituição como princípio da correlação entre os três poderes.

Contraopondo a este espírito conceitual positivista, o Estado constitucional, conforme definido por Canotilho, deveria ser um ente apriorístico que antecede ao letramento da Constituição, uma vez que é da cultura particular que extrai prática permanente de ação constitucional entre povos.

Canotilho, na sua refutação à falaciosa argumentação da defesa do princípio dogmático e fundamentalista de que o Estado constitucional é uma realidade empírica em si, afirma que não passa de um mito de idealidade, sem qualquer sustentação lógica e científica.

O Estado, como formação histórica de organização social, ética e jurídica, assume definitivamente, a partir do liberalismo moderno, a estrutura formalística e constitucional. Um Estado que definitivamente se ordena conforme ao poder jurídico, do imperativo categórico do dever ser e das leis.

No entanto, Canotilho rompe com a concepção tradicional e formalística dos liberais acerca do Estado constitucional, propondo condicionar a legitimidade deste Estado à radicalidade do espírito da democracia. Esta proposta impedirá quaisquer meios de manipulação e autoritarismo das elites, no modo de governar.

Qualquer tentativa de cristalização e materialização do Estado constitucional de direito obrigará a sociedade a considerar o pluralismo cultural. O Estado constitucional de direito deve levar em conta a diversidade, as circunstâncias históricas e deverá extrapolar a visão etnocêntrica Ocidental.

Canotilho ao desconstruir a tradicional definição de Estado constitucional, tenta ampliar o leque de sua existência, rompendo com a abstração conceitual dos liberais. Propõe ir além do formalismo moderno, ou seja, o Estado constitucional não deve ser apenas um Estado de direito formal. Ao contrário, deve ser modelado pela contínua ação humana e pela dinâmica social, devendo sua articulação existencial organizar-se e exercer-se em termos democráticos.

Neste sentido, Canotilho nos traz uma enorme contribuição ao afunilar a máxima conceitual de Estado constitucional, adicionando-lhe o elemento democracia, como forma de travar os excessos e a tentativa autoritária do poder instituído. De forma didática e imperativa, Canotilho enfatiza o risco da dogmatização do Estado constitucional:

Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas. Uma delas é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; a outra é a legitimidade de uma ordem de domínio e de legitimação do exercício do poder político. O Estado impolítico do Estado de direito não dá resposta a este último problema: de onde vem o poder? Só o princípio da soberania

popular, segundo o qual, todo o poder vem do povo, assegura e garante o direito à igual participação na forma democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados, serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’, possibilitando a compreensão da moderna fórmula: ‘Estado de direito democrático’.²⁴

5. Reflexão sobre o processo de judicialização do Estado democrático: a República tomada pelo Direito Positivista

A judicialização do Estado democrático-liberal representativo implica na sua apropriação pelo poder jurídico. O direito estatal vai assumindo proporções dantescas de controle absoluto de todo o aparato institucional.

O Estado moderno passa a ter o controle social e disciplinar pela normatividade do poder jurídico. O poder jurídico, na sociedade socialmente disciplinada e hierarquizada pela divisão do trabalho, vai desencilhando-se de qualquer possibilidade de controle social.

O próprio funcionamento do Estado se confunde com o funcionamento do Direito. O professor Ronald Ayres Lacerda em seu artigo sobre “A crise do conhecimento jurídico na modernidade”, escudado na citação de Wolkmer, reafirma ao seu leitor que “a história do direito é a história de sua identificação com o poder do Estado, que visa regulamentação e a manutenção da força de uma formação social determinada, legitimando a ordem capitalista.”²⁵

O poder jurídico moderno transformou-se num certificado de legitimação da aspiração do Estado moderno burguês, sem qualquer temor de sanção coletiva. O sujeito burocrático desta complexa feição jurídica encontra-se frontalmente para além do controle externo, salvo o controle interpo-

deres, que pouco resulta em eficácia institucional e ética.

O processo de judicialização significará a privatização do Estado democrático. O ideal de democracia representativa encontra-se ameaçado na medida em que o poder jurídico toma o lugar das iniciativas dos movimentos sociais.

A burocratização e a estatização da esfera pública foi um dos grandes equívocos do agir intencional dos ideólogos liberais pela modernidade. O processo de limitação da coisa pública à esfera estatal produziu um grande fosso e distanciamento entre a sociedade e o Estado.

Não resta dúvida de que a libertação do poder político e do poder econômico que caracterizou a ruptura com o feudalismo, apontava para a divisão entre as esferas pública e privada. Num processo de deslocamento da coexistência entre sociedade e Estado que favoreceria a emancipação do poder judiciário.

Considerando que o desenvolvimento e a consolidação da sociedade moderna esteja marcado pela separação entre Estado e sociedade, Nuria Cunill vai dizer que esta separação não é definitiva, uma vez que é no âmbito privado-mercantil que a coisa pública encontra a originalidade da sua expressão.

A modernidade vive o momento da crise de seus próprios paradigmas. A propalada crise do valor jurídico é reflexo da crise dos paradigmas científicos e histórico-sociais, já que a teoria pura do direito kelseniano, determinante no âmbito jurídico, fundou-se no princípio da objetividade e do cartesianismo, impulsionado pelo capitalismo avançado, tecnológico e informacional.

Para entender a pretensa imunidade do poder jurídico como guardião do Estado democrático, é de fundamental importância compreender um dos grandes ideólogos da produção do direito moderno: Hans Kelsen.

Em seu tratado sobre a “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen afirma que a pressuposta “ciência jurídica” deve manter-se equi-

distante da sociologia jurídica, uma vez que nesta esfera de análise, o objeto não é o próprio Direito, mas os fenômenos ou acontecimentos circundantes ao Direito.

Hans Kelsen tenta isolar o Direito de qualquer influência dos pressupostos filosóficos ou sanções ético-morais. A autonomia do direito teve como objetivo, dar sustentação orgânica e burocrática a uma sociedade que trilhava para a racionalidade e o empirismo dogmático.

O pressuposto básico de Kelsen se assenta na idéia de norma por excelência, valorizando apenas a ordem jurídica auto-aplicante, numa clara feição fundamentalista onde o texto é condutor da própria realidade, acomodando a sociedade na perspectiva da ordem textual-jurídica.

A dogmática jurídica de Kelsen se manifesta na medida em que os seus pressupostos teóricos fundamentaram-se no conhecimento científico, especialmente, no postulado de que é possível fazer separação radical entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível.

Kelsen defende que a ciência jurídica deve fornecer esquemas de interpretação especificamente jurídicos dos fatos, e restringir-se a um juízo de valor objetivo desses fatos. O Direito buscando consolidar-se na estrutura estatal como feixe do universo lingüístico e burocrático, hermético e fechado.

No entanto, Luiz Alberto Warat adverte que na “Teoria Pura”:

Não se encontra devidamente esclarecido o duplo papel significativo que Kelsen atribui às normas jurídicas. Por um lado, elas são o sentido dos atos de vontade e, por outro, o objeto da ciência jurídica, que outorga sentido objetivo às normas, vistas como fatos empíricos do mundo do ser. Essa duplicidade significativa poderia ser esclarecida no momento em que aceitemos, em Kelsen, a dupla dimensionalidade da noção de língua. As normas, como expressões dos órgãos de autoridade, seriam um có-

digo que operaria como condição de sentido do ato.²⁶

O processo de judicialização do Estado se sucede na medida em que o Estado, ao ser considerado a única fonte de poder legítimo, recorre exclusivamente à ordem jurídica para a garantia de sua estrutura burocrática e institucional. A segurança do Estado democrático não repousa mais na dialógica: Estado e sociedade, mas no ordenamento jurídico, como nova fonte de sua conservação.

O direito que se configura ao longo do processo civilizatório Ocidental é o direito da defesa do Estado enquanto instituição pretensamente autônoma e imune. Não mais um Estado configurado no ideal democrático, mas “juridisciocrático.”²⁷

Por um lado, deve-se reconhecer que este processo de judicialização do Estado ocorre em razão do esvaziamento da participação social na esfera pública, do declínio do homem político e do desencantamento com a política partidária e institucional. A demanda da supremacia da justiça na aspiração societária vem do desamparo político e da indiferença burocrática. O direito passa a tornar-se a última reserva moral comum em uma sociedade que não mais a possui.

O enfraquecimento do Estado diante da supremacia desproporcional da economia internacional e do espírito globalitário, circunda o planeta. Num flagrante desprezo ao poder tutelar do Estado, multiplica-se a recorrência jurídica.

O crescente processo de aceleração da expansão jurídica não é conjuntural, mas associado à própria dinâmica e dilemas das sociedades democráticas e à descrença nos poderes do Executivo e do Legislativo, por sua incapacidade de operar e atender as demandas sociais voltadas para a cidadania.

Também vale alertar que a opção da sociedade pela mediação do poder midiático e econômico na condução da esfera público-estatal, deixa em segundo plano o papel tradicional do poder político formal, num

raro precedente ameaçador ao equilíbrio das atribuições dos Três Poderes.

A superposição do poder Judiciário no controle do processo legislativo e constitucional, significa restringir a capacidade de atuação dos atores sociais no processo de participação do ideário de Estado democrático. A ascensão da Justiça está diretamente ligada ao fim da Guerra Fria e à internacionalização da economia de mercado.

Para empreender-se a devida compreensão sobre a ascensão da Justiça como nova centralidade do poder estatal, é imprescindível a recorrência às análises de Pachukants sobre a relação simétrica entre o discurso da circulação das mercadorias e a forma jurídica.

Pachukants, na elaboração teórica, busca desvendar a relação de determinadas formas do Direito com as formas da economia mercantil. Discorre sobre a relação entre Direito e capitalismo, que imediatamente pode ser desdobrada para a relação entre as instituições e o capital, e também entre o Estado e a democracia.

Ao estudar a relação lingüística entre o Direito e o capitalismo, Pachukants conclui que a forma jurídica é uma produção econômica e social resultante do princípio da divisão do trabalho. Marcio Bilharinho Neves, por sua vez, destaca:

Em tal sociedade mercantil, o circuito das trocas exige a mediação jurídica, pois o valor de troca das mercadorias só se realiza se uma operação jurídica – o acordo de vontades equivalentes – for introduzida, estabelecendo uma forma que reproduz a equivalência, essa ‘primeira idéia puramente jurídica’ a que ele se refere.²⁸

Assim, a hipótese da consolidação de um Estado moderno caricaturado pela ciência jurídica deve ser repelida, quando se sabe que Michel Foucault em seu livro “Vigiar e Punir”, nos mostra a estreita relação entre justiça e punição, num autêntico processo de mera manutenção do poder e do isolamento social. Quanto mais o Estado venha

a apoiar-se na formalidade cartesiana e jurídica positivista, mais se burocratizará e distanciará das aspirações do conjunto da sociedade.

Além desta advertência foucaultiana, deve ser relevado que a atual configuração do Estado democrático de direito e o Estado totalitário podem ser considerados idênticos, na proporção em que crêem numa ação linear e unilateral de puro dogmatismo, resistindo a qualquer outra possibilidade, além da validade da verdade particular do cientificismo vulgar e superado.

6. Conclusão

Ao propor o desenvolvimento analítico e crítico de um tema extremamente complexo e polissêmico na sua concepção e interpretação, fiz convictos de sua incompletude e da limitação de se formular um tratado enciclopédico consensual.

A crise dos paradigmas científicos das utopias messiânicas, a socialista e a liberal; o desencantamento com o modelo representativo da política tradicional e o fim da Guerra Fria; culminando com a hegemonia da economia de mercado, provocaram o fenômeno da ascensão e supremacia do poder jurídico, como principal peça ontológica de legitimação da nova ordem econômica globalitária.

Este fenômeno é resultante da derroca da dos diversos modelos de Estado totalitário durante e após as Grandes Guerras Tanto no Leste-Europeu quanto nas democracias européias, o mundo ficou horrorizado com a tirania de seus governantes.

Da Alemanha de Hitler à América Latina dos generais, passando pelo comunismo estatal soviético, a sociedade moderna vivenciou as contradições destes Estados representativos, decantados nos ideais da modernidade.

A tirania dos generais latinoamericanos, os déspotas do comunismo estatal e os agentes operadores da democracia liberal, revelam um profundo comportamento simétri-

co. As diferenças foram apenas de ordem valorativa. A essência é a mesma, agiram em nome do povo (*demós*).

Observa que as ações destes atores, diferenciaram-se apenas em adereços e estratégias políticas. O pano de fundo seguiu o mesmo roteiro da teoria do Estado representativo. Todos seguiam a cartilha de Montesquieu. Havia o tirano, o Parlamento e o Judiciário, e como sempre, a submissão ao Executivo, num autêntico jogo de simulação e simbolismo constitucional.

Todos falavam em nome da população, mas excluindo-a das opiniões e decisões governamentais. No sistema de Estado representativo, a população transformou-se em mera marionete dos atos dos governantes.

Percebemos no transcurso deste trabalho que a teoria do Estado representativo encontra-se em questionamento nos debates acadêmicos e políticos, sobre como o seu proceder frente à hegemonia do mercado e à crescente onda de exclusão social que, no entendimento do senso crítico, não pode continuar, sob pena de situar o Estado na condição de impotente e omissor, diante da tirania da economia de mercado e do monopólio jurídico.

Foi de suma importância recuperar analiticamente a dimensão ética e política do papel da democracia liberal que no passado, deixou o legado da inserção do ser humano na centralidade da existência e dos condicionamentos históricos, e que hoje se sente ameaçado pelo livre trânsito das mercadorias.

Foi importante entender que a decadência da democracia representativa, advinda da ilusão do exercício do poder e do controle social através do burocratismo estatal, não pode servir de pretexto à aceitação do fim da história ou do fim das ideologias, como se fossem ícones do fatalismo e do determinismo existencial.

É através da reflexão e da ação político-coletivista sobre a dimensão econômico-jurídico-social do modelo atual do Estado constitucional burguês, que vamos detectar

a viabilidade de rever os postulados dos teóricos tradicionais que mantêm a ordem vigente, e abrir a possibilidade da construção de novos paradigmas de modelo, na perspectiva de superação da cultura da indiferença civilizatória que permeia o imaginário social pós-moderno.

Reconhecemos que o Direito e a Economia transformaram o Estado em atividade minimalista, e que a sociedade encontra-se social e corporalmente refém do estruturalismo econômico e judiciário.

No entanto, toda a descrição analítica neste trabalho reafirma nossa convicção de que a doutrina jurídica positivista e o ordenamento econômico do mercado são ícones construídos e determinados pelo modo de produção de uma epocalidade.

Não se pode perpetuá-los como se fossem realidade irremediável e retilínea. Está nas mãos da humanidade, com sua infinita capacidade de criar e inventar, produzir um novo modelo de Estado capaz de absorver a dinâmica existencial impulsionada atualmente pelos movimentos sociais e organizações não-governamentais: o Terceiro Setor.

7. Notas

¹ Berger, Peter e Luckmann, Thomas. *A construção social da realidade*, 12ª edição. Rio de Janeiro, Petrópolis. Editora Vozes, 1973, p. 12.

² Gilbert Durand afirma, no seu livro "A imaginação simbólica", que "o símbolo é uma representação que faz aparecer um sentido secreto, sendo a epifania de um mistério. A metade visível do símbolo, o significante, estará sempre carregada do máximo de concretude e, como diz muito bem Paul Ricoeur, todo símbolo autêntico possui três dimensões concretas: ele é ao mesmo tempo, cósmico (ou seja, retira toda a sua figuração do mundo visível que nos rodeia), onírico (enraíza-se nas lembranças, nos gestos que emergem em nossos sonhos e constituem, como bem mostrou Freud, a massa concreta de nossa biografia mais íntima), e finalmente, poético, ou seja, o símbolo também apela para a linguagem, e à linguagem mais impetuosa, portanto, a mais concreta." (p.16).

³ Carl Gustav Jung define: "arquetipo é uma espécie de aptidão para reproduzir constantemente as mesmas idéias míticas, senão as mesmas, pelo

menos parecidas. Parece, portanto, que aquilo que se impregna no inconsciente é exclusivamente a idéia de fantasias subjetivas provocadas pelo processo físico. Logo, é possível supor que os arquétipos sejam as impressões gravadas pela repetição de reações subjetivas" (p. 61). Define também que "o inconsciente coletivo é uma figuração do mundo, representando a um só tempo a sedimentação multilínea da experiência. Com o correr do tempo, foram definindo-se certos traços nessa figuração, que são denominados arquétipos ou dominantes – os dominadores sendo os deuses –, isto é, configurações das leis dominantes e dos princípios que se repetem com regularidade à medida que se sucedem figurações, as quais são continuamente revividas pela alma. Na medida em que essas figurações são retratos relativamente fiéis dos acontecimentos psíquicos, os seus arquétipos, ou melhor, as características gerais que se destacam no conjunto das repetições de experiências semelhantes, também correspondem a certas características gerais de ordem física." (pp.86).

⁴ Durand, Gilbert. *A imaginação simbólica*. São Paulo, Editora Cultrix, 1995 p.11.

⁵ Moraes, Denis, 2004. Citação de referências e documentos eletrônicos. Disponível em: <http://www.bpg.ufpr.br/normas1.html>. Acessado em 13.03.2004.

⁶ Baczo apud Moraes (2003).

⁷ No seu texto, o professor Ronald menciona no rodapé que Michel Löwy apresenta uma boa análise crítica do pensamento comteano. Para ele, "a pressuposição fundamental do positivismo de Augusto Comte é de que as leis naturais regulam o funcionamento da vida social, econômica e política, sendo do mesmo tipo que as leis naturais, portanto, o que reina na sociedade é uma harmonia semelhante à da natureza, uma espécie de harmonia natural. Disso decorrem as seguintes afirmações epistemológicas: 1) os métodos e procedimentos para conhecer a sociedade são exatamente os mesmos que são utilizados para conhecer a natureza; 2) se a sociedade é regida por leis de tipo natural, a ciência que estuda essas leis naturais da sociedade é do mesmo tipo que a ciência que estuda as leis da astronomia, da biologia, etc; 3) da mesma maneira que as ciências da natureza são ciências objetivas, neutras, livres de juízos de valor, de ideologias políticas, sociais ou outras, as ciências sociais devem funcionar exatamente segundo esse modelo de objetividade científica. A concepção positivista, portanto, afirma a necessidade e a possibilidade de uma ciência social completamente desligada de qualquer vínculo com as classes sociais, com as posições políticas, os valores morais, as ideologias, as utopias e as visões de mundo. Todo esse conjunto ideológico, em seu sentido amplo, deve ser eliminado da ciência social. São prejudici-

ais, posto que são preconceitos; 4) Como não há liberdade de consciência nem subjetividade na matemática ou na astronomia, não pode haver também em matéria de sociologia. Como os cientistas impõem seu veredito aos ignorantes e aos amadores em matemática e astronomia, devem logicamente fazer o mesmo em sociologia e política. O que pressupõe que a sociologia possa determinar o que é, o que será e o que deve ser. Há um determinismo social equivalente ao determinismo natural. Portanto, Comte quer, como Bacon no século XVII, ao assentar um sistema de idéias fundamentais da evolução humana, descobrir um determinismo global que os homens pudessem, de certo modo, utilizar para construir a ordem e o progresso. O que Comte faz na verdade é legitimar uma hierarquia e uma elite, a própria exploração. Ele quer explicar a organização dessa hierarquia temporal, a posição exata dos chefes, industriais e banqueiros.” (Ideologia e ciência social: elementos para uma análise marxista. 12ª ed., São Paulo, Cortez Editora, 1985, pp. 35-40).

⁸ Influenciado pela euforia capitalista que tomava conta do mundo após a derrocada dos regimes estabelecidos nos países do Leste Europeu e na extinta URSS, e pelo ufanismo da proposta do Consenso de Washington no campo econômico e político, o nipo-americano Francis Fukuyama, em 1992, em seu livro “O fim da história”, tentou elaborar uma linha de abordagem histórica, indo de Platão a Nietzsche, passando por Kant e Hegel, objetivando legitimar a tese de que o capitalismo e a democracia burguesa constituem-se na consagração da história da humanidade, ou seja, de que a humanidade teria atingido, no final do século XX, o ponto culminante de sua evolução com o triunfo da democracia liberal Ocidental, sob todos os demais sistemas e ideologias concorrentes.

⁹ Eagleton, Terry. Ideologia. São Paulo, Bomtempo Editorial, 1991, p. 172.

¹⁰ Cassirer, Ernest. Linguagem e mito. São Paulo, Editora Perspectiva, 1992, p. 18.

¹¹ Siqueira, Ruy. Revista Ethos. Da Ritualização da Modernidade ao Fetiche Consumogônico, Ano 1 nº 1 – jan/jun/2000, p. 148.

¹² Weber, Max. Economia e sociedade, vol 2, Brasília, Editora UNB, 1999, p. 191.

¹³ Offe, Claus. Problemas estruturais do estado capitalista. Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1984, p.10.

¹⁴ Koselleck, Reinhart. Crítica e crise. Rio de Janeiro, Editora UERJ/Contraponto, 1999, p. 32.

¹⁵ Marx em sua obra a Questão Judaica se insurge contra o paradoxo do Estado moderno germano que se insere no ambiente da modernidade, mas mantendo-se debaixo da moralidade cristã. Para Marx o Estado tinha que ser eminentemente

laico e secular. A religião reduziria apenas ao espaço da vida privada.

¹⁶ Koselleck, Reinhart. Op. Cit., p. 49.

¹⁷ Offe, Claus. Problemas Estruturais do Estado Capitalista. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 19884, p. 10.

¹⁸ O jurista francês Jean Bodin (1530-1596) publicou em 1576, o livro “De la Republique”, vasta obra de teoria política, que se destacou pelos conceitos emitidos sobre a soberania e o direito divino dos reis. A soberania foi definida como o poder absoluto que o chefe de Estado tem de fazer leis para todo o país, sem estar, entretanto, sujeito a elas nem às de seus predecessores, porque “não pode dar ordens a si mesmo.” A República (sinônimo de Estado ou de comunidade política), sem o poder soberano não é mais República. Além de absoluta, a soberania é também perpétua e indivisível. Bodin afirmou que a soberania deve ser exercida por um príncipe (caracterizando uma monarquia), por uma classe dominante (caracterizando uma aristocracia) ou pelo povo inteiro (seria uma democracia). Ao exercer a soberania, o governante deve criar órgãos, associações ou conselhos (como os “Estados Gerais”, na França) que facilitem a administração. Porém o poder de decisão em última instância é sempre do príncipe, sob pena de desmoroamento da soberania, que é tão alta e tão sagrada. As noções de soberania de Bodin constituíram as bases da ciência política e do direito público durante o Antigo Regime e sua influência ultrapassou as fronteiras da França.

¹⁹ Offe, Claus. Op. Cit., p. 19.

²⁰ Suordem, Fernando Paulo da Silva. O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais. Portugal. Editora Almedina, 1995, p. 27 e 28.

²¹ Hesse, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9.

²² Termo usado pelo professor Luiz Alberto Warat que define “a dogmática como atividade que não só acredita produzir um conhecimento neutralizado ideologicamente, mas também desvinculado de toda preocupação, seja de ordem sociológica, antropológica, econômica ou política.”, p. 41.

²³ Warat, Luiz Alberto. Educação, direitos humanos, cidadania e exclusão social: Fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação. Texto apresentado no Seminário Internacional “Educação e diversidade”, em Brasília – promovido pelo Ministério da Educação e Cultura, 2003, p. 22.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional 4ª ed., Coimbra, Livraria Almeida, 1989.

²⁵ Lacerda, Ronald Ayres. Op. Cit., p. 57.

²⁶ Warat, Luiz Alberto. O direito e a sua linguagem 2ª ed. Aumentada, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 23.

²⁷ Buscamos usar o neologismo: “juridiscocrático”, para tentar explicar a precisão da atual configuração do Estado moderno que não se traduz mais na idéia clássica de democracia (poder do povo), mas na do exercício do poder e da conservação estatal através do burocratismo jurídico. Fala-se com bastante intensidade que a democracia e a república foram privatizadas pela ordem jurídica. O controle judiciário sobre a vida coletiva é um dos maiores fenômenos do processo civilizatório contemporâneo. Enquanto os poderes Executivo e Legislativo submetem-se a referendo popular através do voto, o Judiciário caminha para a autonomização absoluta dos seus atos e decisões corporativas.

²⁸ Naves, Márcio Bilharinho. Marxismo e direito. Um estudo sobre Pachukants, São Paulo, 1999, p. 57.

8. Referências

AGUIAR, Roberto A. R. de. Direito, poder e opressão, São Paulo, Editora Alfa-Ômega, 1990;

BERGER, Peter e LUCKMANN, T. A construção social da realidade 12ª ed., Petrópolis, Editora Vozes, 1995;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional 4ª ed., Coimbra, Livraria Almeida, 1989;

CASSIRER, Ernst. Linguagem, mito e religião, Portugal, Rés Editora;

COMTE, Auguste. O espírito positivo, Portugal, Rés Editora;

DURAND, Gilberto. A imaginação simbólica, São Paulo, Editora Cultrix, 1995;

EAGLETON, Terry. Ideologia, São Paulo, Editora Bomtempo, 1997;

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia. O guardião das promessas, Rio de Janeiro, Editora Revan, 1996;

GRAU, Nuria Cunill. Repensando o público através da sociedade, Rio de Janeiro, Editora Revan, 1997;

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia, Vols I e II, Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1997;

_____. Mudança estrutural da esfera pública. Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1984,

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991;

KOSELLECK, Reinhardt. Crítica e crise, Rio de Janeiro, Editora Contraponto, 1999;

MARCUSE, Herbert. Eros e civilização. Uma interpretação filosófica do pensamento de Freud 8ª ed., Rio de Janeiro, Editora Guanabara;

MELO, Adélio. A aventura moderna das Idéias. Descartes, Locke, Kant e Nietzsche, Portugal, Rés Editora, 2000;

MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao Direito, Lisboa, Editorial Estampa, 1994;

NAVES, Márcio Bilharinho. Marxismo e direito. Um estudo sobre Pachukants, São Paulo, Boitempo Editorial, 2000;

OFFE, Claus. Problemas estruturais do Estado capitalista, Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1984;

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabra. Os limites do Poder Constituinte e a legitimidade material da Constituição, Coimbra, Coimbra Editora, 1994;

PRZEWORSKI, Adam. Democracia e mercado no Leste Europeu e na América Latina, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1994;

ROSA, F. A. de Miranda. Sociologia do Direito. O fenômeno jurídico como fato social. 16ª ed., Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2001;

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica 2ª reimp., Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988;

SIQUEIRA, Ruy. Revista Ethos. Ano 1 Nº 1 JAN/JUN 2000

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. O Princípio da separação de Poderes e os novos Movimentos Sociais. A administração pública no Estado moderno: Entre as exigências de liberdade e organização. Coimbra, Editora Almedina;

TODOROV, Tzvetan. Teoria dos símbolos, São Paulo, Editora Papirus;

VOGT, Winfried; FRANK, Jürgen e OFFE, Claus. Estado e capitalismo, Rio de Janeiro, Biblioteca Tempo Universitário, 1980;

WARAT, Luiz Alberto. Introdução geral ao Direito vol. II: A epistemologia da Modernidade, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997;

_____. Introdução geral ao Direito vol. III: O direito não estudado pela teoria jurídica moderna, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997;

_____. O Direito e sua linguagem 2ª ed., Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995;

WEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo 15ª ed., São Paulo, Editora Pioneira, 2000;

_____. Economia e Sociedade. vols. I e II., Brasília, Editora UNB, 1999;

Wolkmer, Antonio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico, São Paulo, Editora Saraiva, 2001.

A produção de provas no inquérito parlamentar na Câmara dos Deputados

Tarciso Aparecido Higino de Carvalho

Sumário

1-Introdução; 2-Origem das comissões parlamentares de inquérito no Brasil; 2.1-Definição de comissão parlamentar de inquérito; 2.2-Gênese das comissões parlamentares de inquérito; 2.3-O Poder Legislativo e as comissões parlamentares de inquérito no Brasil; 3-Produção de provas no inquérito parlamentar; 3.1-Aspectos gerais sobre o inquérito parlamentar; 3.2-O universo da pesquisa; 3.3-A coleta de dados; 3.3.1-A prova no inquérito parlamentar; 3.4-Resultados e análise dos dados; 3.4.1-As provas produzidas no inquérito parlamentar na Câmara dos Deputados; 3.4.2-Análise geral; 4-Sugestões e recomendações; Referências.

1 - Introdução

As comissões parlamentares de inquérito, no desempenho de suas funções, buscam reunir informações necessárias à análise do “fato determinado” a que se destinam investigar. Para isso, elas podem, de acordo com o artigo 2º da Lei 1.579, de 1952:

“determinar as diligências que reputarem necessárias e requerer a convocação de ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de repartições públicas e autárquicas informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença”.

Tarciso Aparecido Higino de Carvalho é Bacharel em Arquivologia e Mestre em Ciência da Informação, pela Universidade de Brasília; Especialista em Direito Legislativo, pela Universidade do Legislativo Brasileiro (UNILEGIS) e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS); Analista Legislativo e Secretário da Comissão Especial de Documentos Sigilosos da Câmara dos Deputados.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. ALEXANDRE PAIVA DAMASCENO.

Essas informações que subsidiam os trabalhos das comissões parlamentares de inquérito constam de diversas fontes, as quais são valoradas pelos membros da comissão, a fim de que os parlamentares possam requisitá-las e, com base nelas, formarem juízo acerca da matéria investigada, podendo, ao final dos trabalhos, sugerir ao Ministério Público o indiciamento dos envolvidos.

Assim, o Ministério Público e os órgãos do Poder Judiciário poderão utilizar subsidiariamente essas fontes levantadas pelas CPIs. Para tanto, ao final dos trabalhos, as comissões parlamentares de inquérito encaminham, juntamente com o relatório, os documentos comprobatórios. Constatou-se, porém, que esses órgãos responsáveis pelo indiciamento e julgamento, posteriormente à remessa daqueles, solicitam, ao Presidente da Câmara dos Deputados, documentação complementar. Há, porém, uma decisão da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação à Consulta nº 4, de 1995, formulada pela Comissão Especial de Documentos Sigilosos, estabelecendo que “sendo a Câmara dos Deputados depositária de documentos obtidos, no uso de suas atribuições, pela quebra de sigilo bancário e que informam seus estudos ou investigações, não são disponíveis para requisições pelo Poder Judiciário ou Ministério Público que são titulares de vias próprias para obtê-los”.

Diante desse quadro, se constrói uma tensão entre dois interesses. De um lado, o interesse da sociedade que deseja que as investigações iniciadas pelas comissões parlamentares de inquérito cheguem a bom termo. De outro, o peso de uma decisão técnica tomada pela CCJR, comissão que detém a competência para decidir sobre os aspectos constitucional, legal, jurídico e regimental. Ressalta-se, ainda, que a decisão quanto ao envio de documentos aos órgãos do Poder Judiciário e ao Ministério Público, posteriormente ao encerramento dos trabalhos das CPIs, é sobre fato pretérito. A Comissão Especial de Documentos Sigilosos, órgão técnico da Câmara dos Deputados

que decide quanto ao acesso a documentos sigilosos, já se declarou, em seus pareceres, incompetente para deliberar sobre quais documentos teriam fundamentado denúncias formuladas por parlamentares de CPIs cujos trabalhos já se encerraram.

Essa situação se revela como um fator de desarticulação dos desdobramentos previstos nos relatórios finais das comissões parlamentares de inquérito e se apresenta como a principal justificativa para a realização dessa pesquisa. Em razão disso, o desenvolvimento de estudos no sentido de se identificar as principais tipologias de provas produzidas no inquérito parlamentar revelou-se necessário e urgente. Porém, fez-se mister iniciar este estudo apresentando um relato sobre a origem das comissões parlamentares de inquérito no Brasil.

2 - Origem das comissões parlamentares de inquérito no Brasil

Investigar a origem das comissões parlamentares de inquérito, no Brasil, implica, antes, despender esforços no sentido de definir melhor essas comissões, pois, a partir da identificação e da delimitação das principais características das comissões parlamentares de inquérito, poder-se-á estruturar uma definição desse instituto e, assim, chegar mais acertadamente à gênese desse órgão colegiado que se constitui no âmbito do Poder Legislativo. Para tanto, apresentar-se-á, inicialmente, uma definição de comissões parlamentares de inquérito e, posteriormente, uma narração histórica sobre o Legislativo e o surgimento das CPIs no Brasil.

2.1 - Definição de comissão parlamentar de inquérito

Definição, segundo Juan Sager (1993, p. 67), é o processo de explicar o significado de símbolos expressos lingüísticamente. Sager (1993, p. 69) salienta que a definição, como produto, é uma descrição lingüística de um conceito, com base em um determinado número de características que transmi-

tem o significado do conceito. Assim, definir comissões parlamentares de inquérito implica enumerar todas as suas características.

O texto constitucional vigente, em seu artigo 58, § 3º, estabeleceu que CPIs são comissões criadas no âmbito do Poder Legislativo e dotadas de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas casas do Congresso, e que se destinam à apuração de fato determinado e por prazo certo. Identificam-se, nessa definição: a natureza da atividade desempenhada pelas CPIs, o âmbito de atuação, a extensão de seu poder, o objeto de investigação e o prazo de funcionamento.

A natureza da atividade, qual seja, a investigação, é o principal elemento a orientar a pesquisa sobre a gênese das comissões parlamentares de inquérito.

2.2 - Gênese das comissões parlamentares de inquérito

Nelson de Souza Sampaio (1964, p.3) ressaltava que a investigação “representa um meio auxiliar para que o parlamento possa cumprir suas finalidades”. Assim considerando, o poder de inquérito é “uma prerrogativa inerente às câmaras legislativas, independentemente de consagração em texto legal”.

O Ministro Paulo Brossard (1996, p.1) salienta que:

“(…) às câmaras legislativas pertencem poderes investigatórios, bem como os meios instrumentais destinados a torná-los efetivos. Por uma questão de funcionalidade, elas os exercem por intermédio de comissões parlamentares de inquérito, que fazem as suas vezes. Mesmo quando as comissões parlamentares de inquérito não eram sequer mencionadas na Constituição, estavam elas armadas de poderes congressuais, porque sempre se entendeu que o poder de investigar era inerente ao poder de legislar e de fiscalizar, e

sem ele o Poder Legislativo estaria defectivo para o exercício de suas atribuições.”

Nesse mesmo sentido, José Celso de Mello Filho (apud Manoel Messias Peixinho e Ricardo Guanabara: 2001, p. 32) salienta que “o poder de investigar está diretamente condicionado à competência para legislar”. Pontes de Miranda (1936, p. 499) distingue a investigação parlamentar das demais investigações, acrescentando que ela não pertence ao Direito Penal, processual ou material, e que suas conclusões se destinam a informar e a fundamentar as resoluções do Poder Legislativo.

Nota-se, portanto, que a gênese das comissões parlamentares de inquérito está relacionada à do próprio parlamento moderno. Segundo Aguinaldo Costa Pereira (1948, p. 21), a prática das comissões parlamentares de inquérito se origina na Inglaterra. Galloway (apud Aguinaldo Costa Pereira: 1948, p. 22) cita, como exemplo, a constituição de comissão legislativa de inquérito pela Câmara dos Comuns para investigar fatos relativos a casos eleitorais. O referido autor resalta que, a partir de 1571, o uso das investigações se tornou constante.

2.3 - O Poder Legislativo e as comissões parlamentares de inquérito no Brasil

A história do Poder Legislativo brasileiro começa ainda no Brasil colônia com as Câmaras dos Municípios. A primeira delas foi constituída no período de Martim Afonso de Souza, segundo Luiz Navarro de Brito (1984, p. 125).

Mais tarde, com a Revolução Liberal portuguesa do Porto, vitoriosa em 15 de setembro de 1820, os brasileiros liberais deram início a um movimento que, exercendo pressão sobre D. João, fez com que este, em fevereiro de 1821, editasse um decreto convocando procuradores das cidades e das vilas com o objetivo de se estabelecer as bases constitucionais adequadas à situação particular do Brasil. Em 3 de março, um outro decreto do Imperador determinou que se

procedessem às eleições para deputados brasileiros que teriam assento no Conselho Soberano em Portugal.

Nesse Conselho ficou evidente a divergência entre interesses e objetivos dos constituintes portugueses e dos constituintes brasileiros, pois, à medida que aqueles elevavam a antiga metrópole, subtraíam direitos do novo Reino. Cita-se, como exemplo, a determinação do Conselho para que D. Pedro voltasse a Lisboa. D. Pedro, porém, declarou que permaneceria no Brasil e convocou, em fevereiro de 1822, um Conselho de Procuradores das Províncias. Em junho do mesmo ano, o Conselho requereu a convocação de uma Assembléia Constituinte. Em setembro, foi proclamada a independência do Brasil, e, em maio de 1823, foi instalada a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil.

A Assembléia foi dissolvida por D. Pedro I, com o uso da força, em 12 de novembro de 1823, devido aos conflitos gerados entre ela e o Imperador. Um mês depois da dissolução, foi criada, pelo Imperador, uma Comissão destinada a elaborar um projeto de Constituição. A citada comissão concluiu os trabalhos em 11 de dezembro, apresentando o projeto a D. Pedro I. O Imperador, após realizar modificações, outorgou a primeira Constituição do Brasil em 25 de março de 1824.

Na Constituição de 1824, o Poder Legislativo foi delegado à Assembléia Geral, com a sanção do Imperador (art. 13). José Antonio Pimenta Bueno (1958, p. 59) classificou as atribuições da Assembléia Geral de acordo com três modalidades: 1) atribuições conservadoras da forma de governo e da ordem política; 2) atribuições legislativas; 3) atribuições de inspeção ou de fiscalização constitucional.

Acerca da inspeção e da fiscalização, José Antônio Pimenta Bueno (1958, p. 106) ressaltava que poderiam ser exercidas por diversos meios, a depender das circunstâncias e das exigências. O autor afirmava que essas atribuições “podem ser exercidas

por meio de comissões ou inquéritos que penetrassem nos detalhes da gestão administrativa, mormente, quanto à administração financeira”. Embora essas atribuições sejam idênticas àquelas inerentes ao Tribunal de Contas de União de hoje, pode-se inferir a possibilidade de constituição de comissões de inquérito no âmbito do Legislativo.

Nelson de Souza Sampaio (1964, p. 20) ressaltava, porém, que “as circunstâncias políticas do Império não constituíram clima propício para o florescimento da investigação parlamentar, que somente se expande onde as Câmaras dependem fortemente da opinião pública”. Aguinaldo Costa Pereira, no entanto, informa que, durante o Império, a Assembléia Legislativa promoveu diversos inquéritos em repartições públicas submetidas ao Poder Executivo.

Com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, tornava-se mister a elaboração de uma nova Constituição que prescrevesse a nova estrutura e o funcionamento do Estado. Em 3 de dezembro do mesmo ano, o Governo Provisório nomeou uma comissão composta de cinco membros que se destinariam a elaborar o anteprojeto da Constituição Republicana. Os trabalhos dessa comissão foram concluídos em 20 de junho de 1890. Nessa mesma data, foi editado o Decreto nº 510 que convocava a Assembléia para apreciar o projeto de Constituição. No dia 24 de fevereiro de 1891, a Assembléia Constituinte Republicana promulgou a nova Carta. Segundo Cláudio Pacheco (1987, p. 27), faltou legitimidade popular à Constituição de 1891, pois o seu fato gerador, a Proclamação da República, resultou de um golpe militar que não veio pela onda de um movimento coletivo.

A Constituição de 1891 implementou mudanças significativas na estrutura e no funcionamento do novo Poder Legislativo. João Barbalho (1924, p. 113) salientava que a nova Constituição tinha proporcionado uma importante conquista ao sistema democrático brasileiro, pois a extinção do sistema eleitoral indireto, o qual estabelecia o

eleitorado de segundo grau entre o povo e o representante, revelava a pretensa intenção de se ajustar o sistema eleitoral à incapacidade do povo em se fazer representar, o que proporcionava a deturpação e o falseamento da expressão da vontade nacional.

O Poder Legislativo, na Constituição de 1891, passou a ser exercido pelo Congresso Nacional. Segundo Octacíliano Nogueira (1983, p. 44), o Poder Legislativo e o Congresso Nacional são conceitos distintos um do outro. O primeiro constitui um dos poderes da União, enquanto que o segundo é o órgão que o exerce. Esse Poder corresponde ao princípio abstrato, à faculdade de materializar a lei; já o Congresso Nacional corresponde ao organismo atuante.

A Constituição de 1891, assim como a de 1824, não fez constar, em seu texto, dispositivos sobre comissões parlamentares de inquérito. Nelson de Souza Sampaio (1964, p. 21), no entanto, manifesta “que, apesar de algumas discussões a respeito do tema, prevalecia a interpretação de que o silêncio do texto constitucional não impedia que qualquer das Casas do Congresso realizasse investigações”.

Aguinaldo Costa Pereira (1948, p. 147) asseverava, no entanto, que as investigações ocorreram com baixa frequência e que “nunca atingiam as mais altas autoridades, nem mesmo os menos poderosos”. O autor acrescentava que o Poder Executivo estava inteiramente resguardado de qualquer inquérito compulsório por parte do Legislativo.

No período de 1891 a 1930, Aguinaldo Costa Pereira (1948, p. 148) identificou, por meio de pesquisa nos anais da Câmara dos Deputados, a apresentação de mais de uma dezena de requerimentos que buscavam constituir comissões parlamentares de inquérito. Citam-se, por exemplo: 1) requerimento apresentado pelo deputado Vergne de Abreu, em 20 de agosto de 1895, cuja comissão se destinaria a “examinar severamente a situação das companhias estrangeiras de seguros, propor medidas legislativas tendentes a regularizar o seu funciona-

mento e a acautelar os interesses dos segurados”; 2) requerimento do deputado Barbosa Lima, de 26 de agosto de 1901, solicitando que “a Câmara elegeisse uma Comissão de Inquérito Parlamentar para verificar quais os membros do Congresso Nacional e do Poder Executivo que, no momento em que o Banco da República cessou os seus pagamentos, eram devedores ao mesmo Banco”; 3) requerimento dos deputados Nicanor do Nascimento e César Magalhães, de 4 de agosto de 1924, no qual se postulava “a nomeação de uma comissão de inquérito que examinasse os casos em que, por fraude, dolo ou culpa, o Tesouro tenha sido lesado”.

Esse período foi caracterizado pela implementação de um sistema denominado de política dos governadores que, de acordo com Octacíliano Nogueira (1983, p. 110), se mantinha graças a um acordo tácito entre as lideranças políticas. Cláudio Pacheco (1987, p. 39) afirmava que essa política teve seu natural andamento para uma situação de predomínio, especialmente, dos grandes estados, São Paulo e Minas Gerais, que preponderavam, principalmente, pelas suas populações mais numerosas, refletindo uma quota mais ampla de representação no Congresso, na qual não se punha, como hoje, um limite numérico. Afirma Cláudio Pacheco (1987, p. 39) que esse quadro foi rapidamente degenerando a vida política do país, pois os partidos já não eram apenas de oposição contra o governo, mas já se rotulavam de estados contra estados.

O principal indicativo de que esse sistema já se apresentava em decadência foi a atitude de Washington Luís, escolhendo e fazendo eleger um sucessor também paulista. Octacíliano Nogueira (1983, p. 110) ressalta que esse fato motivou Minas Gerais a incentivar a ascensão de Getúlio Vargas, representando o Rio Grande do Sul, que era considerado o terceiro pólo do poder. Essa ascensão veio por meio de um golpe militar que, utilizando-se da força, dissolveu o Congresso Nacional e os partidos políticos, revogando a Constituição.

Afonso Arinos de Melo Franco (1976, p. 96) afirmava que o Governo Provisório, estando sensível às pressões de amplos setores políticos e populares, convocou, em 14 de maio de 1932, uma Assembléia Constituinte que deveria ser eleita no dia 3 de maio de 1933. Em novembro do mesmo ano, foi constituída uma Comissão Especial destinada a elaborar o anteprojeto de Constituição, a qual era formada por doze membros, dentre eles, cinco ex-deputados. No dia 3 de novembro, a Comissão Especial concluiu os trabalhos, apresentando, ao Governo Provisório, o anteprojeto que deveria ser apreciado pela Assembléia Constituinte.

Esse anteprojeto de Constituição previa em seu artigo 29, §§ 1º e 2º, a criação de comissões parlamentares de inquérito, nos seguintes termos:

“§ 1º A Assembléia poderá criar comissões de inquérito; e fá-lo-á sempre que o requerer um quarto dos seus membros.

§ 2º Aplicar-se-ão a esses inquéritos as regras do processo penal. As autoridades judiciárias e administrativas procederão às diligências que essas comissões solicitarem e lhes fornecerão os documentos oficiais que reclamem.”

O deputado Odilon Braga (apud Aguiinaldo Costa Pereira, 1948, p. 167) salientava que a inclusão desse instituto nas constituições se revelava uma tendência do período pós-guerra.

A Assembléia Constituinte acatou a proposta constante do anteprojeto, dando ao instituto a seguinte redação:

“Art. 36. A Câmara dos Deputados criará comissões de inquérito sobre fatos determinados, sempre que o requerer a terça parte, pelo menos, dos seus membros.

Parágrafo único. Aplicam-se a tais inquéritos as normas do processo penal, indicadas no Regimento Interno.”

A nova Constituição foi promulgada em 16 de julho de 1934. No dia 20, do mesmo

mês, a Assembléia Nacional Constituinte elegeu Getúlio Vargas Presidente da República. Após ter dado posse ao Presidente, a Assembléia, de acordo com artigo 2º das Disposições Transitórias, se transformou em Câmara dos Deputados e passou a exercer, cumulativamente, as funções do Senado Federal até a instalação da Câmara e do Senado, cujos representantes deveriam ser eleitos no prazo de noventa dias. Em 3 de maio de 1935, após serem eleitos os membros de cada Casa, iniciou-se a primeira legislatura da Segunda República.

A Constituição de 1934, segundo Josaphat Marinho (1987, p. 45), “fortaleceu o regime representativo, consagrando o voto secreto e a supervisão, no processo geral das eleições, da Justiça Eleitoral; estabelecendo a obrigatoriedade de comparecimento dos Ministros de Estado à Câmara dos Deputados; e assegurando o mandato aos deputados quando nomeados ministros de Estado ou designados para o desempenho de missões diplomáticas.”

Afonso Arinos de Melo Franco (1976, p. 101) ressaltava que embora a Constituição de 1934 tivesse adotado formalmente as novas idéias do Estado de Direito, inauguradas com a Constituição Alemã de 1919, ela era um documento de transição entre tendências teóricas e políticas contraditórias, uma vez que sofreu influência não apenas do novo pensamento democrático, mas também da nova realidade ditatorial que emergiu na Itália, na Alemanha, na Espanha, em Portugal e, de forma mais branda, no Brasil, com a visível confrontação entre comunistas e integralistas.

O Poder Legislativo, na Constituição de 1934, passou a ser exercido pela Câmara dos Deputados, com a colaboração do Senado Federal. Essa inovação eliminou o Congresso Nacional da estrutura do Legislativo e comprometeu o sistema bicameral, o qual, segundo Rosah Russomano (1960, p. 20), provém da Inglaterra, onde o Parlamento se bipartiu em Câmara dos Comuns e Câmara dos Lordes, tendo sido adotado no Brasil

desde a Constituição de 1824. Russomano afirma que o sistema de duas câmaras propicia um melhor entendimento entre o Legislativo e o Executivo, abrandando as divergências e contorna os obstáculos, evitando atritos e cooperando para consolidar a liberdade do indivíduo e os direitos do grupo social.

Sob esse regime constitucional, o deputado João Simplício requereu, na sessão da Câmara de 16 de janeiro de 1935, a nomeação de uma comissão parlamentar de inquérito para investigar as condições da marinha mercante brasileira. Conforme narra Aguinaldo Costa Pereira (1948, p. 172), o requerimento foi aprovado na sessão da Câmara do dia 19 de janeiro. Essa comissão, cuja primeira reunião se deu no dia 29 de janeiro, reuniu-se pelo menos 29 vezes, encerrando suas atividades em 14 de abril de 1935.

Em 5 de junho, do mesmo ano, o deputado João Mangabeira e outros requereram a constituição de comissão de inquérito para “pesquisar as condições de vida do trabalhador urbano e agrícola”. Segundo Aguinaldo Costa Pereira (1948, p. 174), essa comissão realizou poucas reuniões.

De acordo com Afonso Arinos de Melo Franco (1976, p. 100), os confrontos entre comunistas e integralistas, e o conturbado contexto mundial, comprometiam cada vez mais a estabilidade da democracia constitucional. Quando um golpe militar armado foi tentado pelos comunistas, a Câmara reagiu aprovando três emendas constitucionais que agravaram mais a situação, tornando mais comprometida a precitada estabilidade. A primeira emenda criava a figura jurídica do estado de guerra interna; a segunda permitia a cassação de posto e patente dos militares subversivos; e a terceira previa a demissão dos funcionários civis nas mesmas condições. Em junho de 1936, a Câmara concedeu permissão para que fossem processados os deputados presos. Conforme afirmava Afonso Arinos de Melo Franco (1976, p. 101), as posições partidárias,

dentro da Câmara, continuavam desligadas da realidade política e continuavam uma rotina política inatural, enquanto que os instrumentos do Executivo, criados em função das emendas à Constituição, exerciam o verdadeiro poder.

Em 2 de abril de 1937, o deputado Adalberto Corrêa e outros requereram a nomeação de duas comissões referentes à repressão ao Comunismo. Segundo Aguinaldo Costa Pereira (1948, p. 176), uma das comissões, a “Comissão de Inquérito para tomar conhecimento das investigações secretas promovidas pela Comissão Nacional de Repressão ao Comunismo”, realizou seus trabalhos sob o regime de reuniões secretas. A outra comissão desenvolveu os trabalhos de natureza não sigilosa, ou seja, reuniões públicas.

A convulsão social e política que se aproximava foi usada por Getúlio Vargas como justificativa para a instalação do Estado Novo. No dia 10 de novembro de 1937 foi apresentada à Nação uma nova Carta Constitucional que, sendo outorgada, revogou a de 1934. O texto da nova Constituição possuía a seguinte justificativa:

“Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a nação sob a funesta iminência da guerra civil”.

Com base em seu artigo 178, foram dissolvidas, naquela data, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais.

Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 333) manifestaram que a Constituição de 1937 tinha, como base, o surgi-

mento de uma burocracia estatal com premissões legislativas de um Poder Executivo centralizado e extremamente forte, e de um Legislativo pulverizado e convertido em Conselho Administrativo.

O Presidente da República, de acordo com o artigo 73 da Constituição de 1937, era a autoridade suprema do Estado. A ele eram atribuídas as seguintes funções: coordenar as atividades dos órgãos representativos de grau superior; dirigir a política interna e externa; promover ou orientar a política legislativa de interesse nacional; superintender a administração do país. Ao Presidente da República era, também, reservado o direito de dissolver a Câmara dos Deputados, no caso do parágrafo único do artigo 167.

Na Constituição de 1937, o Poder Legislativo passou a ser exercido pelo Parlamento Nacional, com a colaboração do Conselho de Economia Nacional e do Presidente da República, mediante parecer daquele nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados na Constituição.

O Parlamento se compunha de duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal. A Câmara dos Deputados seria composta por representantes do povo, eleitos pelo sufrágio indireto, sendo indicados pelas Câmaras Municipais. O número seria proporcional à população do Estado, não podendo ser superior a dez e nem inferior a três por Estado.

Esse período foi caracterizado pela inatividade do Poder Legislativo, pois o artigo 178 da sobredita Constituição, que dissolveu os órgãos legislativos existentes, conferiu ao Presidente da República o direito de convocar eleições para os membros do Parlamento Nacional. Porém, ele não as convocou. Em razão de a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal não terem sido instalados, a elaboração legislativa ficou a cargo do Executivo, pois, de acordo com o artigo 180, enquanto não se reunisse o Parlamento Nacional, o Presidente teria o poder de

expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência da União. Destarte, a Constituição de 1937 permitiu a Getúlio Vargas governar o país sem que o Parlamento Nacional funcionasse.

Porém, a primeira importante manifestação política de inconformidade com o Estado Novo, segundo Afonso Arinos de Melo Franco (1976, p. 101), foi o Manifesto Mineiro, de outubro de 1943. Ressalta o autor que os desdobramentos da Segunda Grande Guerra começaram a virar em favor das democracias. Vamireh Chacon (1997, p. 163) afirma que os militares da Força Expedicionária Brasileira, enviados aos campos de batalha da Itália para o combate contra os nazifacistas, reivindicavam para o Brasil a democracia dos aliados por quem lutavam.

O processo de redemocratização se tornava mais evidente. De acordo com Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 349), a entrevista de José Américo de Almeida ao *Correio da Manhã*, em 22 de fevereiro de 1945, serviu para deflagrar o processo da volta da democracia no Brasil. Vamireh Chacon (1997, p. 163) apresenta um trecho da citada entrevista, na qual se percebe o caráter irreversível e urgente da deposição do Presidente Getúlio Vargas. Por conseguinte, no dia 25 de outubro de 1945, as Forças Armadas afastaram Getúlio Vargas e indicaram o Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, para ocupar o Cargo de Presidente do Governo Provisório. Em novembro do mesmo ano, foram expedidas leis constitucionais que dispunham sobre a convocação e a ampliação dos poderes da Constituinte. As eleições para os membros da Constituinte ocorreram no dia 2 de dezembro de 1945, tendo sido eleito, para Presidente da República, o General Eurico Gaspar Dutra. Também, nessa data, foram eleitos os membros da Assembléia Constituinte cujos trabalhos foram instalados no dia 2 fevereiro de 1946. Em 15 de fevereiro, sob a Presidência do Senador Nereu Ramos, a Comissão de Constituição, designada para elaborar o projeto de Constituição, reuniu-se e

dividiu-se em grupos de trabalho. Segundo Afonso Arinos de Melo Franco (1976, p. 104), a Constituição de 1934 foi utilizada como anteprojeto. O projeto elaborado pela Comissão de Constituição foi apresentado em Plenário no dia 27 de maio de 1946 e, em 18 de setembro, foi promulgada a nova Constituição.

Uma das grandes preocupações da Constituinte de 1946, segundo Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1997, p. 418), foi a restauração do equilíbrio e da harmonia dos poderes que ficou traduzida no artigo 36 da seguinte forma: “são Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”. O Poder Legislativo que, de acordo com os citados autores, estivera prostrado e ausente durante o período de 1930 a 1945, foi revitalizado a partir de 1946, sendo exercido pelo Congresso Nacional que se compunha da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Nesse período, os partidos políticos ganharam maior expressão, pois os membros da Câmara passaram a ser eleitos pelo sistema de representação proporcional dos Estados. De acordo com Aliomar Baleeiro (1987, p. 6), o sistema proporcional dá mais sensibilidade à representação popular, permitindo ter voz, pelo menos, qualquer grupo consistente da opinião pública. Porém, esse sistema favorece a multiplicação dos partidos, o que enfraquece tanto o Governo

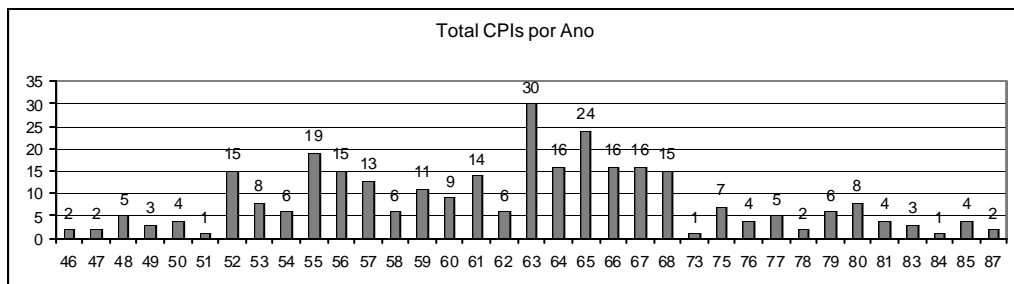
quanto às oposições. Essa representação proporcional dos partidos também ficou garantida na composição das comissões permanentes e temporárias da Câmara dos Deputados.

A Constituição de 1946 restabeleceu, em seu artigo 53, o instituto das comissões parlamentares de inquérito. Pontes de Miranda (1936, p. 499), ao comentar o artigo 36 da Constituição, afirmou que “de certo modo, as comissões de inquérito eram arma possível do Poder Legislativo contra o Poder Executivo, quicá de minoria da própria Câmara dos Deputados contra a maioria”.

Aliomar Baleeiro (1950, p. 135), no entanto, afirmava “ser inteiramente supérflua a disposição porque, no desempenho de suas funções, ambas as câmaras poderiam recorrer aos inquéritos sobre quaisquer fatos, determinados ou não, assim como a todo e qualquer meio idôneo que lhe não seja vedado por cláusula expressa, ou implícita, da Constituição”. O autor acrescenta que “tais comissões sempre foram criadas pelas câmaras inglesas e norte-americanas e nenhum dispositivo se julgou necessário para esse fim”.

Foi, porém, a partir de 1946, que o Legislativo brasileiro passou a utilizar mais frequentemente as investigações parlamentares. Registra-se, no período de 1946 a 1988, a constituição de 303 comissões parlamentares de inquérito. O gráfico abaixo apresenta o número de CPIs distribuídas por ano.

Gráfico1 - Total de CPIs por Ano



Verifica-se, portanto, que as comissões parlamentares de inquérito já se figuram como um importante instrumento à dispo-

sição do Poder Legislativo brasileiro e que sua gênese está diretamente relacionada ao surgimento do Parlamento moderno.

3 – Produção de provas no inquérito parlamentar

Os aspectos históricos sobre as comissões parlamentares de inquérito, apresentados no capítulo anterior, propiciarão um melhor entendimento e uma análise mais acertada acerca da produção de provas no inquérito parlamentar na Câmara dos Deputados, pois os termos pelos quais essa matéria está disciplinada na Carta Constitucional de 1988 revelam a forma empregada na construção da democracia no Estado brasileiro. Assim, conforme consta do texto constitucional, as CPIs são comissões criadas no âmbito do Poder Legislativo e dotadas de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas do Congresso, e que se destinam à apuração de fato determinado e por prazo certo.

3.1 - Aspectos gerais sobre o inquérito parlamentar

Pontes de Miranda (1936, p. 499), ao comentar a Constituição de 1934, que foi a primeira a disciplinar esse tema, afirma que “a decisão no inquérito não é despacho ou sentença no sentido do Direito Processual Penal, nem, tampouco, deliberação no sentido do Direito Administrativo”. Acrescenta o autor que o caráter do inquérito parlamentar é um tipo específico, ao qual não se pode opor nulidade, anulação ou falta de defesa suficiente. Nelson de Souza Sampaio (1964, p. 4) ressalta que os inquéritos parlamentares, em sentido estrito, “não podem recomendar imposição de penas ou medidas disciplinares”. Em razão disso, o citado autor manifesta que não se pode falar em *indiciados* ou *acusados*.

Para Nelson de Souza Sampaio (1964, p. 4), essas comissões se destinam a “informar as Câmaras para que elas cumpram suas funções, principalmente, a de legislar e a de controlar o Executivo”. O uso dessa prerrogativa restaura o papel do Legislativo, pois a Câmara dos Deputados e o Senado Fede-

ral, podendo, por meios próprios, de forma motivada e sem a presença de “filtros”, conhecer a situação, as condições e os resultados das políticas implementadas pelo Executivo na condução dos rumos do País, evita, conforme salienta Barhélemy (apud Nelson de Souza Sampaio, 1964, p. 5) que o Parlamento se torne “um *cego constitucional* condenado a conhecer apenas o que o governo se dispõe a lhe informar”.

Agassiz Almeida (2000, p. 9) assevera que, recentemente, as comissões parlamentares de inquérito vêm se destacando, principalmente, no que concerne à fiscalização e à salvaguarda do erário público, bem como aos interesses coletivos e difusos. Cabe, porém, ressaltar que as CPIs, ao longo dos anos, têm sido criadas para investigar temas mais complexos, do ponto de vista jurídico. Tal possibilidade encontra abrigo na interpretação que se construiu acerca do conceito de “fato determinado”. Para Pontes de Miranda (apud Alaor Barbosa, 1988, p. 94), por exemplo, fato determinado se refere a “um acontecimento concreto com relevância e repercussão na ordem jurídica constitucional do País e sob seus efeitos”. Essa interpretação, bastante elástica, permitiu que fossem constituídas, por exemplo, CPIs para investigar os seguintes casos: em 1953, a existência de jogos de azar em todo o território nacional; em 1973, as causas do tráfico e o uso de substâncias alucinógenas; em 1991, a impunidade de traficantes de drogas no País, bem como o crescimento do consumo; em 1991 e 1993, crimes de “pistolagem” nas regiões Centro-Oeste e Norte, especialmente, na chamada área do “Bico do Papagaio”; em 1999, o avanço e a impunidade do narcotráfico.

Essas investigações se referem a acontecimentos sujeitos a inquéritos policiais e a processos judiciais. Porém, entende o Ministro Celso de Mello (2001, p. 91) não haver impedimento à realização de inquéritos parlamentares dessa natureza, desde que “sejam respeitados os limites inerentes à competência material do Poder Legislativo

e observados os fatos determinados que ditaram a sua constituição”. Assim procedendo, as comissões parlamentares de inquérito se configuram como órgão deflagrador de uma ação judicial, colaborando, de forma prévia, com o Ministério Público. Nesse sentido, entendeu o Ministro Nelson Jobim (2001, p. 36) tratar-se de economia processual o envio ao Ministério Público de documentos reunidos por comissão parlamentar de inquérito, inclusive os que envolvam sigilo fiscal ou de operações financeiras.

Esses documentos não se caracterizam apenas como fontes de informação, apresentaram-se, também, como provas que servem à formação de convicção dos membros das comissões parlamentares de inquérito. Assim, buscou-se, neste estudo, identificar, descrever e classificar as tipologias de provas produzidas por essas comissões no desempenho de suas atividades. Para tanto, decidiu-se analisar de forma exaustiva os trabalhos de uma comissão parlamentar de inquérito e, a partir dessa análise, fazer inferências sobre a produção de provas no âmbito do inquérito parlamentar.

3.2 - O universo da pesquisa

Para se definir o universo a ser pesquisado, levou-se em conta a natureza da investigação, a relevância do tema, a repercussão na sociedade e o tempo de funcionamento da CPI. Em razão desses critérios, elegeu-se a “Comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar o avanço e a impunidade do narcotráfico” (CPI do narcotráfico), constituída na Câmara dos Deputados, em 13 de abril de 1999, a partir do requerimento apresentado, em 3 de fevereiro de 1999, pelo Deputado Moroni Torgan e outros.

Essa CPI realizou 129 reuniões, 29 viagens para a realização de diligências em 17 unidades da Federação, mantendo-se em funcionamento até o dia 30 de novembro de 2000. No curso de seus trabalhos produziu farta documentação, totalizando 248 caixas-arquivo, com aproximadamente onze mil documentos.

3.3 - A coleta de dados

Após a definição do universo da pesquisa, buscou-se estabelecer as bases do plano de coleta de dados. De acordo com Amado Luiz Cervo e Pedro Alcino Bervian (1983, p. 155), essa é uma importante tarefa da pesquisa que envolve diversos passos como a determinação da população, a elaboração do instrumento adequado, a programação e a execução da coleta de dados. De acordo com Roberto Jarry Richardson (1989, p. 142), a informação obtida nessa fase permite observar as características de um indivíduo ou grupo. Richardson afirma que a descrição adequada das características de um grupo beneficia a análise a ser feita pelo pesquisador e pode ajudar outros especialistas, tais como, planejadores e administradores.

Considerando, então, a dimensão do acervo documental produzido pela referida CPI e as especificidades do inquérito parlamentar, perquiriram-se as fases concernentes à produção de provas por esse órgão legislativo de investigação.

3.3.1 - A prova no inquérito parlamentar

A prova, de acordo com Camargo Aranha (1996, p. 23), tem por objeto o fato cuja existência se deseja ver reconhecida. Amaral Santos (apud Camargo Aranha, 1996, p.5) afirma que “a prova visa, como fim último, incutir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado”. Entretanto, por não se tratar de processo judicial, inexistente no inquérito parlamentar, a proposição de provas pelas partes, cabendo ao deputado essa prerrogativa. Assim, o parlamentar, em determinados momentos do inquérito, atua de forma semelhante à autoridade policial, buscando conhecer a materialidade e a autoria de um determinado injusto penal, que se relaciona com o fato investigado pela comissão, colhendo todas as provas possíveis. Noutros, atua como juiz, estabelecendo, por competência própria, a coleta e a produção de elementos que visam à apuração da verdade.

Esse julgamento quanto aos meios de prova necessários ao inquérito parlamentar ocorre em dois planos distintos. Um envolve a apreciação realizada com base nos paradigmas do “conhecimento objetivo”. Outro se refere àquela norteadas pelos paradigmas do “conhecimento tácito”. No primeiro, leva-se em conta a validade da proposição da prova, ou seja, se ela atende às prescrições constitucionais, legais e regimentais, bem como a viabilidade técnica e procedimental. No segundo, julga-se com base em elementos de um “saber subjetivo”. Esse, conforme afirma Tarciso Carvalho (1999, p. 150), se refere: a) às teorias aceitas pelo parlamentar; b) às ideologias políticas e partidárias do grupo parlamentar ao qual pertença o deputado; c) às crenças desse parlamentar e às experiências por ele acumuladas.

Essa proposição concernente à produção ou à coleta de provas, no âmbito do inquérito parlamentar, se faz mediante a apresentação de requerimento por qualquer membro da comissão, sendo necessária a devida fundamentação. Quanto a essa exigência, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento sobre a inafastabilidade desse requisito procedimental para os casos relativos à prova documental a ser obtida em razão da quebra de sigilos bancário, fiscal ou telefônico. O Ministro Celso de Mello, relator do Mandado de Segurança nº 23.452-1/RJ, a esse respeito, manifestou-se da seguinte forma:

“As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por eles investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera da intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos

determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV).

As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal (...)”

Considerando as manifestações supracitadas, decidiu-se realizar a coleta de dados a partir dos instrumentos de comunicação oficial que se dá entre a CPI e os órgãos ou entidades custodiadoras de fontes primárias da informação necessária aos trabalhos de investigação. Pois é por meio desses instrumentos, ou seja, dos ofícios expedidos, que o Presidente da comissão solicita aos diversos órgãos públicos e entidades privadas os insumos imprescindíveis aos trabalhos por ela realizados, isto é, as provas.

Assim, os dados identificadores e qualificadores das tipologias de provas produzidas pela CPI do Narcotráfico foram obtidos mediante consulta à guia de transferência dos documentos da CPI ao Arquivo da Câmara dos Deputados. Esse instrumento de transferência apresenta uma descrição sumária dos documentos ostensivos produzidos e recebidos pela Comissão, dentre eles, os ofícios expedidos pelo Presidente da CPI do Narcotráfico.

3.4 - Resultados e análise dos dados

A coleta dos dados permitiu verificar que, no período de 15 de abril de 1999 a 5 de dezembro de 2000, registraram-se 2.715 ofícios, de acordo com a numeração do último ofício assinado pelo Presidente da referida CPI. Ademais, houve a expedição de alguns

ofícios sem número, bem como de outros com números repetidos. Por esse motivo, os ofícios expedidos totalizaram mais que aquele número constante do derradeiro expedido pela CPI. Porém, 2.699 foi o número de ofícios analisados neste estudo, em razão de serem, apenas esses, os constantes da referida guia de transferência.

Antes de apresentar e caracterizar as tipologias de provas produzidas no referido inquérito parlamentar, faz-se necessário salientar que, por razões metodológicas, não se optou por apresentar os resultados com base nas tipologias de provas arroladas no Código de Processo Penal. De acordo com esse diploma legal, podem servir como prova: a) o exame de corpo de delito e das perícias em geral; b) o interrogatório do acusado; c) a confissão; d) as perguntas ao ofendido; e) as testemunhas; f) o reconhecimento de pessoas e coisas; g) a acareação; h) os documentos; i) os indícios; j) a busca e a apreensão. Assim, neste trabalho, optou-se por recorrer à doutrina.

Conforme ensina Camargo Aranha (1996, p. 23), a doutrina apresenta diversos critérios de classificação de provas. Todavia, afirma o referido autor que aquela formulada por Framarino Malatesta é a que merece destaque especial. Segundo Malatesta, as provas classificam-se quanto ao objeto, ao sujeito e à forma. Quanto à forma, as provas podem ser: testemunhal, documental e material. Acerca dessa classificação, Gusmão (apud Camargo Aranha, 1996, p. 22) manifestou-se da seguinte forma:

“Esse método de classificação encerra, ao nosso ver, a virtude de as-

sentar-se em um critério seguro e verdadeiramente científico, pois que tem como base a prova considerada em sua natureza e em relação ao método de produção. Qualquer outro método, partindo de critérios meramente acidentais, só pode produzir classificações estereis, sem valor algum teórico e sem o mínimo alcance prático.”

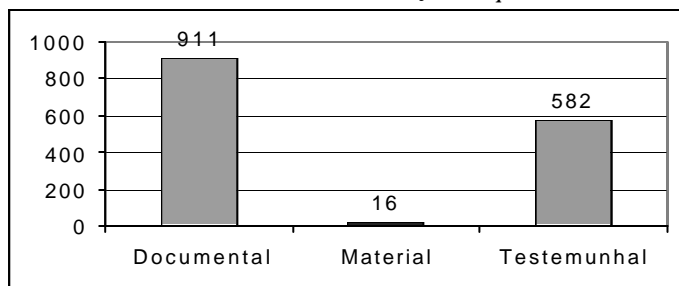
Assim, decidiu-se por adotar o critério de classificação elaborado por Malatesta, o qual se mostrou científica e metodologicamente mais adequado para a apresentação dos resultados da pesquisa.

3.4.1 - As provas produzidas no inquérito parlamentar na Câmara dos Deputados

Do estudo dos dados, constatou-se que dos 2.669 ofícios analisados, 1.509 se referiam à produção ou à coleta de provas, ou seja, 56,54% do total examinado neste estudo. Esse resultado confirma o posicionamento da doutrina que afirma ser os poderes outorgados às comissões parlamentares de inquérito limitados ao campo da investigação probatória. A esse respeito, Gilvan Correia de Queiroz Filho (2001, p. 151) ressalta que “a esse tipo de comissão, na busca da verdade real, é dado utilizar-se de instrumentos conferidos ao juiz na instrução criminal, como promover diligências, ouvir indiciados, determinar o comparecimento e inquirir testemunhas”.

Quanto à tipologia de prova, verificou-se que 911 ofícios se referiam a provas documentais, correspondendo a 60,37%; 582, a testemunhais, perfazendo 38,57%; e 16, a provas materiais, equivalente a 1,06%.

Gráfico 2 – Total de solicitações de provas



Os dados atinentes às provas documentais referem-se a solicitações de documentos e informações pela CPI a órgãos e entidades públicas e privadas. Informação, segundo Yves-François Le Coadic (1996, p. 5), “é o conhecimento inscrito (gravado) sob a forma escrita (impressa ou numérica), oral ou audiovisual”. O autor conclui manifestando que a informação comporta um elemento de sentido, ou seja, “é um significado transmitido a um ser consciente por meio de uma mensagem inscrita em suporte espacial-temporal: impresso, sinal, elétrico, onda sonora, etc”. O documento, então, é constituído pela informação e seu suporte.

Sobre o conceito de documento, Heloísa Liberalli Belloto (1991, p. 14) manifesta-se da seguinte forma:

“(…) documento é qualquer elemento gráfico, iconográfico, plástico ou fônico pelo qual o homem se expressa. É o livro, o artigo de revista ou jornal, o relatório, o processo, o dossiê, a correspondência, a legislação, a estampa, a tela, a escultura, a fotografia, o filme, o disco, a fita, magnética, o objeto utilitário etc, enfim, tudo o que seja produzido por razões funcionais, jurídicas, científicas, técnicas, culturais ou artísticas pela atividade humana.”

Camargo Aranha (1996, p. 221) afirma que, no âmbito jurídico, documento “é entendido como todo meio legal pelo qual a representação se faz pela escrita, por sinais da palavra falada ou pela reprodução de um fato ou acontecimento em um objeto físico, possível de servir como prova em juízo”. Amaral Santos (apud Camargo Aranha, 1996, p. 221) ensina que “documento é a coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo”.

Assim, sob a tipologia de prova documental, ficaram compreendidas todas as solicitações da CPI atinentes a elementos probatórios ou de informação, produzidos ou reunidos por órgãos e entidades públicas e privadas, que auxiliaram os parlamen-

tares integrantes da comissão parlamentar de inquérito na busca da verdade real. Citam-se, como exemplo, as requisições, aos órgãos competentes, de documentos e informações concernentes à quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico, bem como aquelas capazes de delinear a gravidade dos problemas relacionados ao narcotráfico no Brasil.

Em relação aos dados atinentes às provas testemunhais, registra-se que esses se referem à produção de provas no âmbito do inquérito parlamentar, ou seja, revela a pretensão dos membros da CPI em ouvir pessoas que possam contribuir, por meio de relatos, para o conhecimento e os esclarecimentos dos fatos por ela investigados. O Código de Processo Penal, em seu artigo 203, estabelece que “a testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, (...) explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pela quais possa avaliar-se de sua credibilidade”. Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2001, p. 461), “testemunhas são terceiras pessoas que comparecem perante a autoridade para externar-lhe suas percepções sensoriais extraprocessuais: o que viu, o que ouviu etc”.

Camargo Aranha (1996, p. 128) apresenta a seguinte definição de testemunha:

“Testemunha é todo o homem, estranho ao feito e equidistante às partes, capaz de depor, chamado ao processo para falar sobre fatos caídos sob seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernente à causa.”

Neste estudo, porém, as provas testemunhais não se referiam apenas àquelas produzidas em razão da oitiva dessa pessoa estranha ao feito e equidistante às partes. Utilizou-se o conceito amplíssimo de testemunha. Dessa forma, as intimações de envolvidos e de testemunhas, em sentido estrito, as convocações de autoridades públi-

cas e os convites a especialistas nos temas atinentes ao narcotráfico foram classificados como intenção de se produzir provas testemunhais, isto é, esses relatos serviriam à formação da convicção dos membros da CPI, em especial de seu Relator.

No que se refere aos dados atinentes às provas materiais, ressalta-se que eles ficaram adstritos às solicitações da CPI no tocante à realização de perícias. A perícia, segundo Camargo Aranha (1996, p. 160), “constitui uma peça eminentemente técnica mediante a qual o experto nomeado faz uma declaração de ciência, uma afirmação de um juízo ou então de ambas conjuntamente”. Assim, a perícia persegue o esclarecimento e a compreensão de um determinado fato, com vista a alicerçar uma decisão processual.

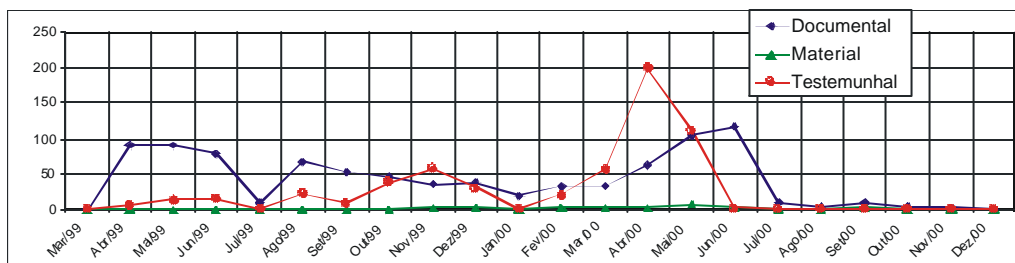
3.4.2 - Análise geral

Da análise geral dos dados, conclui-se que, em razão de as provas documentais serem as mais solicitadas (60,37%), as co-

missões parlamentares de inquérito ao desempenharem suas funções específicas e ao exercerem suas atribuições constitucionais e legais, as fazem com o zelo de se evitar a predominância de influências subjetivas, pois, conforme manifesta Camargo Aranha (1996, p. 222), a prova documental não estaria sujeita “aos efeitos da memória humana e da corrupção possível entre os homens”.

Observando-se o gráfico 3, que apresenta os totais de solicitações de provas distribuídos nos meses nos quais a CPI do narcotráfico esteve em funcionamento, verifica-se que, ao iniciar os trabalhos, a CPI dedicou-se, quase que exclusivamente, à coleta de prova documental. Nos meses de abril, maio e junho de 1999, esse tipo de prova compunha-se de documentos oficiais que demonstravam o cenário brasileiro sobre o tema. Infere-se, portanto, que tais documentos tenham sido fundamentais para o planejamento das atividades da CPI, bem como para o desenvolvimento da metodologia de investigação utilizada pela comissão.

Gráfico 3 – Total de solicitações de provas no período de funcionamento da CPI



A coleta de provas documentais nos meses seguintes se dedicou a fatos específicos e às pessoas neles envolvidas. Registra-se que 46,21% do total de requisições de provas documentais se referiam a documentos e a informações sobre sigilos bancário, fiscal e telefônico.

Constata-se, ainda, que a coleta de provas documentais foi predominante durante os trabalhos da CPI, à exceção para os meses de novembro de 1999, março, abril e maio de 2000, períodos nos quais a CPI se dedicou à produção de provas testemunhais, conforme demonstra o gráfico 3.

4 – Sugestões e recomendações

Conforme evidenciado no capítulo anterior, verifica-se que a produção de provas, no âmbito do inquérito parlamentar na Câmara dos Deputados, revela-se como uma das principais atividades desenvolvidas por essas comissões, quicá a mais importante. Em razão disso, cabe ressaltar a necessidade de serem observadas, com o rigor de um órgão técnico, as exigências constantes do Código de Processo Penal, no que se refere a provas, bem como os ensinamentos da doutrina e os julgados dos tribunais so-

bre essa matéria. Cita-se, por exemplo, o voto do Ministro Nelson Jobim ao Mandado de Segurança nº 24.135-7, lembrando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se fixou no sentido de que a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico “deve revelar-se na existência de fato concreto, pelo qual se indique causa provável de justificar a medida”.

Não se pode prescindir do cumprimento estrito desses requisitos fundamentais, pois, conforme ensina Gilvan Correia de Queiroz Filho (2001, p. 156), “os poderes dessas comissões têm limites nos direitos individuais dos cidadãos”. Observa-se, ainda, que o abandono de tais procedimentos compromete os trabalhos realizados por essas comissões de inquérito, eivando as provas e tornando-as proibidas, em razão de ofensa a normas constitucionais ou legais. Camargo Aranha (1996, p. 49) salienta que a ofensa ao direito material torna a prova ilícita; enquanto que a ofensa ao direito processual a torna ilegítima.

Poder-se-ia, então, argumentar ser desnecessário tal rigor na produção de provas pelas comissões parlamentares de inquérito, devido à impossibilidade legal de utilizá-las como provas emprestadas em processos judiciais. Porém, não se pode dizer que o Ministério Público ou o Poder Judiciário não as requisitem como meras provas documentais. Nesse sentido, observa-se um significativo aumento do número de requisições dessa natureza à Câmara dos Deputados, logo após o envio do relatório de CPI àqueles órgãos.

Ressalta-se, ainda, que tais procedimentos devem ser observados não apenas pelos membros da CPI ao formularem suas requisições de provas. Com igual rigor, as secretarias das comissões parlamentares de inquérito devem cumprir os ritos legais pertinentes à organização e ao tratamento desses documentos que embasaram o inquérito parlamentar. Pois, quando da requisição pelo Ministério Público e Poder Judiciário daqueles que serviram à fundamentação das

conclusões e dos encaminhamentos constantes do relatório final da CPI, registra-se um atendimento não muito satisfatório em razão de, em alguns casos, a organização do acervo documental da CPI não apresentar elementos de vinculação entre os casos investigados e as provas constantes dos autos do inquérito parlamentar.

Cumprido, portanto, à Câmara dos Deputados dedicar esforços no sentido de se editarem normas procedimentais mais específicas quanto ao inquérito parlamentar, bem como em relação à organização e ao tratamento do acervo documental produzido pelas comissões parlamentares de inquérito, importante instituto do Legislativo.

Referências

- ALMEIDA, Agassiz. *Comissão parlamentar de inquérito - CPI: origem evolução e aspectos jurídicos*. IN: *Lex: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, v.22, n.254, p.5-21, fev. 2000.
- ARANHA, Alberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 4ª ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BALEEIRO, Aliomar. *A Constituinte e a Constituição de 1946*. in a *Constituição de 1946*. Brasília: Centro de Ensinos à Distância, 1987. p.1-13. Série Constituições do Brasil.
- BALEEIRO, Aliomar. *Alguns andaimos da Constituição*. Rio de Janeiro: Aloísio Maria de Oliveira, 1950.
- BARBALHO, João. *A Constituição Federal Brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: 1924.
- BARBOSA, Alaor. *CPI e Constituição: uma caso concreto*. In *Revista de Informação Legislativa*. Ano 25, n.100, out./dez. 1988, p.85-112.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002.
- BELLOTTO, Heloísa Liberalli. *Arquivos permanentes: tratamento documental*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1991. 198p.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. 955 p.

- BRITTO, Luiz Navarro de. *História dos parlamentos*. In Revista de informação legislativa. ano 21, n.81, jan/mar, 1984, p.119-128.
- BROSSARD, Paulo. *HC 71039/RJ-Rio de Janeiro*. Relator. Publicação: DJ, em 6-12-1996.
- BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. 568 p.
- CARVALHO, Tarciso Aparecido Higino de. *O processo de elaboração legislativa e a obsolescência do discurso parlamentar sob a análise da ciência da informação*. Dissertação apresentada ao Departamento de Ciência da Informação e Documentação da Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 1999. 183 p.
- CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. *Metodologia científica: para uso dos estudantes universitários*. 3ª ed. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983. 249 p.
- CHACON, Vamireh. *História institucional do Senado do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1997. 529 p.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *A Câmara dos Deputados: síntese histórica*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1976. 116 p.
- JOBIM, Nelson. MS 24054/DF – Distrito Federal. Relator. Publicação: Diário da Justiça de 6-11-2001, p. 36.
- LE COADIC, Ives-François. *A ciência da informação*. Tradução de Maria Yêda F.S. de Filgueiras Gomes. Brasília: Biquet de Lemos, 1996.
- MARINHO, Josaphat. *A Constituição de 1934*. In Constituições do Brasil. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987. p. 41-52
- MELLO, Celso de. MS 23639/DF – Distrito Federal. Relator. Publicação: Diário da Justiça de 16-2-2001, p. 91.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936.
- NOGUEIRA, Octacíliano. *O Poder Legislativo no Brasil (1821-1930)*. (Curso O Poder Legislativo,1). 2ª ed. Brasília: Fundação Petrônio Portella, 1983. 121 p.
- PACHECO, Cláudio. *A Constituição de 1891*. In Constituições do Brasil. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987. p. 27-40.
- PEIXINHO, Manoel Messias. GUANABARA, Ricardo. *Comissões parlamentares de inquérito: princípios, poderes e limites*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- PEREIRA, Aguinaldo Costa. *Comissões parlamentares de inquérito*. Dissertação apresentada à Faculdade Nacional de Direito, em Concurso para Catedrático de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: ASA, 1948.
- QUEIROZ Filho, Gilvan Correia. *O controle judicial de atos do Poder Legislativo: atos políticos e interna corporis*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. 172p.
- RICHARDSON, Roberto Jarry; colaboradores Peres, José Augusto de Souza ... (et al.). *Pesquisa social: métodos e técnicas*. São Paulo: Atlas, 1989.
- RUSSOMANO, Rosah. *O Poder Legislativo na República*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. 407 p.
- SAGER, Juan C. La dimensión cognoscitiva. In *Curso practico sobre el procesamento de la terminología*. Madrid: Fund G. Sanchez Ruiperez, 1993. p. 35-88
- SAMPAIO, Nelson de Souza. *Do inquérito parlamentar*. São Paulo: FGV, 1964.
- TOURINHO Filho, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 3ª ed. Ver. atual. e aumen. São Paulo: Saraiva, 2001.

A comunicação do Senado e o direito à informação

Valéria Ribeiro da Silva Franklin Almeida

Sumário

Introdução; Direitos Humanos Fundamentais; O Homem, a Informação e a Democracia; O Senado e a Comunicação Institucional; A Agência Senado: Um Estudo de Caso; A Mídia Eletrônica e a Democratização da Informação; O Direito Inquestionável; Referências.

1. Introdução

Raramente o pesquisador se defronta com certezas e unanimidades ao início de uma investigação, já que, ao contrário, é a dúvida o ponto de partida de toda busca. Porém, no caso do objeto de estudo deste trabalho, o direito à informação, é obrigatório reconhecer a convicção dos estudiosos quanto à relevância do tema e sua inseparável relação com a história da humanidade, mesmo quando os registros dessa ligação são inexistentes.

É de posse desta premissa que a presente reflexão partirá à procura da trajetória de conexão entre os dois campos de estudo: o Direito e a Comunicação, voltados, no que aqui interessa, à garantia do direito à informação. Pela amplitude de análise que cada assunto abrange, torna-se necessário restringir o horizonte de pesquisa, mesmo porque são numerosas as ocorrências em que as áreas se mesclam. Cuidará o artigo, portanto, de apontar a disposição do direito à informação no âmbito da doutrina jurídica, conectando o tema às teorias de comunicação. Não há, no entanto, intuito de esmiu-

Valéria Ribeiro da Silva Franklin Almeida é formada pela UnB, trabalha no Congresso como jornalista há 15 anos. É analista legislativa da área de Comunicação Social do Senado e atua na Agência de Notícias.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. ALEXANDRE PAIVA DAMASCENO.

çar, com rigor teórico, os dois assuntos, mas antes de localizar os princípios comuns que orientam a ambos na defesa da democracia e da igualdade de direitos.

O notório conceito de democracia servirá de arcabouço para esse levantamento, pois a idéia é desvendar como se dá a concretização do direito à informação, considerando-se este como direito fundamental e um dos pilares da democratização de uma sociedade.

Atualmente, são vários os instrumentos reconhecidamente capazes de promover uma coletividade justa e democrática. O Direito e a Comunicação Social, neste cenário, destacam-se pela posição que ocupam e desempenham na defesa dos Direitos Humanos. Consciente desse potencial é que o trabalho irá reafirmar, teoricamente, os dados que comprovam o poder da informação e a responsabilidade do Estado em assegurar e facilitar o acesso do homem ao direito de ser informado.

Por outro lado, é preciso expor de pronto que a análise a ser feita não tem possibilidade de desvincular o panorama ideal de democratização da informação das reais condições de acesso hoje verificadas no país. Dessa maneira, a exposição levará em conta que, apesar de constante dos diplomas legais, em especial da Constituição Federal, o direito à informação, assim como os demais direitos fundamentais, estão distantes de serem concretizados.

No entanto, é possível supor que algumas ações vêm sendo empreendidas para viabilizar a realização desses direitos, o que demonstra a validade do presente levantamento. Assim, além de delinear as medidas legislativas e as abordagens teóricas que sustentam o tema, a pesquisa quer verificar se, na prática, o direito à informação se efetiva no que diz respeito às atribuições das instituições e órgãos públicos. Para tanto, elegeu-se a estrutura de comunicação do Senado como modelo de avaliação.

Foram três os motivos principais que conduziram à escolha desse sistema para

ilustrar o trabalho: o fato de o Senado representar fração de um dos poderes de um Estado que se pretende democrático e transparente; o complexo sistema de comunicação que a instituição apresenta, apontado entre os mais modernos do mundo, e a carência de estudo sobre o papel da comunicação institucional no contexto da democratização da informação (em contrapartida ao farto material disponível relativo à atuação dos veículos de propriedade privada).

Ainda é razão para a opção ora adotada, a consciência de que ao Senado cabe a tarefa de legislar e de tomar decisões que afetam diretamente a vida do cidadão, entre elas as normas do direito. Assim, a instituição é, ao mesmo tempo, para esse levantamento, provedora de informação e instrumento de definição das leis que asseguram o direito à informação.

A pesquisa se justifica porque ao se apreender o mecanismo em que o direito à informação é aplicado na atuação dos veículos de comunicação do Senado, será possível a obtenção, concomitantemente, de duas respostas para os seguintes questionamentos: o Estado, representado pelo Senado, está cumprindo o seu dever de fornecer informação? O indivíduo, inserido em condições coerentes com a realidade social do país, exerce seu direito de ser informado pelo Estado?

Não é pretensão descobrir se a informação sobre a atividade legislativa realmente atinge o cidadão por meio dos veículos de comunicação do Senado. Para tal fim, seriam necessários o aprofundamento da pesquisa e a utilização de metodologia capazes de monitorar as formas de acesso ao veículo, comparando os dados com os de outros veículos.

O que se vislumbra é a possibilidade de, feito um recorte da atividade de comunicação do Senado, com a escolha de um veículo específico, identificar se as condições em que a informação é transmitida estão coerentes com o objetivo de prover conhecimento ao cidadão, permitindo, ao final, que esse

exerça seu direito à informação. Naturalmente, o trabalho deverá traduzir-se em uma sondagem da atuação do sistema, permitindo senão uma resposta definitiva sobre sua participação no quadro de realização do direito à informação, ao menos a identificação de sinais sobre a validade ou não da existência desse modelo.

Nessa plataforma, a abordagem destaca o caso da Agência de Notícias do Senado para a análise em questão, pois o órgão divulga a atividade parlamentar utilizando a internet como meio de veiculação. A escolha não é aleatória, já que é interesse também do trabalho perscrutar o diferencial de utilização dessa nova tecnologia com vistas à democratização do acesso à informação. Daí porque o tema da inclusão digital como fator de inclusão social perpassa a presente análise.

Dispostas as limitações, é mister esclarecer que a base teórica utilizada se detém aos dados históricos e conceituais do direito à informação, buscando encaixar a atividade de comunicação do Senado aos preceitos que compõem esse direito. Os dados quantitativos, por sua vez, servem para subsidiar conclusões sobre a pergunta inicial: colaboram os veículos de comunicação institucionais, em particular os do Senado, com a proposta de democratização do acesso à informação pública? As estatísticas registradas também serão utilizadas para projeções do quadro de alcance atual da Agência de Notícias, não podendo, no entanto, pelas limitações já expostas, esta análise avançar além de um cenário de indicações.

A partir do que prescreve o direito, é possível dirimir dúvidas quanto ao modelo de comunicação implantado na instituição: se útil e produtivo; se sub-utilizado, se desconhecido, ou ainda, se desnecessário. Outra possibilidade de resposta é quanto à potencialidade que detêm sistemas desta natureza para abrir novos espaços democráticos, principalmente se considerados os monopólios na comunicação nacional e até mesmo os oligopólios internacionais, alvos de

críticas pelo modelo de comunicação que hoje alimentam.

As respostas encontradas, de maneira geral, traçam o modelo em vigor, podendo ser apontadas as vantagens e lacunas de atuação dos veículos de comunicação institucional do país, e especificamente, do Senado. Ao mesmo tempo, as análises permitem que se trace um esboço sobre o esquema de comunicação ideal para a instituição, com vistas à colaboração no esforço de tornar pública e sujeita ao controle social, de maneira permanente, a atividade do Parlamento.

2. Direitos Humanos Fundamentais

Ainda que a comunicação sempre tenha estado atrelada à existência do homem, a consciência social sobre a relevância dessa relação e sua conceituação parece haver permanecido latente nas antigas culturas registradas pela História. Apenas depois do início dos debates sobre os direitos do homem, o tema do direito à informação, decorrente do exercício da comunicação, começou a ganhar forma e características próprias.

Assim, para situar o direito à informação, objeto deste trabalho, no âmbito do direito, é necessário antes, que se proceda a uma recapitulação da história dos direitos humanos, com base nas opiniões dos vários estudiosos do assunto. Este exercício servirá também para clarear as posições adotadas pela pesquisa quanto às características e à origem da expressão utilizada para identificar esses direitos.

Para um dos mais dedicados autores do tema, Norberto Bobbio (1992, p. 04), os direitos do homem começaram a ser firmados na formação do Estado moderno (2ª metade do séc. XVIII), quando teve início uma inversão da relação entre o indivíduo e o Estado, passando o segundo a também ter obrigações para com o primeiro, o que até então não ocorria, como bem ilustra a relação súdito/rei. A partir daí, sustenta ele, não mais o homem poderá viver sob um regime total

de opressão, devendo dispor de um mínimo de liberdades fundamentais. Começa a ocorrer, na opinião de Bobbio, uma mudança do paradigma da visão da vida em sociedade, assumindo o indivíduo o papel principal da cena.

O autor não se detém em afirmar o caráter histórico e a ligação direta dos direitos do homem com o contexto social em que estes surgem e se inserem.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992, p. 5)

Da mesma maneira, o professor Aluizio Ferreira pontua que os direitos fundamentais, mais do que qualquer outro tipo de instituto jurídico, “nascem, vivem, desaparecem ou revitalizam-se amalgamados pela historicidade, já que mais intensamente refletem pretensões gerais e afetam interesses contraditórios” (1997, p. 63).

Pelo que se apreende, os fatos sociais, liderados pelos indivíduos e localizados no tempo e no espaço, compõem a história e condicionam o surgimento dos direitos. Como para cada momento da trajetória humana, novas necessidades e posturas políticas vão surgindo, as leis que as configuram também são alteradas.

Já convencidos do teor histórico dos direitos humanos, é possível avançar na abordagem, analisando algumas das tantas expressões utilizadas para cunhar essa categoria de direitos: absolutos, naturais ou fundamentais. Qual seria a relação de tais termos com as características pertinentes a esses direitos?

Para a maioria dos autores, poderiam ser elencados como naturais todos aqueles di-

reitos que, como a própria denominação revela, dizem respeito à natureza humana e são inerentes à condição de ser humano. Ou ainda, são aquelas garantias inquestionáveis e inalienáveis de que já dispõe o homem ao nascer: como o direito à vida, à liberdade, à segurança. Definições similares são encontradas para os chamados direitos absolutos.

A designação de direitos fundamentais, por sua vez, está consensuada no meio doutrinário como aquela que se refere aos direitos com características de primariedade e indispensabilidade, possuindo também caráter essencial para a dignidade e existências humanas. São também assim considerados os que preenchem as condições acima e ainda estão positivados juridicamente, de preferência na Constituição, como é citado por Afonso da Silva:

Direitos Fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada..., porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (1990, p. 159)

Quanto a essa última exigência, porém, não há unanimidade. Para Aluizio Ferreira, por exemplo, não são apenas os direitos explicitamente positivados pelas normas que podem ser tomados como fundamentais, mas todos aqueles que pertençam ao ordenamento jurídico de uma comunidade pela natureza dos princípios que abarcam, “bem como porque universalmente reconhecidos como fundamentantes de todo e qualquer Estado de direito” (1997, p. 31).

Coerentemente com o entendimento anterior, de que os direitos do homem são condicionados pelas conjunturas sociais em que se inserem é que Bobbio acrescenta, avançando no assunto, que as noções de

natureza e fundamentação dos direitos estariam sujeitas às mudanças necessárias ao atendimento de novas carências humanas. “O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (1992, p. 19).

Para reforçar seu conceito de relativismo dos direitos, Bobbio observa que mesmo diante de direitos ditos válidos em qualquer situação, a história registra momentos de concorrência com outras garantias também alçadas a tal posição. Este é o caso, citado pelo autor, dos eventos de extinção da escravidão nos países, quando os direitos de liberdade (dos negros) e de propriedade (dos senhores de escravos), tomados como fundamentais, confrontaram-se (1992, p. 20).

Mais radicalmente ainda, o filósofo italiano alerta que não é a designação empregada o dado mais relevante na definição de quais são os direitos básicos de um cidadão perante o Estado ou outro cidadão, “mas sim qual o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (1992, p. 25).

Para os fins deste trabalho e com base nas posições já registradas, a expressão “direitos fundamentais” será empregada, entendendo-se serem estes os direitos básicos e imprescindíveis ao homem que devem ser tutelados pelo Estado. A ressalva que se deve fazer, no entanto, é de que a noção de fundamentação aqui adotada é relativa e não desvinculada da realidade em que o homem está inserido, sendo portanto mutável.

2.1 – A trajetória dos direitos

Os primeiros direitos constantes de declarações, denominados de direitos de primeira geração, assentavam na lei a garantia das liberdades fundamentais do indivíduo e surgiram com o advento das doutrinas liberais, ao final do século XVIII. Tinham como marca a defesa da pessoa contra a exploração desmedida do Estado. Os princi-

pais dessa lista são: o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança.

O fervilhar das mudanças econômicas, políticas e de cunho religioso que culminaram com a Revolução Francesa em 1789 foram geradoras do documento de instalação desses direitos – a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – aprovada nesse mesmo ano. Não que inexistissem, até aquele momento, outras leis de garantias de direitos, como a Declaração da Virgínia, dos Estados Unidos da América, anterior mesmo àquela, já que redigida em 1776. Ocorre que na declaração francesa se identificam, pela primeira vez na história, a feição universalista dos preceitos e a mudança de paradigma na relação já citada entre o governante e o governado. O documento francês instalou a emancipação política do cidadão.

A segunda geração dos direitos mantém o homem como titular dos interesses, mas lança a idéia do contrato social. Aí, não mais somente o indivíduo é visto como detentor de exigências perante o Estado, mas também a coletividade que ele integra. A possibilidade de participar em ações que promovam o bem-estar social e a igualdade entre os homens passa a ser requisitada, surgindo reivindicações pelo trabalho, saúde, educação. Para Bobbio (1992, p. 10), esses direitos, apesar de formalmente declarados, nunca saíram integralmente do papel. “Uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU), na seqüência do final da II Guerra Mundial (1948), é o mais emblemático desses documentos, pois representa um consenso mundial sobre um grupo de valores e, dali em diante, passa a nortear as normas constitucionais dos países signatários.

Conforme Bobbio, uma terceira e até uma quarta geração de direitos já são discutidas na contemporaneidade, sob a ótica dos grupos sociais como titulares de direitos: à paz, ao desenvolvimento econômico, a um meio

ambiente não poluído, entre outros. Para o autor, tais pretensões com características de valores de solidariedade, integram uma categoria “ainda excessivamente heterogênea e vaga” (1992, p. 6). Aluizio Ferreira (1997, p. 26) acrescenta, sobre o assunto, “que tal fase ainda não é plenamente reconhecida”.

Vê-se, assim, que os diversos direitos podem estar inseridos tanto em uma quanto em outra categoria dos direitos, ficando a convicção, por hora, de que em algumas situações o Estado é chamado a auxiliar e garantir ao homem e à sociedade o alcance dos mesmos, e, em outras, a não impedir ou obstaculizar sua concretização.

Neste ponto, a pergunta natural que se faz é: como enquadrar, no contexto das conceituações descritas, o direito à informação? A tarefa não é simples, pois de acordo com o teórico ou visão preponderante a orientar a análise, este é um direito possível de ser enquadrado em todas as fases da história dos direitos humanos, pois como já externado, a humanidade nunca abdicou do ato de comunicar-se. A tarefa também demanda, *a priori*, uma passagem por construções analíticas sobre o conceito de informação.

3 – O Homem, a Informação e a Democracia

Até aqui, empregou o estudo os termos comunicação e informação praticamente como sinônimos. De maneira breve, será feita uma abordagem sobre a etimologia das palavras para justificar esse uso e avançar nos conceitos dessas denominações. Para isso, vai se socorrer apenas do jornalista Alberto Dines para o resumo. Informa ele que COMUNICAÇÃO vem do latim *communis*, comum e *communicare*, tornar comum, compartilhar.

[...] A comunicação é interpessoal e não intrapessoal. Consigo o próprio homem não se comunica, ele apenas se observa, reflete, devaneia... Para se ter algo em comum com alguém é preciso que haja este alguém. A comuni-

cação é portanto, coletiva a partir da sua essência. (1986, pp. 60-61)

Na busca da raiz do outro termo, “informação”, o escritor esclarece que este se origina igualmente do latim, *in formatio*, dar forma, enformar, organizar. Para simplificar, fica o entendimento mais corriqueiro de que a comunicação é o processo pelo qual o homem, como emissor, utilizando um meio (canal), atinge um receptor, para expressar alguma idéia, a mensagem ou informação.

Dois detalhes ainda são necessários para fechar a concepção. Um que lembra o caráter de interatividade da comunicação, pois os papéis dos personagens são reciprocamente exercidos, ou seja, um agente ora é receptor, ora é emissor. Outro aspecto, decorrente do primeiro, é de que apesar de o termo informação melhor se adequar ao ato de publicar, fornecer ou disponibilizar informação – objeto desta análise – a palavra comunicação não pode ser banida do cenário, já que a existência da informação não pode prescindir do ato comunicativo.

Assim descrito, o processo de comunicação já sugere seu expressivo potencial de realizações e mudanças no tecido social. São numerosas e inevitáveis também as definições desse processo como intrínseco à democracia e ao desenvolvimento das comunidades.

A Declaração nascida com a Revolução Francesa – cujos ditames representavam manifestações contrárias ao poder autoritário dos soberanos – já delineava essa relação, pois previa, em seus artigos 10 e 11, a liberdade de opinião e de livre manifestação das idéias. O direito individual de ser informado e de falar, como componentes do moderno Estado que nascia, se contrapunha à opressão das antigas autoridades. Bem assim defende Norberto Bobbio:

O poder autocrático dificulta o conhecimento da sociedade; o poder democrático, ao contrário, enquanto exercido pelo conjunto dos indivíduos aos quais, uma das principais regras do regime democrático atribui o

direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, o exige. O cidadão deve 'saber', ou pelo menos, deve ser colocado em condição de saber. (2000, p. 392)

Antonio Hohlfeldt (2000, p. 63) também suscita a idéia ao assentar que o estudo da história das civilizações “evidencia uma íntima relação entre a existência de sistemas comunicacionais e o auge do desenvolvimento”. Ele avança ao colocar, em outro trecho, que sem um eficiente sistema de comunicação, todo processo de desenvolvimento de uma comunidade “acaba por sucumbir ou desaparecer” (2003, p. 97).

Continuando nesta linha, Desantes Guanter pode ser arrolado. Para ele, a comunicação é um dos meios de que deve dispor o homem, a título de direito, para realizar sua essência humana. Ser informado, argumenta, é uma condição *sine qua non* para que o homem participe da vida pública, como diz textualmente:

La relación directa entre información y democracia es tan evidente como la razón inversa existente entre totalitarismo e información. Ha podido, con razón, decirse que el totalitarismo no es otra cosa que la falta de información. El mundo lucha por una democratización total a la que solamente se puede acceder a través de la participación... que se entiende por la intervención en las decisiones políticas y la correlativa assunción de responsabilidad por ellas. (1974, p. 29).

Boa parte dos pensadores da matéria assume, na verdade, a concepção de que mais do que sua relevância para a interação do ser com a realidade que o engloba e seu papel na realização da democracia, a informação é uma necessidade preliminar para o atendimento de outras necessidades. Portanto, para a satisfação de cada carência da pessoa, tais como saúde, trabalho, segurança, educação, ela necessita receber uma informação específica sobre aquele assunto.

Ao montar uma pirâmide de hierarquização das necessidades, Aluizio Ferreira

(1997, p. 80) posiciona, na parte inferior, as necessidades básicas, no meio, as necessidades de participação e, no topo, a necessidade de auto-realização. A necessidade de informação, em sua visão, está na base, sendo mesmo “a mais básica das necessidades humanas, constituindo-se num direito *fundamentalíssimo*, porquanto pressuposto de todos os demais. “Deter informação é questão de sobrevivência”, apregoa.

Também interessante é a observação feita por Sánchez Ferriz (1974, pp. 80 a 82) quanto ao caráter de anterioridade da necessidade do cidadão de ser informado. Para ela, esse é um aspecto tão imprescindível da vida que serve como pré-requisito para que o homem tenha consciência de suas outras obrigações e direitos. Ela qualifica o direito à informação como “*paladín de la creación de una opinión en favor de los otros derechos*”.

3.1 – A informação e a liberdade

Com as características já listadas, não é difícil deduzir seu sentido libertador para a informação. Conforme Sánchez Ferriz, “*el régimen de la información en una sociedad es un indicador de su grado de libertad*” (1974, p. 82). Não pretende, este estudo, fazer a apologia da informação como mais qualificado instrumento na condução da liberdade e da promoção do bem comum, pois que outras instâncias, como o próprio direito também poderiam avocar tal título.

Esta pretensão, aliás, foi a base de uma das correntes mais notórias dos estudos da comunicação, quando as teorias apontavam a atividade como a panacéia da era contemporânea. Mas, outras posições questionaram tal poder, sustentando que seria necessária a adoção de uma postura crítica diante dos fenômenos comunicacionais, visto que eles, na verdade, seriam veículos de dominação e alienação da opinião pública. O tema, de momento, não é o foco de interesse e será tratado mais adiante.

A posse da informação, assim, ou o direito de recebê-la, mereceu papel relevante

nas declarações de direitos que priorizavam as liberdades públicas. Vai daí a ocorrência comum nesses textos de normas que asseguram a liberdade de expressão, especialmente da imprensa.

Os dois conceitos, inclusive, de direito à liberdade de expressão e de direito à informação seguem atrelados porque, em síntese, como afirma Ferriz:

Estes dos derechos no quedan subordinados en principio, el uno al otro, aunque por sus funciones sociales se hallen estrechamente vinculados en su ejercicio, viniendo a ser derechos o facultades completamente reversibles, cada uno de ellos, y ambos entre s". (1974, p. 113).

Existe pois, uma vinculação lógica entre a liberdade de imprensa, a formação da opinião pública e a participação política.

3.2 – O Estado e a informação

Se já caminhou esta análise no sentido de reconhecer a informação como um direito prioritário e fundamental da pessoa para que ela possa exercer suas opções com liberdade, é consequência admitir-se que, para tanto, há de corresponder um dever. No caso, um dever do Estado de tutelar a garantia do fornecimento de informações ao cidadão.

Essa obrigação deve ser cumprida, a princípio pelo reconhecimento do direito, depois por sua afirmação no ordenamento jurídico e, finalmente, pela geração das condições e meios de garantia para sua efetivação.

Novamente Sánchez Ferriz pondera ser esse direito um direito público, pelo fato de exigir a intervenção e, mais ainda, a prestação por parte do Estado. Para ela, esse é também um direito subjetivo, já que supõe a existência de um poder jurídico, suscetível de institucionalização e regulação (1974, p. 77- tradução nossa).

Outra peculiaridade da relação Estado/informação diz respeito à obrigação que tem o primeiro de prestar contas ao cidadão de seus atos. Para tanto, estudiosos defendem

que o Estado disponha de seus próprios canais de informação.

3.3 – Direito à informação no tempo e no espaço

Entendido agora como direito fundamental, cumpre a esta análise descrever com base em material preparado por Aluizio Ferreira (1997, pp. 114 a 147), a trajetória do direito à informação. Ele lista:

- (Inglaterra) 1215 – Magna Carta Libertatum – assegura a notificação prévia a parentes sobre o casamento de herdeiros. É a noção preliminar desse direito.

- (Inglaterra) 1628 – Bill of Rights – prevê a obrigação de informar ao preso as razões de sua detenção.

- (Inglaterra) 1689 – Bill of Rights – garante a liberdade de expressão para os membros do parlamento.

- (EUA) 1776 – Virginia's Bill of Rights – A liberdade de expressão ganha positividade jurídica no que concerne à liberdade de imprensa.

- (França) 1789 – Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão – é unanimemente reconhecido como documento de instalação dos direitos do homem. Serve também de marco para o direito à informação, pois além de assegurar a liberdade de imprensa, prega a liberdade de pensamento e de comunicação entre os homens. É o primeiro com caráter universalista dos direitos.

- (EUA) 1789 – 1ª emenda da Constituição Americana – proíbe que se proíba a liberdade de palavra da imprensa.

- (ONU) 1948 – Declaração Universal dos Direitos Humanos – documento símbolo que orienta a defesa dos direitos em todo o mundo. Além de postular a liberdade de expressão, de maneira original, a declaração reconhece a necessidade básica do homem de ser informado. Sua abrangência é tão reconhecida que alguns, como Desantes Guanter, apontam-no como suficiente, na falta de outros diplomas nacionais, para garantir esse direito ao cidadão. "...la autoridad moral de la Declaración en los países de la Organización es indiscutible" (1974, p. 34).

É válido citar o artigo em questão:

Art. 19 – Todo homem tem direito à liberdade de opinião e de expressão, direito esse que inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber, e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

• (Vaticano) 1963 – *Pacem in Terris* – documento da Igreja Católica em que o Papa Paulo VI diz que o direito à informação é universal, inviolável e inalterável.

• (ONU) 1989 – Pacto de San Jose da Costa Rica – mais recente, essa carta confirma os propósitos das declarações anteriores na defesa dos direitos básicos.

3.4 – O direito à informação na Constituição

O direito à informação não figura como ramo, mas como sub-ramo do direito civil, com assento constitucional. Alguns autores postulam, inclusive, que o alcance da matéria é tão amplo, que a despeito de seu tratamento na Constituição, mereceria a criação de uma disciplina específica no campo do Direito.

Essa nova realidade já captada desordenadamente embora – pelas Ciências da Informação e da Comunicação, as Ciências do Direito – em especial, a Dogmática Jurídica – precisam traduzir, a começar pela visão unificada das diferentes modalidades de informações e das respectivas regulações jurídicas, visando à formulação futura de uma teoria geral do Direito à Informação, sintetiza Aluizio Ferreira sobre o assunto (1997, p. 148).

Também Grandinetti Carvalho reconhece o crescente interesse jurídico da informação com a sofisticação dos meios de comunicação. Para ele, “o progresso tecnológico transformou a informação em um bem jurídico capaz não só de satisfazer a necessidade do saber, como de influir decisivamente no seu uso” (1999, p. 18). Ainda para o autor, o estudo sistemático do direito de informação está incluso nas modernas tendênci-

as do Direito que tratam dos interesses difusos.

Tida como moderna no tocante ao reconhecimento dos direitos fundamentais do ser humano, a Constituição Brasileira (CF 1988) não destoaria no tocante ao direito à informação, tratado como fundamental, tanto no que se refere à liberdade de expressão quanto ao direito do cidadão de ser informado.

São vários os artigos relacionados ao tema, sendo que o principal deles e de maior repercussão para este trabalho é o inciso XIV, do art. 5º do Capítulo I do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais que assim reza: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. É necessário observar que apesar de o artigo falar em acesso, estão subentendidas e asseguradas as faculdades do cidadão de procurar e receber informações ao mesmo tempo em que garante a todos, também, a liberdade de expressão.

Os outros preceitos relacionados são os seguintes:

• Art. 5º, inciso XIV, Cap. I, Título II, que assenta no texto a liberdade de manifestação do pensamento;

• Art. 5º, inciso V, Cap. I, Título II, assegurando o direito de resposta.

Especificamente sobre a atividade de comunicação social, o texto dedica cinco artigos – 220 a 224 – em que descreve, entre outras, normas para a atividade jornalística e publicitária, a proibição da censura, a regulação dos meios de comunicação.

No plano da informação que deve ser prestada pelo Estado, vale citar o que prevê o *habeas data*, disposto no inciso LXXII, a e b do Cap. I, Título II; o inciso XXXIII, da mesma seção, definindo o direito do cidadão receber informações de seu interesse da parte dos órgãos públicos e ainda as regras que tratam do direito de petição (inciso XXIV, Cap. I, Tit. II) e o que descreve o princípio da publicidade dos atos públicos.

No plano internacional, o Brasil é signatário de todos os documentos assinados a partir da década de 50 e já citados neste texto.

4. O Senado e a Comunicação Institucional

Cerne da presente exposição, o título que se inicia visa situar a relação entre o Senado, como instituição, e a atividade de comunicação voltada para a informação do cidadão. Por meio de parâmetros teóricos e pragmáticos, é necessário descobrir se o exercício da comunicação institucional pode ser caracterizado como elemento de cumprimento do direito de informação.

O passo inicial é definir o que é comunicação institucional. Para Aluizio Ferreira (1997, p. 236), recebe essa expressão toda informação “cuja fonte ou proveniência seja uma entidade ou órgão estatal, ou um ente privado que realize atividade que tenha caráter público”.

Além da definição, o autor faz uma análise sobre a conveniência da existência deste tipo de serviço de comunicação. Sob seu ponto de vista, as mudanças sociais, econômicas e políticas que impulsionaram a formação dos modernos Estados democráticos de direito provocaram novas situações que devem ser encaradas como desafios. São elas: o esgotamento do modelo político-representativo baseado na distância entre representantes/representados; o amadurecimento da idéia de transparência e visibilidade e a exigência de um Estado comunicante e não apenas comunicador de seus atos (1997, p. 237)

Quanto a este último requisito, inclusive, o autor lembra que o Estado não precisa aguardar que o cidadão solicite informações, antes oferecendo-na antecipadamente a ele (cidadão). A atitude de comunicar, sustenta Aluizio Ferreira, atende também ao dever de publicidade dos atos dos públicos e, ainda, abre possibilidade para que os órgãos realizem divulgação de suas próprias atividades.

Decorrente deste pensamento, outro aspecto levantado por alguns teóricos diz respeito à hipótese que têm os veículos de informação institucional de “furarem” os monopólios e oligopólios privados de comunicação e seus respectivos vínculos comerciais. Sánchez Ferriz alerta para esse risco quando afirma que, “*indudablemente, la información, y por tanto el derecho a ella, puede peligrar con la comercialización de la misma...descuidando de la función social, formadora, inestructura, que hemos señalado a la actividad informativa*” (1974, p. 46). Grandinetti afirma consenso ao citar a necessidade de pluralismo das fontes de informação para que se evite o monopólio da opinião pública (1999, p. 138).

Segundo Desantes Guanter, a pluralidade das fontes de informação é condição para que o cidadão possa optar, por ele mesmo, por qual delas irá decidir-se. “*en el momento en que haya una sola información, o una sola opinión, o ideología, puede decirse que la facultad de recibir informaciones y opiniones no se facilita plenamente*” (1974, p. 80).

O que se deve tomar cuidado, e nesse aspecto concordam os teóricos, é para que o poder de informar de que dispõem os órgãos públicos não seja utilizado de maneira desvirtuada, ou nas palavras do próprio Guanter, “*el poder de informar se ejerce en muchos casos de un modo totalitário, monárquico u oligárquico*” (1974, p. 61).

Tal hipótese pode se concretizar, principalmente, quando os meios institucionais são utilizados como canais de propaganda política governamental. O registro desse tipo de ocorrência está esmiuçado nas análises sobre os períodos ditatoriais. Para citar um exemplo, no Brasil, o programa a Voz do Brasil, criado por Getúlio Vargas em 1938, com o nome de “A Hora do Brasil”, tinha claro esse propósito.

Os críticos desse tipo de apropriação da máquina pública para fins de auto-propaganda alegam, com razão, que ao contrário da finalidade para o qual foram criados – de fornecer informação ao público – esses

veículos acabam prestando um deserviço ao país. É muito provável que venham daí as restrições e desconfianças que a chamada grande imprensa e a própria sociedade demonstram com as assessorias de imprensa dos órgãos públicos.

Para Guanter, quando agem assim, essas instâncias acabam atuando como “membranas” que impedem que a fonte original seja diretamente investigada, “*forzando los datos, ocultando aquello que es ocultable, facilitando solamente aquella parte de la noticia o del comentario que le interesa*” (1974, p. 77).

Este é o mais iminente risco que correm os veículos oficiais de comunicação – o de servir aos propósitos de manutenção no poder de quem já o detém. É Bobbio quem provoca com a frase incisiva: “O poder tem uma irresistível tendência a esconder-se” (2000, p. 387). Para o escritor, ficar invisível àqueles que pretende dominar concede segurança para quem almeja manter-se no poder. Ele sustenta assim, a necessidade de o homem possuir instrumentos capazes de efetivar e proteger seus direitos, entre ele, o de ser informado.

As crescentes e constantes transformações por que vêm passando as sociedades impõem ações eficazes e rápidas para atender novas demandas. Essa premência, aliada à necessidade cada vez maior que tem o homem de conhecer os fatos de maneira verdadeira, objetiva, completa e imparcial – para poder decidir conscientemente – indica que todos os recursos, providos de lisura, no sentido de democratizar o acesso à informação, denotam validade.

Essa parece ser a razão pela qual Osvaldo Leon defende, como item integrador de uma nova agenda social em comunicação, “o resgate e o incentivo à criação de meios de comunicação públicos de caráter cidadão”, desde que estes se encontrem sob um modelo de controle da sociedade civil (2003, p. 411).

4.1 – A política e a notícia

Em interessante retrospectiva de Antonio Hohfeldt (2003, pp: 80-84) sobre as ori-

gens da comunicação nas civilizações, o autor observa que Roma (séc. I aC a I dC), ao lado da Grécia (V aC) figuram como culturas preocupadas com a integração do indivíduo na comunidade pela cultura e informação. O interesse pela manutenção do poder também era motivo relevante, ao que se sabe, para a atenção ao tema.

A imagem da Agorá ateniense, lembra Bobbio (2003, p. 387), é a primeira representação da democracia, pois em assembléia ao ar livre, os cidadãos se reuniam para ouvir os oradores e expressar sua opinião erguendo a mão. Segundo o autor, na mudança da democracia direta para a democracia representativa, “desaparece a praça, mas não a exigência de ‘visibilidade’ do poder” que passa a ser satisfeita de maneira diferente, com a publicidade das sessões do parlamento, com vistas à formação de uma opinião pública através por meio do exercício da liberdade de imprensa.

Certamente, foi com a visão desses mecanismos da política que o imperador romano Júlio César, no ano de 69 aC instituiu as chamadas *acta diurna*, informa Hohfeldt (2003, p. 82), obrigando o Senado a registrar em documento o teor de todos os debates que ocorriam nas sessões. Esses documentos, diz ele, são prenúncios da atual notícia jornalística, pois contêm os elementos de fidedignidade, periodicidade, atualidade e relato dos acontecimentos.

As *acta diurna* eram registradas em papiros e colocadas nos muros do Senado, para que a população tomasse conhecimento da política romana. Depois eram copiadas e redistribuídas para as demais regiões do Império. Esse seria, ao que parece, o modelo síntese daquele que foi denominado por Bobbio, como “poder em público”:

Expressão sintética para indicar todos aqueles expedientes institucionais que obrigam os governantes a tomarem as suas decisões às claras e permitem que os governados “vejam” como e onde os tomam (2003, p. 386).

Tudo indica que sim, pois dando um salto de quase dois mil anos na história, observa-se que, guardadas as devidas proporções, o modelo de distribuição institucional das notícias sobre a atividade política segue os mesmos objetivos.

4.2 – A estrutura de comunicação do Senado

Apesar de não estar documentada de maneira sistematizada, a história da atuação dos veículos de comunicação do Senado nunca deixou de acontecer. Mesmo que de maneira incipiente ou tímida, o Congresso sempre cuidou de registrar as ações da política e legislativas que aconteciam, ainda que sob o formato de atas.

Aparentemente, as atitudes nesta área anteriores ao processo de redemocratização do país, se não eram de impedimento do acesso do cidadão às informações, tampouco denotavam interesse particular pelo assunto, em uma atitude de maior passividade frente à necessidade.

Por coerência ou coincidência, a partir da promulgação da Constituição de 1988, novas ações, aí mais ativas, no sentido de democratizar a notícia legislativa foram tomadas. Uma delas foi a realização do primeiro concurso público para jornalistas da Casa, em 1989.

Os 38 novos funcionários já empossados prepararam um plano de reestruturação do sistema de comunicação do Senado, com o aval do então presidente, senador José Sarney. Assim, a partir de 1993, foram iniciadas as ações de remodelação daquela estrutura, visando o atendimento das novas demandas por informações sobre o Legislativo. Também era motivo de preocupação o escasso espaço, na mídia, destinado às atividades desse Poder.

O primeiro veículo a ser criado foi a Agência Senado, depois a Rádio, o Jornal e, finalmente a TV Senado. Todas ainda sob a forma de núcleos de produção. A Agência e a Rádio distribuíam material de divulgação para o agendamento dos demais veículos de comunicação e para a Radiobrás.

Com a aprovação da regulamentação definitiva da TV à Cabo, em 1995, e o incremento das redes de computadores, especialmente a Internet, os avanços na área foram acelerados. A reestruturação do sistema, transformando os núcleos em subsecretarias foi oficializada com a Resolução nº 9 de 1997.

Hoje, o complexo de comunicação funciona com a seguinte estrutura básica:

- *Agência Senado*: fornece material para veículos do interior por meio de listas de assinaturas e disponibiliza, na Internet, matérias e notas em tempo real de todas as atividades legislativas dos senadores;

- *Jornal do Senado*: em impressão colorida desde 2003, tem uma tiragem de 40 mil exemplares e é distribuído para todos os órgãos públicos das três instâncias de poder e para entidades da sociedade civil organizada.

- *Rádio Senado*: funciona desde 1997, fornecendo matérias por Ondas Curtas (OC) para as regiões Centro-Oeste, Norte e Nordeste. Em Frequência Modulada (FM) atinge um raio de até 150 quilômetros de Brasília e transmite notícias e programação cultural para 300 emissoras do país.

- *TV Senado*: Com tecnologia de transmissão digital, transmite sua programação via cabo ou via satélite (para quem possui antena parabólica). Segundo estimativas, do próprio veículo, atinge cerca de 12 milhões de pessoas.

- *Serviço de Relações Públicas*: coordena a Central 0800 – A Voz do Cidadão, criado em 1997 para atender sugestões, críticas e opiniões dos eleitores. Recebe cerca de 150 mil ligações anuais.

O Sistema de Comunicação do Senado é o mais moderno dos parlamentos da América do Sul e um dos melhores do mundo e tem o propósito de prover o Senado de um canal próprio de comunicação. Além das atividades comuns aos demais meios de comunicação, deve realizar uma cobertura completa das atividades da instituição, com o diferencial de ser obrigado a distribuir, de maneira equânime, o espaço noticioso a todos os 81 senadores, sem distinção quanto

ao estado que representam, região de origem ou filiação partidária.

5. A Agência Senado: um Estudo de Caso

Inserida na estrutura de comunicação do Senado, a Agência de Notícias foi escolhida para ilustrar esta análise por utilizar hoje, como seu principal ambiente de veiculação, a rede mundial de computadores, conhecida como Internet. A instantaneidade da transmissão, por sua vez, é o dado mais relevante no contexto da atuação deste veículo.

O funcionamento da Agência pode ser resumido pela cobertura por parte dos repórteres, dos eventos de cunho institucional que ocorrem no Senado, visto que os acontecimentos político-partidários não recebem cobertura desses veículos. Matérias com uma média de 30 linhas são redigidas e disponibilizadas na rede momentos após o evento. A linguagem deve ser direta e os repórteres também têm a incumbência de explicar os termos legislativos não comuns ao público.

Esse serviço também cuida de fazer o registro fotográfico e a produção de notas curtas (entre 5 e 10 linhas), chamadas de notas de tempo real. Esse serviço permite que a pessoa possa acompanhar votações, discursos, debates quase simultaneamente ao acontecimento. Ainda são realizadas matérias especiais sobre projetos em análise pela instituição. Todo o material diário da Agência é utilizado, após edição, para a elaboração do Jornal do Senado.

De acordo com o último relatório de atividades da Agência Senado, referente ao ano de 2003, foram produzidas e publicadas 8.175 matérias, 35.325 notas para a confecção de agendas e processadas 79.429 fotos no laboratório digital do próprio órgão, das quais 23.959 foram retrabalhadas e disponibilizadas na rede.

5.1 – A Agência Senado na Internet

Para essa etapa do levantamento, a busca que se operou visando à demonstração estatística do uso dos serviços prestados

pela Agência de Notícias por meio da Internet utilizou duas ferramentas de pesquisa: o portal de buscas *Google* e o programa *Webtrends* - que coleta indicadores das conexões na Internet, configurado para identificar tráfego específico nas páginas virtuais do Senado Federal.

Os dados do *Google* são relativos às páginas da Internet atualizadas até março de 2004. Já os dados do programa *Webtrends* são referentes ao primeiro semestre de 2001, até quando o programa foi utilizado pela instituição. Não integram a utilização dessas ferramentas os dados que apontam o número de acessos em 2002, obtidos no contador de acessos do próprio servidor do Senado.

Assim, em 2002, a página do Senado recebeu 6.673.149 acessos, enquanto a página da Agência recebeu 773.781 desse total. Em 2003, a Agência teve um total de 1.266.520 acessos, que mostra um crescimento de cerca de 80% nos números do ano anterior.

No *Google* os dados obtidos são os seguintes:

- Existe, apenas neste buscador, o registro de nove *sites* que mantêm *link*, ou ponteiro constante para a página da Agência Senado. São eles: Observatório da Imprensa, Maxpress, Embaixada do Peru no Brasil, Associação Brasileira de Municípios, Agência Brasil, a Contingência (site de notícias militares), Assembléia Legislativa do Estado do Acre, Jornal Correio Popular de Rondônia e Contas Municipais de Pernambuco;
- Foram localizados, no decorrer de um ano, 189 registros de citações da fonte “Agência Senado” em outros servidores da Internet. A título de comparação, foram constatados 439 registros para a Agência Folha e 1.274 para a Agência Estado, ambas empresas privadas. A observação neste dado diz respeito ao fato de que existem sites que utilizam as matérias, mas não dão crédito às fontes;
- Quatro agências de notícias de um total de dez pesquisadas mencionam como fonte da informação veiculada a Agência do

Senado. São elas: o Globo, o JB on line, a Radiobrás e a Agência de Notícias dos Direitos da Infância (Andi);

- De 21 partidos políticos com *site* disponível, três citam notícias com origem na Agência. São eles: o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) e o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB);

- De cinco grandes provedores de notícias da Internet, dois registram o uso da Agência Senado como fonte: o UOL e o Terra;

- No total, esse buscador encontrou 6.880 citações da Agência Senado, aí incluídas as visitas originadas no âmbito do próprio Senado.

No *Webtrends*:

Dentro do servidor de páginas virtuais do Senado Federal existe uma separação das páginas por pastas que, por sua vez, corresponde a um tipo específico de serviço. Durante o mês de junho/2001, as quatro pastas com maior número de acessos são as seguintes:

1 - www/web (a página principal do Senado); 2 - www/web/secs/defa/imagens (fotos produzidas pela Agência); 3 - www/bdtextual (pesquisa de legislação) e 4 - www/agencia (página da Agência). Este grupo contabiliza 68% do total de visitas, assim distribuídos: 26%, 20%, 16% e 6%, respectivamente, do volume de acessos (hits). Os outros 32% estão distribuídos nas 21 pastas restantes.

2 - Do total de 25 pastas de armazenamento (diretórios) de páginas virtuais, dez oferecem páginas de notícias da Agência Senado.

6 – A Mídia Eletrônica e a Democratização da Informação

Enquanto os teóricos das diferentes correntes da comunicação debatiam as potencialidades e limitações da comunicação como instrumento de democratização, o fenômeno das mídias digitais “atropelou” as análises, exigindo dos pensadores do tema

um esforço de visualização do cenário presente e futuro.

Antes de tentar apreender aspectos dessa nova realidade, na qual se insere o serviço da Agência Senado, este texto irá utilizar-se de resumo preparado pelo professor Venício Lima quanto aos principais estudos sobre o impacto da mídia eletrônica na sociedade (1996, pp. 200 e 201).

A síntese descreve que na década de 50, as atenções da área estavam voltadas para as questões profissionais da atividade jornalística e para as possibilidades da comunicação no campo do marketing. A referência teórica era o behaviorismo de origem norte-americana.

A problemática do desenvolvimento dos países e a participação da comunicação neste contexto passam a ser o foco das pesquisas da área na década de 60. A informação é estudada como instrumento de persuasão, não na linha do marketing, mas como “variável explicativa da modernização”.

Na década de 70, com as transmissões televisivas, o quadro de repressão política, a censura e a internacionalização da economia, os estudos da chamada Escola de Frankfurt, que apontam a mídia como mais um produto da indústria cultural, nortearam os debates do setor. Nessa época surgem também as ponderações da UNESCO sobre o fluxo da notícia. Segundo essas pesquisas, as relações de dominação econômica no eixo Norte-Sul se reproduziam no campo cultural e na comunicação.

Desse ponto em diante, entrando pela década de 90, o assunto tornou-se recorrente, às vezes sob o formato de discussões quanto às estruturas empresariais e, em outras situações, pela ótica da regulamentação dos serviços ou ainda sobre as políticas públicas de comunicação.

Segundo Antonio Hohlfeldt (2003, p. 96), com as novas conquistas tecnológicas, retornou-se, de certo modo, à condição da comunidade grega no campo da comunicação. “Tornamo-nos, uma vez mais, para usarmos a expressão de Marshall McLuhan, uma al-

deia global (1969)". Expressão sugerida para retratar situação em que os meios de comunicação ficariam tão completos e complexos, como a Internet, a ponto de reduzir ou anular as distâncias mundiais que separam os indivíduos.

Também com uma visão positiva, Grandinetti (1999, pp. 3 e 4) sugere que apesar dos riscos de isolamento que corre o homem pelo uso excessivo do computador, a Internet tem condições de contribuir decisivamente para a democratização da informação. "Pois a rede não é de ninguém; ninguém a tutela; ninguém a gerencia. Ela é um patrimônio da sociedade cosmopolita que permitirá ao cidadão participar, de seu computador, das decisões governamentais".

Ciberdemocracia e ciberespaço são duas outras expressões para denominar um panorama de elevada utilização da rede eletrônica e foram sugeridas por Pierre Lévy (2003, pp. 367 a 383). Para este autor, o nascimento da Internet, ao final do século passado, abriu possibilidades reais de inclusão dos indivíduos nos espaços de conhecimento e decisão. Ele vislumbra um cenário em que o eleitor não apenas terá condição de se expressar, mas também de acessar informações, em um quadro de transparência e universalidade das esferas públicas.

Para Dênis de Moraes (2003, pp. 210 e 211), o baixo custo e a rapidez da tecnologia digital favorecem a "difusão extensiva de informações e conhecimentos". Ele cita a vantagem da ausência de filtros ideológicos e de controles presentes na mídia convencional. Capacidade de disseminação de idéias contra-hegemônicas, pluralismo político-cultural e a conexão entre a TV e a Internet também são enumeradas, por Leonardo Trevisan (2001, p. 324), como potencialidades desse meio.

Manuel Castells (2003, p. 255), por sua vez, vai ainda mais longe. "A Internet é o tecido de nossas vidas neste momento... É um meio para tudo... É mais do que uma tecnologia. É um meio de comunicação, de interação e de organização social". Conforme

prevê, entre as mudanças carreadas pelo uso da rede estará a instituição de mecanismos de interatividade entre governantes e governador. Ele lista algumas previsões que dão conta de que entre 2005 e 2007, o planeta chegará a 2 bilhões de usuários da rede, no mínimo, o que representa um terço da população mundial.

6.1 – O desafio da exclusão digital

Uma outra linha de raciocínio também tem significativo número de defensores. Para este grupo não há porque a sociedade nutrir ilusões sobre os poderes da Internet como ferramenta apoteótica de democratização da informação. O motivo para a descrença é a chamada exclusão digital.

Dênis de Moraes (2003, p. 211) é um dos que, apesar de acreditar nas vantagens, alerta para a infoexclusão que "restringe o acesso dos países periféricos". O escritor observa também que o forte interesse das corporações sobre o ciberespaço da Internet ameaça as possibilidades democratizantes da rede, chamando a atenção para o fato de o mercado global de mídia pertencer a cerca de oito grandes conglomerados de comunicação (2001, pp. 14 a 19). De acordo com o autor, a única saída para se evitar que os gigantes dessa indústria dominem também esse cenário seria a implementação de instrumentos de fiscalização e de regulação da atividade.

Em advertência ainda mais contundente, Ladislau Dowbor (2001, p. 58) lembra que metade da população da terra ainda vive no campo, com um bilhão dos seis bilhões de habitantes analfabetos e apenas 15% dos habitantes do planeta controlando 80% do Pib mundial. "Bilhões de pessoas foram reduzidas a um nível de pobreza que torna a Internet e semelhantes uma piada", enfatiza Dowbor que não descarta, porém a idéia de que novas tecnologias, capazes de transmitir informação mais generalizada, possam atuar "como ferramenta poderosa para facilitar a reconversão social que se prepara".

Pesquisador da área, Murilo César Ramos (2000, pp. 91 a 193) adverte para as dificuldades de regulação das modernas práticas de comunicação, mas não retira delas, destacadamente da TV por assinatura e da Internet, as possibilidades que encerram, especialmente para barrar a ação dos oligopólios de comunicação. A seu ver, a formação das esferas públicas depende de dois fatores: a autonomia do cidadão gerada por mecanismos democráticos de base, e, o amparo dos instrumentos de comunicação e informação a essa autonomia.

A maneira como o governo brasileiro aplica o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust) é, para o pesquisador Aurélio Galvão, um demonstrativo do pouco interesse do Estado em investir em políticas de inserção da população nos cenários informatizados. Segundo ele, o fundo que foi criado para combater a exclusão digital, já recolheu mais de R\$ 2 bilhões nos últimos dois anos. O Fust, porém, adverte Aurélio, que arrecada 1% do faturamento bruto das empresas de telecomunicações, não está cumprindo a finalidade para o qual foi criado, pois cerca de 13 mil escolas públicas – que estão entre os beneficiários do fundo – ainda não possuem laboratórios de informática com acesso à Internet.

6.1.1 Dados da exclusão

Alguns dados quantitativos guardam relação com o levantamento porque delineiam o quadro de ação e inserção da Internet na sociedade. Eis os principais:

- De acordo com a Divisão de Estatística da Organização das Nações Unidas (ONU), o Brasil saltou de 4,66% de usuários da Internet em 2001 para 8,22% em 2002;

- Relatório do Centro de Pesquisas Sociais da Fundação Getúlio Vargas (FGV), elaborado em 2003, destaca dados colhidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que apontam 12,46% da população de 178 milhões de pessoas com computador em domicílio e, 8,31% com acesso à Internet;

- Conforme o Comitê Gestor da Internet no Brasil, o país ocupa a oitava posição mundial, a terceira das Américas e primeira da América do Sul em número de *hosts* (provedores de páginas na Internet) com 3.163.349 páginas;

- O relógio da inclusão digital, controlado pelo Comitê para Democratização da Informática (CDI) indicava em janeiro de 2004 que 30.890.852 brasileiros têm acesso à informática. Falta a inclusão de mais de 147 milhões;

- Também de acordo com o CDI, dos seis (6) mil municípios brasileiros, somente 800 possuem condições para acessar a Internet;

- Segundo dados divulgados em Genebra, no Fórum Econômico Mundial de 2003, o Brasil caiu de 29ª para 39ª posição no *ranking* dos países mais bem preparados para os benefícios da tecnologia.

7. O Direito Inquestionável

A comunicação é marca indelével das sociedades contemporâneas e não existe hipótese de a humanidade retroceder nesta prática. Apenas esta frase é suficiente para indicar o grau de responsabilidade que duas poderosas ferramentas dos Estados democráticos, o Direito e a Comunicação, têm no sentido de garantir o acesso à informação do cidadão e o livre exercício da comunicação.

A análise aqui desenvolvida provou que existem bases teóricas e legais, com destaque na ordem constitucional, suficientes para assegurar a legitimidade do direito à informação. O país não dispõe, no entanto, apesar do já elaborado sistema de comunicação que abriga, de mecanismos de garantia de efetivação desse direito.

Mesmo com a sofisticação das tecnologias, ainda é elevado o nível de pobreza e exclusão de significativa parte da população nesse novo cenário. Medidas que possibilitem o crescimento do número de fontes de informação e uma verdadeira predisposição do Estado em cumprir seu dever de fornecer informações de maneira transpa-

rente e dinâmica demonstram ser o caminho para a democratização do acesso do cidadão à informação.

Neste panorama, os serviços de comunicação do Senado cumprem a função de imprimir visibilidade às atividades do Legislativo, ao mesmo tempo em que participam deste esforço pela democratização da informação. Mesmo a Agência de Notícias, na medida das condições que dispõe, já que depende do uso da Internet para fazer chegar notícia ao cidadão, mostrou potencial de crescimento.

São recomendáveis o estudo mais aprofundado e o acompanhamento do alcance do serviço de comunicação do Senado, assim também como a criação de mecanismos de monitoração da atividade jornalística desta estrutura, talvez sob o formato de controle social ou de avaliação do próprio Conselho de Comunicação Social, que funciona no âmbito do órgão. Outro encaminhamento deve guiar-se para a elaboração de medidas legais capazes de elevar os números da inclusão digital, de maneira a que a informação legislativa chegue a um número crescente de cidadãos. Ainda, é apropriado o planejamento de outras ferramentas de interatividade, com base no setor de comunicação social, entre o cidadão e os parlamentares, visando ao esclarecimento das atividades do Senado.

8. Referências

- ABNT. Normas Técnicas *NBR 10520, NBR 6023, NBR 14724*. Rio de Janeiro. Ag./2002.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Teoria geral da política*. Michelangelo Bovero (Org.) Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 12ª ed. 2002.
- BRASIL. *Constituição da República Federal do Brasil*. Brasília: 1988.
- _____. *O Senado na história do Brasil*. Revista 2ª ed, Brasília: 1996.
- _____. 2003 um marco histórico. Revista Edição Esp. Brasília:2003.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti e Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.
- CASTELLS, Manuel. *Internet e sociedade em rede*. In: Por uma outra comunicação. Record. Rio de Janeiro. São Paulo: 2003.
- DAMASCENO, Alexandre. *Apostilas de elaboração de projeto de monografia*. Brasília, 2003.
- DINES, Alberto. *O papel do jornal*. São Paulo: Summus, 1986.
- DOWBOR, Ladislav; TREVISAN, Leonardo; MORAES, Denis de. *Desafios da Comunicação*. Vozes. Petrópolis: 2001.
- FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação/ direito à comunicação*. São Paulo: Celso Bastos Editor:Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FERRIZ, Remédios Sánchez. *El derecho a la información*. Valencia (Espanha): Valencia Cultural, 1974.
- GUANTER, José Maria Desantes. *La funcion de informar*. Pamplona (Espanha): Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1976.
- _____. *La información como derecho*. Madrid (Espanha). Editora Nacional, 1974.
- HOHLFELDT, Antonio. *As origens antigas: A comunicação e as civilizações*. In: teorias da comunicação. 3ª ed. Vozes. Petrópolis: 2003.
- _____. Hipóteses contemporâneas de pesquisa em comunicação. In: teorias da comunicação. 3ª ed. Vozes. Petrópolis: 2003.
- LEÓN, Osvaldo. *Para uma agenda social em comunicação*. In: Por uma outra comunicação. Record. Rio de Janeiro. São Paulo:2003.
- LÉVY, Pierre. *Pela ciberdemocracia*. In: Por uma outra comunicação. Record. Rio de Janeiro. São Paulo: 2003.
- LIMA, Venício A. de. *Pesquisa sobre a mídia eletrônica: velhas e novas questões*. In: Mídia e Democracia. V.III, nº 2, maio-agosto. Revista Comunicação & Política. Rio de Janeiro: 1996. pp 198-204.
- MORAES, Denis. *O capital da mídia na lógica da globalização*. In: Por uma outra comunicação. Record. Rio de Janeiro. São Paulo: 2003.

NÉRI, Marcelo Côrtes. (coord). *Mapa da Exclusão Digital*. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS: 2003. [143] p.

RAMOS, Murilo César. *Às margens da estrada do futuro*. Comunicações, políticas e tecnologia. Coleção FAC – Editorial Eletrônica. Brasília: 2000.

Endereços Eletrônicos:

<<http://www.senado.gov.br>>

<<http://www.google.com.br>>

<<http://www.cdi.org.br>>

<<http://www.aureliogalvao.jor.br>>

<<http://www.cg.org.br>>

<<http://www.um.org>>

<<http://www.danpnobre.jor.br>>

<<http://www.observatoriodaimrensa.org.br>>

A Comissão Parlamentar de Inquérito nas Constituições brasileiras

Carlos Homero Vieira Nina

Sumário

1. A Constituição do Império – 1824. 2. A Constituição da República de 1891. 3. A Constituição de 1934. 4. A Constituição de 1937 – O Estado Novo. 5. A liberal Constituição de 1946. 6. A Constituição do Brasil de 1967. 7. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969. 8. A Constituição Cidadã de 1988. 9. Conclusão.

O Poder Legislativo no Brasil, desarmado e de ingerência limitada sobre os recursos orçamentários, sempre foi rigoroso na fiscalização das atividades dos demais poderes e da aplicação correta dos recursos públicos. As primeiras comissões de investigação foram criadas no Congresso em 1823, antes mesmo da vigência da primeira Carta Constitucional.

Embora não previstas expressamente nas primeiras Constituições, as investigações parlamentares nunca foram proibidas. Os deputados e senadores fiscalizavam o funcionamento dos órgãos públicos sem regras preestabelecidas e tendo por base os procedimentos do Poder Judiciário e das polícias.

Os constituintes de 1934 previram, pela primeira vez no texto da Carta Magna, a figura das comissões parlamentares de inquérito. A partir daí, as CPIs ganharam *status* jurídico. Com exceção da Polaca, a Constituição de 1937 do Estado Novo, todas as outras Constituições brasileiras contemplaram o direito dos deputados e senadores de criarem comissões parlamentares de inquérito para investigar fato determinado.

Carlos Homero Vieira Nina é servidor do Senado Federal e advogado.

Na Carta de 1988, as CPIs foram equiparadas aos órgãos do Poder Judiciário, ganhando poderes similares aos de tribunais, entre eles o de quebrar sigilos bancários, telefônicos e fiscais e o de se deslocar a qualquer ponto do território nacional ou mesmo no exterior em diligências e investigações.

A fiscalização de autoridades e a investigação de fatos relevantes por comissões parlamentares evoluiu ao longo da história jurídico-constitucional do Brasil. Os poderes dessas comissões foram ampliados sucessivamente, na proporção em que a democracia se consolidou no Brasil e que o próprio Congresso se fortaleceu como poder de Estado.

1. A Constituição do Império – 1824

A Constituição de 1824 era omissa no que se refere às comissões parlamentares de inquérito, mas não as proibia. Tanto que algumas foram criadas, à época, com o nome de comissões auxiliares.

Relata Erival da Silva Oliveira (1999, p. 23), escudado no voto do Ministro Paulo Brossard, proferido no HC n. 71.039 – STF:

“sob a égide desta Constituição há notícia de que houve inquéritos parlamentares sobre questões comerciais, industriais, agrícolas, financeiras e outras. Entre outros casos, a comissão parlamentar nomeada em 24 de outubro de 1882 para instaurar inquérito sobre as condições do comércio, da nossa indústria fabril e do serviço das nossas alfândegas, que apresentou informações em 30 de agosto de 1883.”

2. A Constituição da República de 1891

A Constituição de 1891 não continha dispositivo sobre o inquérito parlamentar. Prevalia a interpretação de que o silêncio do texto constitucional não impedia que qualquer das Casas do Congresso realizasse investigações (SAMPAIO, 1964, p. 21). A falta de previsão do instituto da comissão parlamentar de inquérito, durante a Primeira

República (1891-1930), não impediu a investigação parlamentar como relata José Alfredo de Oliveira Baracho (2001, p. 104) quando diz que, “apesar da ausência de preceito constitucional, foram propostos na Câmara 19 (dezenove) inquéritos parlamentares”.

Das várias comissões que foram instituídas no período de vigência da Constituição de 1891, nenhuma delas, no dizer de Ovídio Rocha Barros Sandoval (2001, p. 24), “levou a termo a sua tarefa, pois ainda não tinham, os nossos parlamentares, plena consciência da função delas”.

Confirmando a inoperância da investigação parlamentar no período, Francisco Rodrigues da Silva (2000, p. 31), apoiado no dizer de Aguinaldo Costa Pereira (1948) em seu livro comissões parlamentares de inquérito, registra:

“Na Primeira República, as investigações do Congresso: por vezes esse recurso foi empregado, mas debilmente, nunca atingindo as mais altas autoridades; nem mesmo as autoridades menos poderosas; o Executivo estava inteiramente resguardado de qualquer inquérito compulsório por parte do Legislativo.”

Nota-se aqui a força do instituto da investigação parlamentar. Nem o silêncio constitucional sobre o tema, nem a falta de previsão legal impediram o Legislativo de realizar investigações. Ademais, sobre o fato de as altas autoridades não serem objeto da investigação, não é demais lembrar que a falta de previsão legal do instituto favorecia àqueles que se contrapunham.

3. A Constituição de 1934

Com a Constituição de 34, o instituto das comissões parlamentares de inquérito é elevado ao patamar constitucional¹.

Alguns aspectos referentes às CPIs devem ser mencionados. O primeiro é que, de acordo com esta Carta, apenas à Câmara dos Deputados era facultada a criação dessas

comissões, não havendo previsão de tal possibilidade para o Senado Federal. O segundo ponto, de acordo com Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2001, p. 34), é que “o perfil destas Comissões de inquérito inaugura tradição que será respeitada pelas demais Cartas Constitucionais, no que se refere à necessidade de fato determinado justificador da apuração e à necessidade de requerimento de um terço dos membros da casa congressual para a proposição da instauração das Comissões. Sua oportuna menção às regras processuais penais, como condutoras dos inquéritos, na medida de previsão regimental, não fez, porém, escola”.

Das seis propostas de CPIs apresentadas no período da Constituição de 34, apenas duas foram conclusas, segundo o levantamento de Aguinaldo Costa Pereira (1948, p. 177). Conforme Nelson de Souza Sampaio (1964, p. 24), “a curta vida da Constituição de 1934 não deu tempo para que nos habituássemos às comissões parlamentares de inquérito”.

Na visão de Uadi Lammêgo Bulos (2001, p. 180), “os parlamentares da época talvez não tenham conseguido apreender, em toda a sua plenitude, o valor do novo instrumento de vigilância e controle”. O certo é que o constituinte de 1934 tem o mérito de fazer ingressar no plano constitucional, de maneira expressa e taxativa, o instituto das comissões parlamentares de inquérito.

4. A Constituição de 1937 – o Estado Novo

A Carta de 1937, de cunho ditatorial, conhecida como “polaca”, também não previa a investigação parlamentar, embora não faltem exemplos de constituições autoritárias que abriguem esse instituto, como, entre outras, a “da URSS (art. 51), da Bulgária (art. 28), da Hungria (art. 17), da Romênia (art. 58) e da China Comunista (art. 35)” (2001, p. 182).

Observam Manoel Messias Peixinho e Ricardo Guanabara (2001, p. 40):

“A Carta de 1937 registra meramente uma presença formal dos três poderes, uma vez que há, de fato, uma hipertrofia do Poder Executivo e uma ausência, também de fato, do Legislativo, impedido de funcionar. No que se refere ao Judiciário, sua autonomia fora afrontada pela criação do Tribunal de Segurança Nacional, indicado para o julgamento de crimes contra a defesa do Estado.”

Vivia-se o “Estado Novo”, período histórico no qual Getúlio Vargas dominava autoritariamente o cenário político, tutelava os três poderes da República e não admitia interferência no Poder Executivo. Daí a ausência do instituto da comissão parlamentar de inquérito no texto constitucional.

5. A liberal Constituição de 1946

A Constituição liberal de 1946 reimplementa o instituto das comissões parlamentares de inquérito na ordem jurídica nacional, seguindo o modelo adotado pela Constituição de 1934. Nascida após o término da Segunda Guerra Mundial, essa Constituição reflete o clima democrático da época, que impunha um novo contexto político ao país. A derrota de Hitler e Mussolini criou em todo mundo, inclusive no Brasil, ambiente francamente favorável à ampliação das liberdades democráticas.

Dentro desse espírito, ocorreram inovações com o instituto das CPIs: enquanto a Carta de 34 reportava-se a “fatos determinados”, no plural, o texto de 46 usa a expressão no singular, “fato determinado”, e impõe, também, a exigência da proporcionalidade partidária, que fez inaugurar, no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da colegialidade.

Uadi Lammêgo Bulos (2001, p. 183) informa que esse princípio veio ser aperfeiçoado, mais tarde, pelo constituinte de 1967 e ensina:

“Pelo princípio da colegialidade, as comissões parlamentares de inquérito sujeitam-se às regras da delibera-

ção majoritária e da proporcionalidade partidária.

Deliberação majoritária no sentido de que uma CPI só poderá ser instaurada pela vontade da maioria de um terço, que se torna juridicamente relevante.

Proporcionalidade partidária na acepção de que o direito das minorias parlamentares numa CPI encontra-se plenamente assegurado pela representação proporcional dos partidos no Legislativo. Dessa forma, as minorias podem exercer a prerrogativa de requerer e ser ouvidas sobre diligências propostas ou efetuadas. Contribuem oferecendo soluções para os problemas ligados ao interesse público.”

Outra importante inovação do texto constitucional de 1946 é a autorização expressa para que o Senado Federal possa também instaurar CPIs².

Há que se destacar que, no período de vigência da Constituição de 1946, foi aprovada a Lei nº 1579, de 18 de março de 1952, “que foi a primeira lei da história jurídica federal brasileira a disciplinar as comissões parlamentares de inquérito” (OLIVEIRA, 1999, p. 30). Como consequência do restabelecimento da presença constitucional das comissões parlamentares de inquérito, tal instituto teve presença marcante na nossa história política, no período de império da Carta de 46.

Estudo elaborado por Peixinho e Guanabara (2001, p. 44) mostra que 253 (duzentas e cinquenta e três) comissões parlamentares de inquérito foram criadas, sendo 240 (duzentos e quarenta) pela Câmara dos Deputados e 13 (treze) pelo Senado Federal.

6. A Constituição do Brasil de 1967

Não obstante a supremacia do Poder Executivo, como consequência do regime militar implantado em 1964, a edição de novo

texto constitucional não reflete o quadro vivido no período, quando, além de inúmeras cassações de mandatos parlamentares, se deu o fechamento temporário do próprio Congresso Nacional.

A Constituição de 1967 traz de volta a hipertrofia do Poder Executivo. Mas, apesar de seu conteúdo centralizador, formalmente não suprime os poderes da Câmara e do Senado para criar comissões parlamentares de inquérito, cuja previsão constava do artigo 39 do texto³.

A Carta de 67 não apenas confirma as CPIs como admite, pela primeira vez na história política do país, a possibilidade de se instalarem comissões mistas de inquérito, compostas por Senadores e Deputados Federais. Outra inovação no mesmo texto é a fixação de prazo certo para a investigação parlamentar.

Erival da Silva Oliveira (1999, p. 32) esclarece sobre as novidades inseridas no texto constitucional:

“A possibilidade das comissões parlamentares de inquérito serem compostas por Senadores e Deputados Federais, em conjunto, também conhecidas por comissões mistas de investigação, era uma das aspirações políticas da época.

No que diz respeito ao ‘prazo certo’, os Constituintes confirmaram a natureza temporária das comissões parlamentares de inquérito, inclusive, perfilando-se ao previsto no § 2º do artigo 5º da Lei nº 1579/52, que prevê o término da comissão com a sessão legislativa em que tiver sido outorgada, salvo deliberação da respectiva Câmara, que poderá prorrogá-la dentro da legislatura em curso.”

Bem ao contrário, o novo texto, apesar de centralizar poderes no Executivo, formalmente não suprime a prerrogativa congressional de criar comissões de inquérito, regulamentando, inclusive, as comissões mistas, bem como a natureza temporária do instituto.

7. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969

Após o afastamento do presidente Costa e Silva, sob a vigência do Ato Institucional número 5, o Poder Executivo foi tomado pelos três ministros militares. A chamada junta de governo fechou o Congresso Nacional e promoveu uma reforma constitucional, de inspiração revolucionária, impondo ao País a Emenda Constitucional nº 1/69, considerada como a “Constituição da República Federativa do Brasil de 1969”. Ampla e detalhista, a emenda foi na verdade uma Constituição e não uma emenda” (OLIVEIRA, 1999, p. 32). Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2001, p. 35) concorda com tal conceito, ao explicar que “a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, na verdade, uma nova Constituição, tamanhas a sua abrangência a as alterações procedidas no texto emendado...”.

No que se refere ao instituto das comissões parlamentares de inquérito, ela repete, no seu artigo 37, os preceitos da Constituição de 1967. Inova, ao dificultar o comparecimento de Ministros de Estado à Câmara e ao Senado e, também, ao limitar o número de CPIs simultâneas ao máximo de cinco⁴.

Ao registrar as limitações impostas pelo texto da Emenda Constitucional nº 1/69, Erival da Silva Oliveira (1999, p. 33) diz que:

“Pela sua simples leitura percebe-se o aumento da dificuldade para convocar um Ministro de Estado (auxiliar do Poder Executivo), só sendo possível com a deliberação da maioria da Casa Legislativa solicitante, o que antes não era necessário.

A Constituição de 1969, à época denominada de Emenda Constitucional nº 1, impôs outras limitações às investigações parlamentares quanto ao número de comissões de inquérito e os seus deslocamentos.”

Embora autorizadas pelo texto constitucional em vigor, nenhuma CPI foi criada nos

chamados anos de chumbo. Não havia clima propício para tal. Deputados e senadores tinham sua atuação tolhida pela hipertrofia do Poder Executivo. O Congresso ficou fechado durante meses. Dezenas de mandatos parlamentares foram cassados, a imprensa estava sob censura e as garantias constitucionais, suspensas. Nesse tempo, não ocorreu a criação de nenhuma comissão parlamentar de inquérito, como informa Rodrigues da Silva (2000, p. 51):

“[...] seguindo a tradição anterior, também não há notícia de criação de Comissão Parlamentar de Inquérito sobre fato determinado, sequer requerimento formulado por partidos políticos, embora, no último período, já existisse uma tendência social para a instalação de um regime semi-democrático, que efetivamente se instalou logo depois.”

A partir de 1974, o regime militar começa a dar os primeiros sinais de abertura política. A oposição elege 17 senadores e toma posse o general Ernesto Geisel, considerado um dos mais democratas do Exército, na Presidência da República. O Congresso se renova com o fortalecimento dos políticos e da atividade parlamentar. Em 78, é extinto o AI 5 e são restabelecidos o *habeas corpus* e as liberdades individuais.

Esses novos ares permitem a retomada das CPIs e pelo menos duas Comissões Parlamentares de Inquérito são instaladas, com a concordância do governo: a CPI das multinacionais e a CPI do Acordo Nuclear Brasil-Alemanha.

Peixinho e Guanabara (2001, p. 47-48) registram o que ocorreu no período:

“Entre 1969 e 1973, nenhuma comissão parlamentar de inquérito foi criada no Senado e apenas uma foi criada na Câmara. Após 1974, o ritmo de criação de investigações parlamentares foi retomado, sem, no entanto, jamais alcançar o ritmo e a intensidade do período de 1946 a 1967.”

8. A Constituição Cidadã de 1988

Com o fim do regime militar, 21 (vinte e um) anos após o golpe de 1964, tem-se a posse de um governo civil, com a sociedade clamando por uma nova ordem constitucional, adequada aos novos tempos de liberdade democrática. É convocada, então, a Assembléia Nacional Constituinte que irá escrever a Carta Constitucional de 1988.

O tratamento conferido pela Constituição de 1988 ao dispositivo das comissões parlamentares de inquérito fortalece a atividade de fiscalização do Poder Legislativo, já que foi extraordinária a alteração introduzida no seu disciplinamento constitucional.

Uadi Lammêgo Bulos (2001, p. 190), ao constatar o fortalecimento do dispositivo, assim se pronuncia:

“Sem sombra de dúvida a disciplina ampla do instituto aumentou a sua difusão entre nós, o que é positivo num primeiro momento, embora venha causando problemas na prática.

Agora as CPIs têm poderes instrutórios, e os seus relatórios, para produzir efeitos, não mais dependem da apreciação prévia do plenário das Casas ou do Congresso Nacional, como era outrora.

O Diploma Político de 1988, portanto, prestigiou as comissões parlamentares de inquérito, concebendo-as como formidáveis instrumentos de controle do Poder Executivo.”

A mais recente Lei Fundamental inovou dando poderes de investigação próprios das autoridades judiciais às comissões congressuais de inquérito, que não eram contemplados nos textos anteriores. “Esta inovação”, no dizer de Erival da Silva Oliveira (1999, p. 37), “ocasiona até o presente uma série de dúvidas jurídicas que serão dirimidas por decisões judiciais”. Ao discorrer sobre o novo texto constitucional, especificamente sobre o artigo 58⁵, que trata das comissões parlamentares de inquérito, Luiz

Carlos dos Santos Gonçalves (2001, p. 35) ensina as alterações ocorridas com o instituto:

“As inovações trazidas pelo artigo mencionado da Carta de 1988 referem-se à definição dos poderes de investigação das Comissões e a necessidade de encaminhamento das conclusões alcançadas no inquérito para o Ministério Público, ‘se o caso’. Reproduziu-se a possibilidade de instauração das Comissões a partir do requerimento de um terço dos membros de cada Casa Congressual, a exigência de apuração de fato determinado e por prazo certo. Deixaram de ter sede constitucional a vedação de funcionamento de mais do que cinco Comissões concomitantemente, ‘salvo deliberação da maioria’ e a de custeio de viagens acaso realizadas pelos parlamentares dentro das atividades do inquérito.”

Sob a égide da Constituição de 1988, pode-se destacar a criação de importantes comissões parlamentares de inquérito que, na ótica de Erival da Silva Oliveira (1999, p. 36), seriam as seguintes:

– Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do PC Farias (1992) para apurar fatos contidos nas denúncias do senhor Pedro Collor de Mello referentes às atividades do senhor Paulo César Cavalcante Farias, ou seja, a ligação de uma rede de corrupção dentro do governo com Presidente da República Fernando Collor de Mello, que resultou no seu *impeachment*;

– Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Orçamento (1993) para investigar desvio de verba do Orçamento da União, que resultou na cassação de seis parlamentares e na renúncia de outros quatro;

– Comissão Parlamentar de Inquérito dos Precatórios do Senado Federal (1997) para investigar prefeitos e governadores acusados de causar prejuízos aos governos em operações com

títulos da dívida pública, na qual ninguém foi punido.

– Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Financeiro (CPI dos Bancos) do Senado Federal (1999) para investigar operações de socorro ao sistema privado com recursos públicos, que solicitou ao Ministério Público Federal que iniciasse investigações contra o Banco Central pelas operações de socorro ao sistema privado dentro do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, bem como pela compra de contratos futuros de dólar por dois bancos privados;

– Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico da Câmara dos Deputados (1999) para investigar o crime organizado ligado ao tráfico ilícito de entorpecentes, que viabilizou a cassação e prisão de um deputado federal, dois deputados estaduais, bem como a prisão de vários policiais, um advogado, entre outros.”

Desses exemplos, verifica-se ser o poder de fiscalização um dos mais expressivos instrumentos do Legislativo. Reforçado e ampliado pela Carta de 88, deu aos deputados e senadores meios e informações para investigar, processar e até mesmo levar ao impedimento de um Presidente da República.

Por meio da função fiscalizadora ou de controle, o Poder Legislativo exerce a defesa do interesse coletivo e responde aos clamores da opinião pública. Na visão do professor Josaphat Marinho (1954, p. 99), quando o Parlamento utiliza-se dessa “forma de ação, visando, geralmente, à análise de fatos determinados, concorre mais do que o trabalho legislativo ordinário para a conquista do respeito popular”.

9. Conclusão

O Brasil, ao longo de sua história, alterou momentos de abertura política e de fe-

chamento institucional. Os grupos que se fortaleceram em cada um desses momentos cuidaram de adaptar o texto da Constituição ao regime então vigente. Ao analisar os diversos textos constitucionais que vigoraram desde a Independência, é impossível não constatar que há um paralelo entre a democracia e as comissões parlamentares de inquérito.

Expressões maiores da independência e da autonomia do Poder Legislativo, as CPIs em geral sempre foram requeridas e instaladas a partir de iniciativas dos partidos de oposição. São instrumentos das minorias, que só funcionaram quando as forças majoritárias agiram de maneira democrática e aceitaram se submeter à investigação.

As forças políticas dominantes durante a elaboração da Carta de 88 tiveram visão democrática e grandeza, dotando as comissões parlamentares de inquérito de poderes até então exclusivos das autoridades judiciais. O bom trabalho realizado por algumas dessas comissões, em especial as do esquema Collor-PC e do orçamento, mobilizaram o País e tornaram o parágrafo 3º do artigo 58 da Constituição Federal verdadeira cláusula pétrea.

No Brasil atual, será vista como antedemocrática e repelida com absoluto rigor pela sociedade qualquer iniciativa de Governo ou de grupo político no sentido de restringir os poderes investigativos ou de inviabilizar e tentar obstruir a instalação de comissões parlamentares de inquérito.

Notas

¹ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934 Art. 36. A Câmara dos Deputados criará comissões de inquerito sobre factos determinados, sempre que o requerer a terça parte, pelo menos, dos seus membros.

Paragapho unico. Applicam-se a taes inqueritos as normas de processo penal indicadas no Regimento Interno.

² Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946

Art. 53. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal criarão comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço de seus membros.

Parágrafo único. Na organização dessas comissões se observará o critério estabelecido no parágrafo único do art. 40.

³ Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967

Art. 39. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, criarão comissões de inquérito sobre fato determinado e por prazo certo, mediante requerimento de um terço dos seus membros.

⁴ Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, à Constituição do Brasil de 1967

Art. 30. (...)

e) não será criada comissão parlamentar de inquérito enquanto estiverem funcionando concomitantemente pelo menos cinco, salvo deliberação por parte da maioria da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

(...)

Art. 38. Os Ministros de Estado serão obrigados a comparecer perante a Câmara dos Deputados, o Senado Federal ou qualquer de suas comissões quando uma ou outra Câmara, por deliberação da maioria, os convocar para prestarem, pessoalmente, informações acerca de assunto previamente determinado.

⁵ Constituição Federal 1988

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

(...)

§ 3^o As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Minis-

tério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Bibliografia

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das comissões parlamentares*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Comissão parlamentar de inquérito: técnica e prática*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)*. São Paulo: Acadêmica, 1935.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1970.

_____. *Constituição do Brasil (1967)*. Brasília: Senado Federal, 1986.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões parlamentares de inquérito: poderes de investigação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MARINHO, Josaphat. *Comissões parlamentares de inquérito*. *Forense*, Rio de Janeiro, v. 151, jan./fev. 1954.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Comissão parlamentar de inquérito*. São Paulo: Ícone, 1999.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUANABARA, Ricardo. *Comissões parlamentares de inquérito: princípios, poderes e limites*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

PEREIRA, Aguinaldo Costa. *Comissões parlamentares de inquérito*. Rio de Janeiro: Asa, 1948.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *Do inquérito parlamentar*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1964.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. *CPI ao pé da letra*. Campinas: Millennium, 2001.

SILVA, Francisco Rodrigues da. *CPIs federais, estaduais e municipais: poderes e limitações*. Recife: Ed. do autor, 2000.