

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Outubro-Dezembro/2005 – Ano 42 – Nº 168



Ruben Zevallos, "Grande interior baiano", 1973. Acervo do Senado Federal.

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília • ano 42 • nº 168
Outubro/dezembro – 2005

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade
Presidente do Senado Federal – 1961-1967
Isaac Brown
Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967
Leyla Castello Branco Rangel
Diretora – 1964-1988

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

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

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3311-3575, -3576 e -3579

Fax: (61) 3311-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva e Cláudia Moema de Medeiros Lemos

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Raquel Pimentel dos Santos e

Francisco Rafael Amorim dos Santos

REVISÃO DE PROVAS: Leila Rodrigues Mariano e Cláudia Pantuzzo

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Ana Maria da Silva Peixoto e

Francisco Donato González Fernandes

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)

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 42 · nº 168 · outubro/dezembro · 2005

- José Levi Mello do Amaral Júnior O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos Paramentos na democracia contemporânea 7
- José Carlos Buzanello Em torno da Constituição do direito de resistência 19
- Andréa Cristina de Jesus Oliveira Breve histórico sobre o desenvolvimento do *lobbying* no Brasil 29
- Christian Edward Cyril Lynch A idéia de um Conselho de Estado brasileiro: uma abordagem histórico-constitucional 45
- Andreo Aleksandro Nobre Marques Do controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais 65
- Luiz Carlos Falconi e José Nicolau Heck A depredação das áreas de preservação permanente e de reserva legal florestal do bioma Cerrado como causa de desapropriação da propriedade rural por interesse social 75
- Bruno Miragem O artigo 1.228 do Código Civil e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente 101
- Leandro Martins Zanitelli Acesso à Universidade, cotas para negros e o projeto de lei nº 3.627/2004 121
- João Batista Marques A obrigatoriedade da denúncia da lide nas demandas resultantes da responsabilização patrimonial extracontratual do Estado por danos causados a terceiros 137
- Flaviane de Magalhães Barros Pellegrini; Marius Fernando Cunha de Carvalho; Natália Chernicharo Guimarães O consenso compreendido a partir do paradigma do Estado democrático de Direito: uma crítica ao conceito de Justiça Consensual 147
- Pedro Braga A sociedade de risco e o Direito Penal 155
- Paulo José Leite Farias Ordem urbanística e a prevenção da criminalidade 167
- Paulo Tadeu Rodrigues Rosa Aplicação da Lei Federal dos Juizados Especiais Criminais na Justiça Militar Estadual e Federal 185
- Leonardo Mattietto A renovação do direito de propriedade 189
- Eduardo Tomasevicius Filho A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação 197
- Amandino Teixeira Nunes Junior A teoria rawlsiana da justiça 215

| | | |
|------------------------------------------|---------------------------------------------------|-----|
| Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt | A jangada de pedra: os caminhos da auditoria | 227 |
| Marcelo Henrique Pereira | Como fiscalizar as PPPs | 255 |
| Iduna E. Weinert | Direitos genéticos como direitos da personalidade | 263 |

Resenha Legislativa

(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)

| | | |
|-------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Rafael Silveira e Silva | O poder público e os fundos de pensão: razões e fundamentos para um projeto de agência regulatória | 279 |
|-------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

O Poder Legislativo na democracia contemporânea

A função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea

José Levi Mello do Amaral Júnior

Sumário

Introdução. 1. Democracia antiga. 2. Evolução dos Parlamentos e função de controle. 3. Vontade geral e controle popular direto. 4. Mídia e função de controle. 5. Função de controle do Congresso Nacional. 5.1. Sustação de atos normativos do Poder Executivo. 5.2. Convocação de ministros e pedido de informações. 5.3. Tribunal de Contas da União. 5.4. Comissões parlamentares de inquérito. 5.5. Orçamento e conversão em lei de medida provisória. 5.6. *Impeachment*. Conclusão.

Introdução

A presente exposição pretende destacar uma das mais antigas e marcantes funções dos Parlamentos em geral e do Congresso Nacional brasileiro em particular: a de *controle político*, isto é, quando o Parlamento serve “(...) de canal de comunicação entre os detentores do poder político e os governados e de orientação política do governo”. (CAGGIANO, 2004, p. 30). Nesse contexto, “(...) o Parlamento assume o papel de fiscal, de vigilante sobre a atividade governamental”. (CAGGIANO, 2004, p. 30).

A função em causa não é nova. Surgiu no século XI, ainda nos primórdios dos Parlamentos modernos. Passa, hoje, por um evidente revigorecimento.

Não se pretende, com isso, desmerecer funções outras dos Parlamentos, como, por exemplo, a legislativa. De toda sorte, não obstante a crescente participação dos gover-

José Levi Mello do Amaral Júnior é Doutor em Direito do Estado pela USP, Procurador da Fazenda Nacional, Professor do Mestrado em Direito do UniCEUB/DF e Assessor da Liderança do PSDB na Câmara dos Deputados.

nos na produção legislativa, a função de controle político dos Parlamentos a esses garante efetiva participação na condução política do governo. É possível que o fortalecimento da função de controle político seja, justamente, uma reação à crescente importância dos atos de governo (COTA, 2000, p. 885-886), aí incluídos os de natureza legislativa.

1. Democracia antiga

Os gregos antigos conceberam um regime de governo exercido diretamente pelos cidadãos da *polis*. Em discurso proferido em 431 a.C., primeiro ano da Guerra do Peloponense, Péricles registrou que o nome desse regime, “(...) como tudo depende não de poucos, mas da maioria, é democracia”.

Desde então, a História registra processos sociais que têm redefinido continuamente o significado de democracia. Ao longo do tempo, a democracia passa por ciclos ou por “ondas”, para usar a expressão de John Markoff (1996, p. 18). Durante cada “onda”, discute-se o verdadeiro significado de democracia.

Após a democracia grega e a república romana (eram bastante similares, tanto que carece de base histórica a distinção feita por James Madison, no Federalista nº 10 – a democracia seria direta e a república representativa – porque Roma não chegou a adaptar as suas instituições à expansão de seus domínios) (DAHL, 2001, p. 26-27), o governo democrático quase que desapareceu (DAHL, 2001, p. 25-26). Há, no entanto, registros de participação popular em governos locais. Por exemplo, as assembleias de *vikings* livres guardavam a idéia de igualdade, como demonstra a resposta dada por alguns deles quando perguntados: “Qual é o nome de vosso senhor? Nenhum. Somos todos iguais”. (DAHL, 2001, p. 29).

2. Evolução dos Parlamentos e função de controle

A democracia parlamentar começa a tomar forma na Idade Média. Evolui por meio

da adoção de mecanismos de limitação e de controle político do poder real. Os Parlamentos surgem para limitar e controlar o poder do rei.

Em 1215, João Sem Terra foi obrigado a outorgar a *Magna Carta Libertatum* aos seus barões, documento que afirmava que, se o rei desejasse tributos excedentes aos pactuados, deveria obter o consentimento do *Magnam Concilium*, formado pelos altos feudatários laicos e eclesiásticos. Também eram convidados representantes dos condados e das cidades para assegurar que os tributos aprovados pela assembleia seriam efetivamente suportados por todos os cidadãos livres. Em 1265, um poderoso feudatário, Simon de Monfort, reuniu o Parlamento contra a vontade do rei Henrique III e convocou, também, dois cavaleiros de cada condado e dois burgueses de cada cidade (em razão do que é chamado “pai da Câmara dos Comuns”). O rei Eduardo I, em 1295, consolidou o procedimento, utilizando convocações diretas para os nobres e clérigos e convocações por meio de representantes para o terceiro estado (“Parlamento modelo”). Nas primeiras décadas do século XIV, começou a tomar forma o bicameralismo no Parlamento inglês. Foi somente a partir do século XV que começou a se configurar a competência legislativa do Parlamento inglês (RUFFIÀ, 2000, p. 193-194). Com as revoluções liberais, a função legislativa foi, aí, sim, arrebatada dos reis pelos Parlamentos.

Característica fundamental da democracia parlamentar é que dela tomam parte representantes dos “comuns”, mas não o povo diretamente. A esse propósito, é eloqüente a lição de Montesquieu (1995, p. 120):

“Já que, num Estado livre, todo homem que supõe ter uma alma livre deve governar a si próprio, é necessário que o povo, no seu conjunto, possua o poder legislativo. Mas como isso é impossível nos grandes Estados, e sendo sujeito a muitos inconvenien-

tes nos pequenos, é preciso que o povo, por intermédio de seus representantes, faça tudo o que não pode fazer por si mesmo.”

Logo adiante Montesquieu (1995, p. 120) arremata:

“A grande vantagem dos representantes é que são capazes de discutir os negócios públicos. O povo não é, de modo algum, capaz disso, fato que constitui um dos graves inconvenientes da democracia.”

É interessante destacar a desconfiança que Montesquieu nutria em relação à democracia direta: o povo não seria capaz de discutir os negócios públicos, o que “constitui um dos graves inconvenientes da democracia”, desconfiança essa que é comum à maioria dos liberais clássicos.

Além de não recomendar a deliberação popular direta, Montesquieu (1995, p. 121) apregoava a escolha dos representantes por meio do voto censitário:

“Todos os cidadãos, nos diversos distritos, devem ter direito a dar seu voto para escolher o representante, exceto os que estão em tal estado de baixa que são considerados sem vontade própria.”

Foi somente nos séculos XIX e XX, com a universalização do voto, que a democracia moderna recuperou elemento essencial ao espírito e ao conceito da democracia antiga, qual seja, o direito de voto sem distinção de classe e patrimônio. (BOVERO, 2002, p. 30).

Voltando ao século XVIII: Montesquieu (1995, p. 121) reconhece a função legislativa do Parlamento, mas também destaca a sua tarefa de controle:

“O corpo representante também não deve ser escolhido para tomar qualquer resolução ativa, coisa que não executaria bem, mas, sim, para fazer leis ou para ver se as que fez são bem executadas, coisa que pode realizar muito bem, e que ninguém pode fazer melhor do que ele.”

3. *Vontade geral e controle popular direto*

Foi exposto, há pouco, que a maioria dos liberais clássicos desconfiava da democracia. Entre os liberais clássicos entusiastas da democracia estava Jean-Jacques Rousseau.

Rousseau (2003, p. 20) afirma – em conhecida passagem – que “o homem nasceu livre e por toda parte ele está agrilhado. Aquele que se crê senhor dos outros não deixa de ser mais escravo que eles”. Então pergunta: “Como se deu essa mudança? Ignoro-o. O que pode legitimá-la? Creio que pode resolver esta questão”.

Rousseau (2003, p. 47) resolve a questão pela subordinação do homem à lei, lei essa que ele compreende como derivada da “vontade geral”.

Rousseau (2003, p. 37-38) explica o que entende por vontade geral diferindo-a da vontade de todos: essa se refere ao interesse privado; aquela ao interesse comum:

“Se, quando o povo suficientemente informado delibera, os cidadãos não tivessem nenhuma comunicação entre si, do grande número de pequenas diferenças haveria de resultar sempre a vontade geral, e a deliberação seria sempre boa. Mas, quando se estabelecem facções, associações parciais a expensas da grande, a vontade de cada uma dessas associações se faz geral em relação aos seus membros, e particular em relação ao Estado; pode-se, então, dizer que já não há tantos votantes quantos são os homens, mas apenas tantas quantas são as associações. As diferenças tornam-se menos numerosas e dão um resultado menos geral. E, por fim, quando uma dessas associações é tão grande que sobrepuja todas as demais, já não se tem por resultado uma soma de pequenas diferenças, senão uma diferença única; então, já não há vontade geral, e a opinião vencedora não passa de uma opinião particular.”

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 48) explica o que Rousseau quer dizer: a vontade geral “só se manifesta se os homens deliberarem sem comunicação entre si, com suficiente informação, ou, como se poderia dizer em termos modernos, sem a influência dos partidos ou dos grupos de interesse”.

Vale destacar um exemplo curioso: é provável que Rousseau não considerasse democrática a deliberação – em referendo – dos franceses sobre o Tratado que estabelece (ou que estabelecerá?) uma Constituição para a União Européia. Ao que consta, o eleitorado francês não deliberou desinteressadamente. Votou “não” ao Tratado como forma de protesto contra o governo francês do dia (com o que a União Européia não tem – ou pouco tem – parte), ou para evitar a perda, atual ou futura, de postos de trabalho para os novos membros da União Européia (com isso a União Européia tem, sim, parte, mas, ora, trata-se de uma razão de votar evidentemente interessada...).

A concepção de Rousseau encanta. A sua dificuldade é que requer democracia direta. Ora, aí se impõe a crítica de Montesquieu (1995, p. 120): é impossível que o próprio povo, no seu conjunto, possua o poder legislativo nos grandes Estados. Mas há, nela, elementos que se mantêm atuais e que são essenciais ao efetivo controle político. Cabe destacar, aqui, um: o povo deve deliberar “suficientemente informado”.

A deliberação popular direta pode, com alguma facilidade, sofrer manipulações e, no limite, corromper-se em violência de rua.

Hans Kelsen (1993, p. 107) menciona como símbolo – ainda que trágico – da democracia o episódio da vida de Jesus em que um plebiscito volta-se contra Ele, o Filho de Deus, e opta por Barrabás, um ladrão.

Por outro lado, Gustavo Zagrebelsky (1995, p. 118-119) mostra que a multidão que gritava “crucifica-o!” era exatamente o contrário do que pressupõe uma democracia fundada na razão, no diálogo e no entendi-

mento: “tinha pressa, era homogênea, mas totalitária, não tinha nem instituições, nem procedimentos, era instável, emotiva e, portanto, extremista e manipulável...”

Ora, vale lembrar, o próprio Kelsen (1993, p. 78) defendia a democracia parlamentar (com voto universal), entre outros motivos, justamente para evitar o enfrentamento de classes nas ruas, ao seu tempo apregoadado pelos adeptos do marxismo:

“(...) a democracia é o ponto de equilíbrio para o qual sempre deverá voltar o pêndulo político, que oscila para a direita e para a esquerda. E se, como sustenta a crítica feroz que o marxismo faz à democracia burguesa, o elemento decisivo é representado pelas relações reais das forças sociais, então a forma democrática parlamentar, com seu princípio majoritário-minoritário que constitui uma divisão essencial em dois campos, será a expressão ‘verdadeira’ da sociedade hoje dividida em duas classes essenciais. E, se há uma forma política que ofereça a possibilidade de resolver pacificamente esse conflito de classes, deplorável mas inegável, sem levá-lo a uma catástrofe pela via cruenta da revolução, essa forma só pode ser a da democracia parlamentar, cuja ideologia é, sim, a liberdade não alcançável na realidade social, mas cuja realidade é a paz.”

O grande drama da democracia direta – além do problema quantitativo havido nos grandes Estados – é, portanto, fazer com que o povo delibere “suficientemente informado”, o que é essencial ao modelo de Rousseau e sem o que não há vontade geral. Por outro lado, em um modelo de democracia representativa, um povo suficientemente informado também é essencial para que existam canais sociais efetivos de controle do poder. Na medida em que tais canais sociais de controle são efetivos, maior é a chance de o controle político do Parlamento também ser efetivo.

4. Mídia e função de controle

Elemento essencial à efetividade dos canais sociais de controle do poder é a mídia.

A liberdade de expressão é inerente à democracia, não só enquanto direito de ser ouvido, mas, também, enquanto direito de ouvir o que os outros têm a dizer. Somente assim é possível adquirir uma “compreensão esclarecida” sobre os negócios públicos para, a seguir, sobre eles opinar e influir. (DAHL, 2001, p. 110).

Os meios de comunicação contribuem para com a informação do cidadão e, em consequência, para com o processo democrático, difundindo opiniões.

Ainda assim, algumas advertências devem ser feitas em benefício da própria democracia.

Primeiro. Há o risco de formação de “fábricas midiáticas de consenso”, isto é, um poder concentrado econômico e ideológico pode vir a condicionar, controlar, ou, até mesmo, conquistar diretamente o governo. Isso pode originar uma *telecracia política*, em que o eleitor, em vez de escolher, será escolhido, criado, moldado por aquele que está elegendo, em um mero rito de legitimação exterior. (BOVERO, 2002, p. 154-159).

Segundo. A mídia mais comum, ainda hoje, é a televisão. Nela prevalece a imagem. O ser humano é dito *homo sapiens* em razão da sua capacidade simbólica, da sua capacidade de abstração decorrente da linguagem (SARTORI, 1999, p. 5-7). Com a televisão, há uma ampliação dos contatos e das trocas. No entanto, como a televisão se funda, sobretudo, na imagem, há um claro empobrecimento do entender, da compreensão (SARTORI, 1999, p. 20). Enquanto a capacidade simbólica distancia o *homo sapiens* do animal, o ver o avizinha da sua capacidade ancestral (SARTORI, 1999, p. 8). O crescer vendo sem entender origina um novo tipo de ser humano, o *homo videns* (SARTORI, 1999, p. 14). A influência da televisão sobre a opinião pública pode ser determinante

para os rumos da política, do governo, até porque, com frequência, a televisão se exhibe como porta-voz de uma opinião pública que é, na realidade, o eco de retorno da própria voz (SARTORI, 1999, p. 46).

Assim, tem razão Michelangelo Bovero (2002, p. 157): em uma sociedade complexa, o processo político decisório é também ele necessariamente complexo. É ilusório pretender melhorar a qualidade democrática, simplificando o processo decisório, isto é, tornando-o direto ou menos indireto. Em verdade, “(...) talvez seja necessário torná-lo ainda mais complexo, acrescentando-lhe mecanismos corretivos, de controle e de garantia (...)”.

Essencial também é a existência de fontes alternativas e independentes de informação (DAHL, 2001, p. 111). Com efeito, “(...) uma das necessidades imperativas dos países democráticos é melhorar a capacidade do cidadão de se envolver de modo inteligente na vida política”. (DAHL, 2001, p. 207).

Os Parlamentos são, assim, indispensáveis enquanto espaços democráticos de debate e esclarecimento dos cidadãos, aptos a decantar, ao menos em parte, as deficiências e distorções inerentes ao debate, justamente porque operados por atores que delas têm plena consciência. Observa-se, nisso, uma outra – e muito importante – faceta do controle político levado a efeito pelos Parlamentos.

5. Função de controle do Congresso Nacional

A Constituição de 1988 confere, com ênfase, a função de controle político ao Congresso Nacional.

Em seu art. 49, X, dispõe:

“É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

Diversos são os mecanismos de controle político constantes da Constituição. Vale destacar alguns deles.

5.1. Sustação de atos normativos do Poder Executivo

A Constituição permite ao Congresso Nacional, em seu art. 49, V, sustar – por meio de decreto legislativo – atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

No entanto, trata-se de instrumento de pouquíssima prática. Foi utilizado – ou melhor, o seu correlato estadual foi utilizado – pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul para sustar Decreto do então Governador Alceu Collares que instituía o chamado “calendário rotativo”. De toda sorte, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a sustação aludida ao entendimento de que o Decreto sustado ajustava-se aos limites do poder regulamentar do Poder Executivo estadual¹.

Portanto, ainda que se trate de um controle político, a sustação somente pode ser levada a efeito quando houver “(...) o desbordamento, pelo Executivo, do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”. (FERRAZ, 1994, p. 62).

Recentemente, tramitou no Senado Federal o Projeto de Decreto Legislativo nº 139, de 30 de março de 2005, que “susta a aplicação dos incisos V e VI do art. 2º do Decreto nº 5.392, de 10 de março de 2005, que ‘declara estado de calamidade pública no setor hospitalar do Sistema Único de Saúde no Município do Rio de Janeiro, e dá outras providências’, do Poder Executivo”. No entanto, antes de aprovado o projeto, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o Decreto presidencial referido, impugnado que foi no Mandado de Segurança nº 25.295-2/DF, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 20 de abril de 2005, o que tornou desnecessário o projeto aludido.

5.2. Convocação de ministros e pedido de informações

O constitucionalismo brasileiro pratica, ainda, outras formas de controle político do poder, como, por exemplo, a convocação de Ministros de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificacão adequada², bem assim a eles encaminhar pedidos escritos de informações³.

5.3. Tribunal de Contas da União

Vale lembrar, também, o importante papel do Tribunal de Contas da União. A teor dos arts. 70 e 71 da Constituição de 1988, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo que será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

O Tribunal de Contas da União pode, por exemplo, aplicar as sanções previstas em lei⁴ e sustar a execução do ato impugnado quando o órgão ou entidade responsável não adotar, no prazo assinalado, as providências necessárias ao exato cumprimento da lei⁵.

5.4. Comissões parlamentares de inquérito

As comissões parlamentares de inquérito, previstas no § 3º do art. 58 da Constituição de 1988, em muito ajudam a tornar efetiva a função de controle político do Poder Legislativo pátrio.

A teor da Constituição, as comissões parlamentares de inquérito têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, são criadas por uma ou por ambas as Casas congressuais⁶, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a

apuração de fato determinado e por prazo certo. Se for o caso, suas conclusões são encaminhadas ao Ministério Público, “para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

O Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 71.039-5/RJ, Relator o Ministro Paulo Brossard, julgado em 7 de abril de 1994, fixou os elementos principais que, até hoje, orientam a jurisprudência da Corte em matéria de comissões parlamentares de inquérito.

Vale registrá-los:

(1) destinam-se a apurar fatos relacionados com a administração pública para conhecer situações que requeiram disciplina legal, bem assim verificar os efeitos de certa legislação, sua excelência, inocuidade ou nocividade;

(2) não se destinam a apurar crimes nem a puni-los. No entanto, se no curso de uma investigação, constatam possível crime, dele darão ciência ao Ministério Público, para os fins de direito, como qualquer autoridade, e mesmo como qualquer do povo;

(3) podem fazer uso dos meios instrumentais necessários a tornar efetivos os seus poderes investigatórios, poderes esses que prestam auxílio necessário ao poder de legislar;

(4) têm poderes limitados a fatos determinados, mas fatos outros, inicialmente imprevisos, podem ser aditados aos objetivos da comissão já em ação;

(5) podem “(...) colher depoimentos, ouvir indiciados, inquirir testemunhas, notificando-as a comparecer perante ela e a depor; a este poder corresponde o dever de, comparecendo a pessoa perante a comissão, prestar-lhe depoimento, não podendo calar a verdade. Comete crime a testemunha que o fizer. (...) Também pode requisitar documentos e buscar todos os meios de provas legalmente admitidos”. Por outro lado, a testemunha pode invocar sigilo profissional, que “tem alcance geral e se aplica a qualquer juízo, cível, criminal, administrativo ou parlamentar”;

(6) a elas não cabe cuidar do cumprimento de pena ou de prisão cautelar, sem prejuízo de – quando a testemunha cala a verdade, agrava a comissão com gestos indecentes ou, até mesmo, a desacata – tomar adequadas e imediatas providências, sem embargo da ulterior remessa dos autos ao Ministério Público para os fins de direito;

(7) se a pessoa é ouvida como indiciada, o será “nos termos e na forma da lei”, isto é, terá o direito de permanecer calado (art. 186 do Código de Processo Penal) para não se auto-incriminar.

No entanto, em se tratando de testemunha, adverte o Ministro Paulo Brossard, o Poder Judiciário deve ser prudente “(...) para evitar que a pessoa venha a obter HC para calar a verdade, o que é modalidade de falso testemunho”. Com efeito, com muita frequência, os implicados nas investigações de uma comissão parlamentar de inquérito impetram *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal para comparecerem perante ela na condição de investigados, não de testemunhas.

Os poderes das comissões parlamentares de inquérito são a elas inerentes e decorrem do seu próprio fundamento constitucional. Para exercê-los, não dependem do Executivo ou do Judiciário, ainda que façam uso, por exemplo, da Polícia Federal, do Banco Central do Brasil e de outros órgãos e entidades para a realização de determinadas diligências (aí incluídas quebras de sigilos bancário, telefônico e fiscal). Mas o fazem por seu próprio poder. Não precisam de ordem judicial. Do contrário, conforme ensina – com precisão – o Ministro Paulo Brossard, uma comissão parlamentar de inquérito “não poderia funcionar senão amparada nas muletas que lhe fornecesse outro Poder, o que contraria a lógica das instituições”.

Outrossim, a teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a instalação de uma comissão parlamentar de inquérito é direito das minorias que não pode ser obstaculizado se acaso alcançado o terço constitucional requerido para a criação da comissão⁷.

Se acaso não fosse assim, fazer oposição seria mera ilusão e a minoria parlamentar não teria razão de ser, o que vai de encontro à própria democracia. No limite, com o domínio indefinido da maioria sobre a minoria, essa acabaria se retirando, cedo ou tarde, do jogo parlamentar.

Daí a sempre atual lição de Hans Kelsen (1993, p. 69-70):

“(…) Uma ditadura da maioria sobre a minoria não é possível, a longo prazo, pelo simples fato de que uma minoria, condenada a não exercer absolutamente influência alguma, acabará por renunciar à participação – apenas formal e por isso, para ela, sem valor e até danosa – na formação da vontade geral, privando, com isso, a maioria – que, por definição, não é possível sem a minoria – de seu próprio caráter de maioria. (...)”

Portanto, as comissões parlamentares de inquérito atuam, também, como efetivo meio de controle político do governo do dia por parte da minoria, da oposição, o que é imprescindível à democracia.

Enfim, surge, aqui, uma vez mais, como fator de controle e de estímulo aos trabalhos das comissões parlamentares de inquérito, a mídia. Não raro, a mídia toma a frente dos trabalhos, antecipando e pautando os trabalhos das comissões. É verdade que há riscos nisso. No entanto, o acompanhamento da mídia é natural e inerente à democracia e constringe soluções heterodoxas⁸. Faz parte do amadurecimento de uma cultura democrática. Ademais, a experiência brasileira em comissões parlamentares de inquérito registra saldo positivo⁹ que, talvez, não houvesse sido obtido sem a cobertura de mídia.

5.5. Orçamento e conversão em lei de medida provisória

Há momentos em que a atividade legislativa do Congresso Nacional adquire nítida conotação de controle político do Poder Executivo. É o caso, por exemplo, da discus-

são do projeto de lei orçamentária e da conversão em lei de medida provisória.

A repetição anual da discussão do orçamento é um momento importante da função de controle político, “(...) pois submete à vigilância parlamentar a realidade global do programa anual do Governo e oferece ocasião para um debate geral acerca das finalidades da ação do Executivo”. (COTA, 2000, p. 886).

A conversão em lei da medida provisória é, também, momento em que o Congresso Nacional exerce estreito controle político sobre a decretação de urgência adotada pelo Presidente da República. Diversos são os significados da conversão em lei (AMARAL JÚNIOR, 2004, p. 293-300), alguns dos quais configuram nítido controle político do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo:

(1) a lei de conversão da medida provisória – ao transformar o ato legislativo do governo em um do Parlamento – recupera, ao menos em parte, um dos ideais de Montesquieu (1995, p. 119), qual seja, a lei não pode ser aplicada pela mesma autoridade ou órgão que a fez;

(2) integra diferentes grupos parlamentares na formação definitiva da vontade legislativa do Estado, o que ganha ainda mais importância em um sistema de governo presidencialista (em que não se presume o apoio de uma maioria parlamentar ao governo do dia);

(3) demonstra que a Constituição confere a potestade de legislar, com primazia, ao Poder Legislativo, porque a esse e à lei não são opostos os requisitos de relevância e urgência (exigidos que são da medida provisória e do Presidente da República), bem assim militam contra a medida provisória as cautelas que cercam o processo de conversão em lei;

(4) rejeitada a medida provisória, é dado ao Congresso Nacional dispor sobre os seus efeitos por meio de decreto legislativo¹⁰.

A rejeição da medida provisória é, em si mesma, um controle político. É verdade que não implica a queda do governo do dia.

Mesmo em sistemas parlamentaristas, como o italiano, a rejeição do *decreto-legge* não gera a automática queda do Conselho de Ministros italiano (VIESTI, 1967, p. 208-209), em que pese minar a força e a credibilidade do governo (PALADIN, 1998, p. 399), podendo, até mesmo, em alguns casos, prenunciar a sua queda. Foi o que experimentou – em novembro e dezembro de 1958 – o Gabinete Fanfani, que caiu após a rejeição de três *decreti-legge* relativos à tributação da gasolina e do gás liquefeito (RUFFIÀ, 1965, p. 500). A teor do art. 94, IV, da Constituição italiana de 1947, “o voto contrário de uma ou de ambas as Câmaras sobre uma proposta do Governo não importa obrigação de demissão”.

5.6. Impeachment

No sistema de governo presidencialista, o mais drástico controle político confiado ao Parlamento contra o Poder Executivo é o *impeachment* do Presidente da República.

O instituto tem origem no Direito inglês, nos séculos XIII e XIV, e a ele estavam sujeitos todos os súditos do reino, exceto a Coroa (PINTO, 1992, p. 24). A Câmara dos Lordes julgava “(...) a acusação dos Comuns com jurisdição plena, impondo livremente toda sorte de penas, até a pena capital (...)”. (PINTO, 1992, p. 26).

Apoiado na lição de Jean Vilbois, Paulo Brossard de Souza Pinto (1992, p. 26) registra que, a partir da vitória do Parlamento inglês sobre o poder real em 1688, até a consolidação da prática do governo de Gabinete, o *impeachment* perdeu, paulatinamente, utilidade e, enfim, foi substituído pela responsabilidade política que constitui a essência do governo parlamentar. “E quando, em 1848, foi intentado contra Lord Palmerston, Robert Peel pôde dizer aos Comuns que ‘the days of impeachment are gone’, e esta é a conclusão da generalidade dos autores.” (PINTO, 1992, p. 30).

A Constituição brasileira de 1891 inspirou-se na Constituição americana de 1787 que, por sua vez, tomou como modelo a prática e a experiência inglesas. No entanto, o

impeachment, “(...) tal como foi gizado pelo constituinte [americano – nota nossa], parece ter sido surpreendido numa posição *in fieri*, situado entre o que era e o que viria a ser. (...) A solução americana, enclausurada pela codificação, fixa um instante da evolução institucional britânica, que prosseguiu e foi além da fórmula legislada”. (PINTO, 1992, p. 32-33).

O constituinte americano “fotografou” um específico momento evolutivo das instituições inglesas, qual seja, a tripartição de poderes, aí incluído o *impeachment*¹¹. Esse conjunto foi copiado pela Constituição brasileira de 1891. Por fatores que escapam aos limites do presente estudo, o constitucionalismo americano não acompanhou a evolução subsequente das instituições inglesas, aquela em que a responsabilidade política do governo perante o Parlamento – muito mais rápida e menos traumática – tornou obsoleto o *impeachment*¹². No caso do constitucionalismo brasileiro, não houve falta de evolução, mas, sim, retrocesso, porque, ao menos no II Império, a prática institucional pátria já conhecia a responsabilidade do governo perante o Parlamento...¹³

Conclusão

A função de controle político dos Parlamentos vem desde os primórdios das instituições parlamentares. Foi ofuscada, é verdade, pela função legislativa. No entanto, posteriormente, com a progressiva participação dos governos na potestade de legislar, essa também ficou esmaecida no âmbito parlamentar.

Por outro lado, a paulatina dependência dos governos em relação aos Parlamentos, mormente nos sistemas de governo parlamentaristas, propiciou um nítido revigoreamento da função parlamentar de controle político.

Com efeito, tal como havida nos sistemas de governo parlamentaristas, a responsabilidade política do governo perante o Parlamento é o mais vigoroso mecanismo

de controle político desse contra aquele. O governo assume postura pró-ativa, inclusive legislativa, e o Parlamento lhe confere legitimidade e o fiscaliza, controla. Em situações limites de conflito entre os dois, “(...) a negação de confiança é a forma mais drástica de ação do Parlamento sobre o Governo”. (COTA, 2000, p. 886).

No caso brasileiro, não obstante o sistema de governo presidencialista, a função de controle político tem sido o grande alento do Congresso Nacional. Muitos resultados positivos já foram colhidos do seu exercício em favor da democracia. No entanto, somente com uma profunda reengenharia do sistema de governo pátrio será possível ampliar em efetividade o controle político do Congresso. Em outras palavras: somente com a submissão do governo ao Congresso, fazendo aquele politicamente responsável perante esse, haverá verdadeiro aprimoramento e fortalecimento da função de controle político das Casas legislativas brasileiras.

Perdendo o governo a confiança do Parlamento, aquele cai, sem os traumas alongados no tempo próprios do *impeachment*. Se acaso houver, no processo de conflito entre o governo e o Parlamento, antecipação de eleições, como é próprio do parlamentarismo, melhor ainda: quanto mais frequentes são as eleições, maior é o controle dos cidadãos sobre os funcionários eleitos. (DAHL, 2001, p. 110).

Notas

¹ STF, ADI nº 748-3/RS, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Celso de Mello, DJ de 6.11.1992.

² Art. 50, *caput*, da Constituição de 1988.

³ Art. 50, § 2º, da Constituição de 1988.

⁴ Art. 71, VIII.

⁵ Art. 71, IX e X.

⁶ “CPIs mistas” ou, conforme o jargão parlamentar, CPMLs.

⁷ STF, Mandado de Segurança nº 24.831-9/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, julgado em 22 de junho de 2005.

⁸ As chamadas “pizzas”.

⁹ Vejam-se os casos Paulo César Farias, Anões do Orçamento, etc.

¹⁰ § 3º do art. 62 da Constituição de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001.

¹¹ Montesquieu (1995, p. 123) assim descrevia o *impeachment* inglês: “Poderia ainda ocorrer que algum cidadão, nos negócios públicos, violasse os direitos do povo, cometendo crimes que os magistrados estabelecidos não saberiam ou não poderiam punir. Porém, em geral, o poder legislativo não pode julgar e o pode ainda menos neste caso específico, em que representa a parte interessada que é o povo. Assim, o poder legislativo só pode ser acusador. Mas diante de que ele acusaria? Rebaixar-se-ia diante dos tribunais da lei que lhe são inferiores e compostos, além disso, de pessoas que, sendo povo como ele, seriam impressionadas pela autoridade de tão poderoso acusador? Não; para conservar a dignidade do povo e a segurança do indivíduo, é mister que a parte legislativa do povo faça suas acusações diante da parte legislativa dos nobres, a qual não possui nem os mesmos interesses que ele, nem as mesmas paixões.” Montesquieu exerceu evidente influência sobre os “pais fundadores” norte-americanos. É expressamente citado no *Federalista* (nºs 9, 43, 47 e 78). No *Federalista* nº 47, Montesquieu é referido como “oráculo” da organização dos poderes.

¹² A propósito, Dahl (2003, p. 45-52).

¹³ “Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra.” (HOLANDA, 1995, p. 31).

Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. São Paulo: Manole, 2004.

COTA, Maurizio. *Verbete Parlamento*. In: BOBBIO, N. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Editora da UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2000. v. 2.

DAHL, Robert. *Quanto è democratica la Costituzione americana?*. Laterza: Roma-Bari, 2003.

_____. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001.

- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: _____. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- MARKOFF, John. *Olas de democracia: movimientos sociales e cambio político*. Tecnos: Madrid, 1996.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora da UnB, 1995.
- PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1998.
- PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do presidente da república*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. *Diritto costituzionale*. 7. ed. Nápoles: Jovene, 1965.
- _____. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- SARTORI, Giovanni. *Homo videns*. Roma-Bari: Laterza, 1999.
- VIESTI, Giuseppe. *Il decreto-legge*. Nápoles: Jovene, 1967.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il "Crucifige!" e la democrazia*. Turim: Einaudi, 1995.

Em torno da Constituição do direito de resistência

José Carlos Buzanello

Sumário

Introdução. 1. O direito de resistência na Constituição. 2. Classificação do direito de resistência. 3. Em torno da emenda constitucional do direito de resistência. Considerações finais.

Introdução

O problema do direito de resistência ainda é pouco estudado na literatura especializada no Brasil^{*}. Este artigo visa contribuir com essa discussão ao organizar os conceitos, as espécies e os métodos de ação política e jurídica desse fenômeno dentro do sistema constitucional brasileiro. A construção teórica tem o escopo de traçar um sistema racional de interpretação, dentro de uma unidade constitucional que dê guarida a todo o estatuto do direito de resistência. Para alcançar essa finalidade, essa matéria ainda reclama a sua inclusão constitucional expressa no art. 5º da CF, por meio de Proposta de Emenda Constitucional (PEC).

Ao estruturá-lo como elemento do direito constitucional, não se pode perder de vista a sua natureza “atípica” e suas características estruturais ali contidas. O direito de resistência é uma realidade constitucional em que são qualificados gestos que indicam enfrentamento, por ação ou omissão, do ato injusto das normas jurídicas, do governan-

José Carlos Buzanello é Diretor da Escola de Direito da UNIGRANRIO (Duque de Caxias/RJ) e Doutor em Direito (UFSC).

^{*} Esse problema foi objeto da minha tese de Doutorado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina.

te, do regime político e também de terceiros, fundado em razões jurídicas, políticas ou morais. Os temas referentes do direito de resistência dizem respeito ao funcionamento do sistema de poder, às estruturas de governo, aos agentes políticos, às práticas sociais e às instituições jurídicas. Dessa forma, os problemas constitucionais deixam de ser apenas problemas jurídicos para se perfilarem como problemas de poder. A afirmação de que a resistência é apenas uma questão política, além de ser um discurso vazio, demonstra a fragilidade reducionista do argumento. Com efeito, privilegiar, em termos exclusivos, os fatos políticos obscurece irremediavelmente a importância que deve ser conferida à realidade constitucional e, da mesma forma, a resistência "apenas política" se perde em pura retórica. Há uma crescente capitulação do normativo perante o empírico, por força da elevação das leis sociais e, principalmente, econômicas a instrumentos exclusivos da modelação do mundo (SOARES, 1969, p. 30). No seu conjunto, o fenômeno da resistência forma um universo teórico pertencente tanto ao domínio da política quanto ao do jurídico, sendo uma relação necessária entre ambos os domínios. Ora, se de um lado há uma certeza acerca dos princípios que abarcam a problemática da resistência, de outro surgem dúvidas quanto aos procedimentos de acesso a esse direito, e também sobre o seu conteúdo e limites.

Nesse sentido, o direito de resistência somente é susceptível de ser compreendido juridicamente, com apelo à ordem constitucional, por força das regras e princípios que informam toda a regulação jurídica do Estado. O problema do direito de resistência enquadra-se, pois, nesse contexto geral da ordem constitucional, que opera com um sistema de princípios extensivamente a todo o sistema jurídico. O direito de resistência, enquanto não positivado, busca sua justificação em outros princípios já dispostos constitucionalmente ou, então, pode-se interpretar que também não se encontra ex-

pressamente afastado do ordenamento constitucional (cláusula de proibição). O direito de resistência, como uma "categoria implícita" constitucional, corresponde, na ordem constitucional, a uma consagração formal de princípios que permite avaliar a extensão desse direito.

1. O direito de resistência na Constituição

O direito de resistência se relaciona com o direito constitucional, já que é ele que dispõe sobre os limites do poder político e os direitos e garantias fundamentais do cidadão. O problema constitucional do direito de resistência está na garantia da autodefesa da sociedade, na garantia dos direitos fundamentais e no controle dos atos públicos, bem como na manutenção do pacto constitucional por parte do governante. Os elementos fundamentais que indicam a presença do direito de resistência no Direito Constitucional se referem necessariamente aos valores da dignidade humana e ao regime democrático. Os valores constitucionais compõem um contexto axiológico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico, para orientar a hermenêutica constitucional e o critério de medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade (PEREZ LUÑO, 1988, p. 288-289).

O problema do direito de resistência, no sistema constitucional brasileiro, está colocado em dois aspectos: um, suscitado pela referência explícita, e outro, pela implícita. De um lado, o reconhecimento do direito de resistência operou-se pela via explícita em apenas algumas espécies: objeção de consciência (art. 5º, VIII c/c art. 143, § 1º, CF); greve "política" (art. 9º, CF); princípio da autodeterminação dos povos (art. 4º, III, CF). De outro lado, a construção constitucional elucida, de forma implícita, a materialidade da resistência. A materialidade se combina com os elementos constitucionais formais, como: os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, ergui-

dos como fundamentos do Estado Democrático (art. 1º, III, V, CF); a abertura e a integração para dentro do ordenamento constitucional de outros direitos e garantias *decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados* (art. 5º, § 2º, CF).

A resistência parte do princípio de que está sujeita a uma teoria constitucional, que tem como questões de fundo a legitimidade constitucional do poder político – quanto ao título ou ao exercício. Dessa forma, faz-se um questionamento sobre a “qualidade” do ordenamento jurídico, se é ou não justo. As várias posições políticas da resistência operam na busca de fontes formais ou informais que legitimem o seu exercício no Estado de Direito. A resistência procura sua legitimidade moral na dignidade humana, solidificada como princípio jurídico. A lógica da justificação da resistência transcende a evocação dos princípios éticos, pois tem de ser juridicamente fundamentada, seja no jusnaturalismo ou no positivismo jurídico.

A Constituição pode preconizar uma resposta ao problema do direito de resistência na medida em que reconheça esse acionamento automático quando se frustrarem os controles internos do Estado. Esse reconhecimento político do Estado em admitir mais um mecanismo de autodefesa da sociedade demonstra o grau de legitimidade do próprio sistema jurídico e também suas limitações epistemológicas. Uma vez aceito o direito de resistência no modelo constitucional, tem-se um efeito duplo: controla-se a sua potência nos marcos constitucionais e os governantes sabem dos seus limites. Toda vez que a autoridade pública desleixar de sua função ou a liberdade e a dignidade humana forem espezinhadas, cabe o direito da resistência, assim considerado como implícito nas instituições jurídicas. Dessa forma, o direito de resistência se converte num aglutinador das “demandas de fato”, que se baseiam tão-só na existência de conflitos sociais e políticos para oportunas “soluções constitucionais” destinadas a manter a uni-

dade do Estado e evitar sua completa ruptura político-jurídica.

O problema constitucional da resistência projeta para o Direito Constitucional a necessidade de abrir os fatos sociais determinantes do processo político; sendo assim, o direito de resistência assume especial relevância como um instrumento privilegiado na interlocução com a realidade social. Contudo, se por um lado as regras jurídicas não esgotam os fatos sociais, por outro “há regras que, não sendo estruturalmente regras jurídicas, são contudo relevantes no campo do Direito político”. (LEITÃO, 1987, p. 13).

Há situações jurídicas em que o direito opera em determinadas situações como princípio fundamental, podendo, segundo Canotilho (1995, p. 171), ser o direito de resistência e a legítima defesa. Juntam-se, nessa equação teórica, os princípios jurídicos constitucionais com as regras assentes na ordem constitucional, que determinam as outras normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais. O substrato material está em si, mas depende da aderência de outros princípios constitucionais. A Constituição em sentido material significa aquele núcleo essencial de fins e forças que rege o ordenamento positivo, que imprime o caráter de juridicidade a todo o sistema de atos sucessivos que se desenvolve. (MORTATI, 1940, p. 87).

A licitude do direito de resistência se manifesta dentro do aparelho de Estado, na preservação dos valores constitucionais inscritos na ordem democrática, como no enfrentamento das ações criminosas tipificadas nos crimes de responsabilidade (art. 85, CF; Lei 1.079/50), como no desrespeito aos poderes estatais entre si, na improbidade administrativa e na ofensa aos direitos fundamentais, e também tipificados como crimes constitucionais (art. 5º, XLIV), na ação de grupos armados contra a ordem democrática.

Os crimes constitucionais foram criados na ~~Constituição de 1988~~ *verbis* “art. 5º, XLIV

– constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático”. Dessa forma, o direito de resistência, dentro dos marcos constitucionais, estabelece os limites da ação política, que deve estar em conformidade com os princípios democráticos, constituindo crime apenas a ação armada contra a ordem constitucional. A Constituição estabelece as restrições para configurar o crime constitucional: a) sujeito ativo: ação armada de grupos civis ou militares; b) objeto: contra a ordem constitucional e o Estado democrático; c) sujeito passivo: o Estado democrático.

1.1. Resistência explícita

O texto constitucional brasileiro assegura material e formalmente a resistência. A resistência constitucional se apresenta sob o aspecto formal (direitos políticos e civis consignados na Constituição) e sob o aspecto material (os direitos materialmente constitucionais, como os princípios implícitos). A resistência constitucional apresenta-se em duas condições: uma, reconhecendo a resistência como fato empírico, o que desse modo protege os fatos sociais, como os movimentos sociais organizados que praticam a desobediência civil, que está incluída no art. 5º, § 2º, CF; a outra, submetendo-a à efetividade normativa das espécies constitucionais, como a objeção de consciência (art. 5º, VIII c/c art. 143, § 1º, CF), a greve “política” (art. 9º, CF) e o princípio da autodeterminação dos povos (art. 4º, III, CF) como fator integrador da ordem político-jurídica. Essas espécies de resistência que se expressam positivamente não inibem outras possibilidades de resistências, no que diz respeito à matéria de ordem constitucional.

A Constituição expressamente reconhece a existência de “outros” direitos e garantias além dos nela elencados, *verbis*, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adota-

dos, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Nesse sentido, há uma abertura constitucional para o direito de resistência em que estariam incluídos também outros direitos, na forma do art. 5º, § 2º, CF. Mas esse preceito informa a fonte material de outros direitos, além do direito de resistência, que o cidadão pode invocar por razões decorrentes do regime político democrático e dos princípios constitucionais. Caso haja violação do Estado Democrático de Direito ou ofensa aos direitos fundamentais, surge em tela a resistência, como argumento jurídico e político, na tentativa imperiosa do retorno à ordem democrática. O direito de resistência, portanto, pressupõe mais do que a simples admissão formal no texto constitucional, mas uma “relação justa” entre o comando normativo e as práticas constitucionais.

A construção constitucional visa revelar a essência das normas constitucionais, operando, assim, com a problemática das regras e princípios. Os princípios constitucionais são os princípios que edificam o Estado de direito, que, no caso brasileiro, alcança a condição de “Estado democrático de direito”; isso quer dizer que, quando se aplicam, tais princípios visam ao ideal de justiça material. Esses princípios decorrem da razão do Estado democrático para realizar, segundo o direito, o seu ideal de justiça material. (ROCHA, 1994, p. 28).

Quanto aos princípios, o sistema constitucional admite, além dos explícitos, os implícitos. Os explícitos se encontram em todo o texto, mas principalmente na abertura da Constituição, e são, por sua vez, denominados “fundamentos” (art. 1º, CF), “objetivos” (art. 3º, CF) e “princípios” (art. 4º, CF). Os princípios implícitos, por seu turno, encontram-se de forma difusa no texto constitucional, no qual podemos listar os seguintes princípios: a) da liberdade geral em que tudo é livre, exceto no que for proibido, decorrente do princípio da legalidade (art. 5º, II, CF); b) da finalidade do Estado em realizar a justiça e o bem-estar social; c) da qualidade de

vida física e mental; d) da legitimidade do título e do exercício do governante.

A própria Constituição, em cláusula aberta (art. 5º, § 2º, CF), manda incorporar “outros” direitos e garantias ao rol dos direitos fundamentais, isto é, não exclui “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Esse comando consagra, além da tutela de direitos e garantias fundamentais, a previsibilidade de fundamentação de outros direitos decorrentes do regime político ou dos tratados internacionais. Quanto ao enunciado não se excluem “outros” direitos, isso quer dizer que o sistema jurídico integraliza “novos” direitos em três perspectivas: uma, quanto ao regime político; a segunda, por decorrência dos princípios constitucionais; e a terceira, oriunda dos tratados internacionais. A Constituição procura assegurar o uso e a defesa dos direitos fundamentais por razões políticas, principalmente decorrentes de princípios e do regime democrático.

O sistema constitucional aberto admite os direitos fundamentais implícitos, tanto que o preceito revela a intenção do constituinte de não tornar *numerus clausus* a enumeração dos direitos e garantias fundamentais, admitindo direitos implícitos, dando-lhe interpretação extensiva quanto à tutela das liberdades públicas. A simples interpretação do art. 5º, § 2º, indica que o catálogo de direitos não é exaustivo, que a Constituição apenas enumera alguns direitos fundamentais, mas não todos. Não podemos interpretar a Constituição no sentido estrito e eliminar outros direitos ali não previstos.

A Constituição, ao reconhecer o direito de resistência, age dentro de uma unidade de valor de defesa do sistema de direitos fundamentais e também da concordância estrutural do direito de resistência com a ordem constitucional, que se assenta na defesa do regime democrático e dos direitos fundamentais. Então, a unidade de valor

constitucional está nos direitos e garantias fundamentais e no regime democrático.

O sistema aberto se relaciona com valores constitucionais, como o pluralismo jurídico, que recepciona princípios políticos e jurídicos da igualdade e da fraternidade, o pluralismo de idéias, a liberdade de expressão, a liberdade de reunião e a liberdade de associação.

1.2. Resistência implícita

A resistência implícita decorre dos direitos e princípios constitucionais explícitos e implícitos, enquanto a resistência explícita se demonstra pelas modalidades constitucionais (greve política e objeção de consciência).

A essência da resistência implícita está na materialidade dos princípios do regime democrático e se combina com os elementos constitucionais formais, como os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, erguidos como fundamentos do Estado Democrático (art. 1º, III, V, CF) e com a abertura e a integração do ordenamento constitucional de outros direitos e garantias *decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e tratados* (art. 5º, § 2º, CF); e, por fim, pela constitucionalização das espécies de direito de resistência (greve e a objeção de consciência).

Os direitos implícitos incorporam a verdadeira contrapartida dos direitos e garantias explícitos e também dos poderes explícitos do Estado. Ainda que esses direitos “implícitos” não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, a Constituição lhes confere um valor integrador do sistema jurídico constitucional que complementa o rol de direitos fundamentais. Os direitos implícitos são identificáveis a partir dos princípios explícitos, antes de se tratar de uma restrição, já que a Constituição não nega a existência de direitos implícitos, desde que sejam harmonizados por ela própria. Toda e qualquer restrição há de ser prevista de forma explícita ou por decorrência direta dos princípios e regras adotados

pela Constituição. Da mesma forma, a Constituição não prevê de modo algum, em seu texto, restrição ao direito de resistência nos termos aqui trabalhados; nesse sentido, há que se fazer uso da clássica parêmia: “onde a lei não restringe, não pode o intérprete fazê-lo”. A resistência implícita se sustenta pelo regime político democrático, mas, fundamentalmente, pela exegese do art. 5º, § 2º, que traz à colação os direitos fundamentais, entre eles os individuais, que, segundo José Afonso da Silva (1989, p. 174), combinam três grupos: “1) direitos individuais expressos, aqueles explicitamente enunciados no art. 5º, § 2º, CF; 2) direitos individuais implícitos, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art. 5º, II); 3) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem explícita nem implicitamente adotados, como o *direito de resistência*, entre outros de difícil caracterização *a priori*. Nessa perspectiva, o direito de resistência é apenas individual e, salvo melhor juízo, não se pode admitir a resistência apenas nessa perspectiva, principalmente se for decorrente do regime político, quando há uma extraordinária desproporção entre a ação e o resultado. Num cálculo apropriado, a resistência, nesse caso, só terá êxito se for coletiva, como a greve política, a desobediência civil e o direito de revolução.

2. Classificação do direito de resistência

Há variadas concepções quanto à classificação do direito de resistência. A classificação que construímos está de acordo com sua unidade temática ou tem semelhança de conteúdo com a resistência, dentro dessa nova sistemática conceitual. A matriz classificatória está assentada na descrição empírica do fenômeno da resistência, obedecendo a uma ordem de graus da intensidade de política em que se observa a repercussão

na sociedade e no Estado e os meios usados no exercício do respectivo direito. Essa construção classificatória se inicia com a espécie de resistência de menor intensidade, informando sua respectiva particularidade, isto é: 1) objeção de consciência; 2) greve política; 3) desobediência civil; 4) direito à revolução; 5) princípio da autodeterminação dos povos. Essa classificação não é exaustiva, pois muitas vezes os elementos de análise habitam uma área de difícil identificação entre gênero e espécie.

A objeção de consciência, enquanto espécie do direito de resistência, é a recusa ao cumprimento dos deveres incompatíveis com as convicções morais, políticas e filosóficas, numa pretensão de direito individual em dispensar-se da obrigação jurídica imposta pelo Estado a todos, indistintamente. A objeção de consciência se caracteriza por um teor de consciência razoável, de pouca publicidade e de nenhuma agitação, objetivando, no máximo, um tratamento alternativo ou mudanças da lei. Assente como direito fundamental na Constituição de 1988, o instituto jurídico da objeção de consciência se dá em duas perspectivas: uma, como escusa genérica de consciência (art. 5º, VIII, CF), e outra, enquanto escusa restritiva ao serviço militar (art. 143, § 1º, CF). Pelo sistema constitucional, o preceito especial combina com o preceito genérico, no caso, a objeção de consciência ao serviço militar.

A greve é sempre uma ação coletiva, que exige um grau de organização e de ação política e jurídica. A Constituição (art. 9º, CF) autoriza os trabalhadores a decretarem greves trabalhistas, objetivando a melhoria das condições de trabalho, ou greves políticas, com o fim de conseguir mudanças junto à esfera do poder político. Na ótica da autodefesa, que é conferida pela ordem jurídica, os trabalhadores, mediante ação direta, respondem a favor de seus interesses, salariais ou não, e, pela greve, forçam a modificação do contrato de trabalho. (NASCIMENTO, 1989, p. 293).

A desobediência civil deve ser entendida como um mecanismo indireto de participação da sociedade, já que tem um conteúdo simbólico que geralmente se orienta para a deslegitimação da autoridade pública ou de uma lei, como a perturbação do funcionamento de uma instituição, a fim de atingir as pessoas situadas em seus centros de decisão. A desobediência civil a) apresenta-se como uma forma particularizada de resistência e qualifica-se na ação pública, simbólica e ético-normativa; b) manifesta-se de forma coletiva e pela ação “não-violenta”; c) quer demonstrar a injustiça da lei ou do ato governamental mediante ações de grupos de pressão junto aos órgãos de decisão do Estado; d) visa à reforma jurídica e política do Estado, não sendo mais do que uma contribuição ao sistema político ou uma proposta para o aperfeiçoamento jurídico. Propõe apenas a negação de uma parte da ordem jurídica, ao pedir a reforma ou a revogação de um ato oficial mediante ações de mobilização pública dos grupos de pressão junto aos órgãos de decisão do Estado.

A desobediência civil na perspectiva constitucional brasileira decorre da cláusula constitucional aberta, que admite outros direitos e garantias, e dos princípios do regime adotado (art. 5º, § 2º, CF) e liga-se especialmente aos princípios da proporcionalidade e da solidariedade, que permitem protestos contra atos que violem esses princípios da ordem política.

O princípio político da autodeterminação dos povos assegura às nações a livre organização política e a soberania. A autodeterminação se apresenta em duas ordens: nacional e internacional. Na de ordem nacional, o povo luta por exercer o direito de escolha e a forma de governo. Essa perspectiva abraça a liberdade dos povos em formar um novo Estado, mediante a luta pela soberania, por não mais querer estar submetido à soberania de outro Estado contra sua vontade. Essa lógica interna consiste no direito de cada povo escolher o governo de sua preferência. A Constituição brasileira

descreve a autodeterminação dos povos como princípio político de direito internacional (art. 4º, III, CF).

O povo tem o direito à revolução para esmagar as tiranias que espezinham suas liberdades, nem que ela seja exercida com extrema violência. Negar-lhe esse direito seria desconhecer o direito à dignidade humana e o direito de o povo defender pela força seus direitos fundamentais agredidos, pois se encontra na condição-limite de sobrevivência política.

A idéia da revolução de origem liberal torna-se com o tempo uma bandeira socialista, e até hoje pujante. Na teoria da revolução comunista, Marx e Engels indicam que a superação do estado de natureza hobbesiano torna-se a necessidade de não instituir o Estado (sociedade política), mas sim destruí-lo. A doutrina marxista preconiza que a sociedade pode sofrer transformações pela ação política e, para isso, conclama os proletários do mundo a se unirem num ataque ao Estado capitalista.

3. Em torno da emenda constitucional do direito de resistência

Das diversas regras e princípios constitucionais, chama-nos a atenção a correspondente instrumentalização do direito de resistência por meio de proposta de emenda constitucional (PEC) para sinalizar todo o edifício dos direitos-garantias, como o direito de petição, *habeas corpus*, mandado de segurança, ações de inconstitucionalidade, mandado de injunção e ação popular. As garantias formais dos direitos, como direito de ação e prestação judicial, são instrumentos fundamentais para a efetivação dos direitos e, nos termos constitucionais, imediatamente aplicáveis (art. 5º, § 1º, CF).

A transformação expressa na Constituição do direito de resistência visa sanar e corrigir inconstitucionalidades ou ilegalidades e abusos de poder, por meio das garantias processuais. Essas ações que instrumentalizam o direito de resistência têm uma fun-

damentação jurídica evidente para que se criem, modifiquem ou extingam os atos jurídicos ou políticos, medidas governamentais e atitudes de determinados indivíduos em conformidade com o Estado de Direito.

Dessa forma, defendemos a inclusão do direito de resistência por meio de emenda constitucional para decidir os conflitos dentro do sistema jurídico (judicialização do político), com a seguinte redação: “todos têm o direito de resistir a qualquer ordem ou omissão que ofenda os direitos, liberdades e garantias e de repelir qualquer agressão, inclusive quando proveniente de autoridade pública”. Essa proposta de emenda constitucional (PEC) visa melhorar o desenvolvimento da solução dos conflitos políticos, próprios da democracia constitucional, principalmente, por:

a) tornar um recurso educativo de cidadania que faça lembrar de forma permanente ao governante esse fatídico direito, quando o Estado se colocar contra a sociedade. Caso haja golpe de Estado, escaramuças militares, tiranias, leis e atos injustos ou se pretender a ruptura da ordem constitucional, esse dispositivo constitucional dará a cada cidadão e a toda sociedade o direito, senão o dever, de opor sua resistência a essas tentativas de usurpação da soberania popular;

b) dar mais solidez, extensão ou efetividade não apenas à solução demandada pelas forças sociais e políticas, mas também maior rigidez formal e jurídica. Com isso se evita que previsões políticas deponham contra a existência da resistência na realidade constitucional;

c) clarear a diferença entre um ato político de resistência e um ato penal de resistência, como também entre resistência legítima e resistência ilegítima. Facilita-se, assim, a administração da justiça quando se atribui a identificação sobre um tipo de ação lícita e do crime comum que integram os distintos institutos jurídicos;

d) consubstancia uma nova forma de protesto e impede a explosão da violência, dentro de uma “desordem controlada e cri-

ativa” e funciona para a engenharia política como um *establishment* nos Estados contemporâneos;

e) torna-se mais um “remédio-garantia” contra a “enfermidade” da injustiça e a favor do aperfeiçoamento do Estado democrático de direito. A resistência institucional vai demonstrar a vitalidade do Estado democrático, que a coloca à disposição da sociedade como mais um mecanismo de defesa social.

Considerações finais

A Constituição brasileira projeta a combinação da democracia representativa com a democracia participativa. A Constituição deve ser lida à luz de seu *locus* político, eis que o sistema jurídico deve dialogar com sua realidade social, já dotado de certa abertura axiológica que permite novas fundamentações de justiça material (art. 5º, 2º, CF). Ao flexibilizar o sistema constitucional com o intuito de administrar a pressão demandada, sem comprometer a estrutura constitucional, o que se perde por essas circunstâncias político-administrativas se ganha, de forma ampla, na democracia e no pluralismo jurídico.

A Constituição, cujo procedimento tem por objetivo assegurar o exercício do poder social e político, deve fazer certas previsões sobre o dissenso, ao prescrever as possíveis violações ao sistema jurídico, pois, para arbitrar o dissenso, o político necessita ser juridicizado. Dessa forma, é preciso que o direito de resistência não esteja apenas no mundo dos fatos ou da dependência da hermenêutica jurídica, mas previsto e garantido na Constituição, além de construir uma unidade teórica do fenômeno da resistência, independentemente das espécies e da extensão que tomarem assento constitucional.

A Proposta de Emenda Constitucional do direito de resistência reforça três perspectivas (afirmativa, limitativa e negativa) por força da combinação de suas modalidades e respectivas variáveis:

a) *resistência afirmativa* – resulta da diáde de contestação/mudança, que consiste no exercício que contrasta o *status quo* com o desejo de transformações de perspectivas políticas, ou afirmação e ampliação de direitos. Demanda questões localizadas em dois registros principais: a) a resistência não é exercida apenas para a tomada do poder de Estado, mas em razão do direito de participar das decisões políticas, rompendo a verticalidade hierárquica do poder de Estado; b) a resistência não se concentra apenas na defesa de certos direitos, mas na luta para ampliar o próprio direito de cidadania;

b) *resistência limitativa* – resulta do exercício que visa à conservação política e social, mediante expediente de controle do Estado, com vistas a evitar irregularidades políticas e administrativas ou o desrespeito da liberdade dos indivíduos. Nesse caso, a resistência resulta do contraste entre a manutenção do *status quo* com aqueles que concordam com a mudança ilegítima do sistema político-jurídico. Se, de um lado, a resistência limitativa censura as violações da ordem democrática e da ordem constitucional, de outro, fortalece a objeção de consciência como limite de ação do indivíduo contra o Estado;

c) *resistência negativa* – resulta da negação da ordem constitucional e da ordem democrática, isto é, do contraste da manutenção da ordem jurídica com aqueles que lutam contra essa ordem, com vista a evitar transformações sociais legítimas, ou, ao contrário, querem a transformação brusca, mediante a revolução. Essa perspectiva não contempla o aperfeiçoamento do Estado,

quer sua omissão ou a simples destruição do sistema político-jurídico.

O direito de resistência, por fim, somente se justifica no caso de descumprimento de algum direito primário, tanto que opera quase sempre de forma similar ao direito de defesa, pois aquele que resiste a uma ordem injusta defende-se. É também um direito para se ter direito, isto é, um direito secundário que supõe que seu exercício está em favor do gozo de um direito primário, como a vida, a justiça, a dignidade humana, a propriedade.

Referências

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.
- LEITÃO, J. M. Silva. *Constituição e direito de oposição*. Coimbra: Almedina, 1987.
- MAZZONI, Giuliano. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- MORTATI, Constantino. *La costituzione in senso materiale*. Milão: Giuffrè, 1940.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 4. ed. Madri: Tecnos, 1988.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Lisboa: Lisboa, 1969.

Breve histórico sobre o desenvolvimento do *lobbying* no Brasil

Andréa Cristina de Jesus Oliveira

Sumário

1. Esclarecendo conceitos. 2. A face negativa do *lobbying*. 3. O desenvolvimento do *lobbying* no Brasil. 4. Considerações finais.

1. *Esclarecendo conceitos*

Lobbying é o processo pelo qual os grupos de pressão buscam participar do processo estatal de tomada de decisões, contribuindo para a elaboração das políticas públicas de cada país.

Para isso, os grupos de pressão utilizam-se de uma cadeia multifacetada de atividades que incluem coleta de informações, propostas políticas, estratégias apropriadas para dar suporte a tais demandas, confecção de pesquisas e a procura por aliados. A pressão é seu último estágio e geralmente requer uma presença organizada no centro de decisões de cada país. (GRAZIANO, 1994).

Em uma sociedade democrática, os tomadores de decisão são confrontados com uma complexa rede de interesses e se valem das idéias e opiniões dos grupos de pressão para subsidiarem suas decisões. Os grupos de pressão fornecem informações confiáveis e comprováveis aos tomadores de decisão e os mesmos transformam esses grupos em interlocutores, convidando-os a emitir sua opinião quando necessário.

Sendo assim, podemos conceber o *lobbying* como saber especializado e representação técnica, pois, enquanto represen-

Andréa Cristina de Jesus Oliveira é Doutora em Ciências Sociais (Unicamp), Mestre em Sociologia Política (Unesp – Araraquara), Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da Uninove (Centro Universitário Nove de Julho).

tam interesses especiais, os lobistas são o sustentáculo da informação de um especialista técnico-político. (GRAZIANO, 1994).

Esse tipo de saber específico ajuda os tomadores de decisão a formular propostas políticas e a perceber as reações da sociedade civil perante essas propostas.

A palavra *lobby* significa, em inglês, antesala, vestibulo, saguão. Por extensão, o lugar onde ficavam as pessoas que procuravam influenciar as autoridades e/ou políticos e que acabou por designar a ação de profissionais ou grupos que buscavam exercer pressões, muitas vezes legais, para que fossem aprovados projetos ou medidas em benefício daqueles que são por eles representados. (BORIN, 1988).

O primeiro cientista político a empregar o termo *lobby* como a busca de influenciar decisões políticas ou a aprovação ou rejeição de leis pelo Poder Legislativo foi Arthur F. Bentley em *The Process of Government* editado em 1908. (LEMOS, 1988).

Há duas visões sobre a origem do *lobby*. A primeira é a de Freire (1986), que afirma que o *lobby* tem como origem a prática dos agricultores do Estado de Virgínia, nos EUA, que procuravam, ainda no século XIX, influenciar as decisões sobre política agrícola por meio de seus representantes, na antesala do edifício do Parlamento (apud BORIN, 1988).

A segunda visão é a de Graziano (1994), que afirma que o *lobby* emerge no contexto americano com a política de interesses depois das eleições de 1896, bem como em consequência da derrota do movimento operário no fim do século, que decidiu a luta de classes nos EUA.

Dessa perspectiva, o *lobbying* seria um produto de uma “homogeneização” política, e muitas de suas estratégias e todos os seus procedimentos específicos seriam impraticáveis em um mundo marcado por profundas divisões ideológicas.

O *lobbying* surgiu como processo de diálogo entre grupos de interesses econômicos e o governo, tendo sido apropriado por or-

ganizações que não tinham motivos econômicos, as quais poderiam ser denominadas de entidades sociais ou idealísticas, comprovando a validade do processo para representar interesses perante os agentes governamentais.

O *lobby* se dirige aos centros de decisão, não sendo nenhuma ação de *marketing*. Ele não procura vender um produto ou serviços, mas sim influenciar burocratas e/ou políticos para a tomada de decisões que beneficiem um grupo social ou empresarial, um programa econômico ou uma linha de atuação de determinado segmento sócio-econômico, mediante uma legislação específica ou por meio de medidas especiais. Fornece a esses burocratas e políticos informações que supostamente eles não detêm e que são essenciais para a maior clareza sobre o tema em questão. (BORIN, 1988).

Desse modo, os grupos de pressão utilizam o *lobbying* para esclarecer o legislador ou a autoridade pública sobre as decisões ou propostas que possam vir a ser encaminhadas como um mecanismo operacional de persuasão. O *lobbying* deve ser visto como informação objetiva disponível para, em tempo hábil, instrumentar a melhor decisão.

Para Lemos (1988, p. 49), “o *lobby* precisa ser visto como a organização e a operação de ‘um eficiente canal de informações de mão dupla’, entre a entidade que o apropria e o setor do poder que focaliza”.

A atividade inclui a coleta de informações, propostas políticas, estratégias apropriadas para dar suporte a tais demandas, confecção de pesquisas e a procura por aliados. O *lobbying* proporciona a troca de informações e de idéias entre governo e partes privadas, capazes de infundir nas políticas públicas conhecimento de causa e realismo consciente. Seu último estágio é a pressão, momento em que o lobista deve-se valer de seu poder de comunicação e persuasão. (GRAZIANO, 1994, 1996).

Essa atividade requer uma presença organizada no centro de decisões de cada país. Segundo Graziano (1996, p. 139),

“os lobistas e suas organizações são portadores de um conhecimento especializado em suas áreas particulares de atuação. Nenhum congressista, ou qualquer de seus assessores, tem, por exemplo, conhecimento do sistema de tributação pertinente à educação superior comparável ao do especialista em assuntos fiscais contratado pelas sociedades científicas”.

Apesar de ser encarado com desconfiança e associado ao abuso do poder econômico (em função da necessidade de recursos de monta para pessoal e infra-estrutura envolvidos no fornecimento de informações, relatórios, pesquisas, elaboração de estatísticas, promoção de debates e eventos especiais, propaganda), segundo Figueira (1987), o *lobby* desempenha destacado papel como força social de aproximação entre a sociedade e o Estado.

De nosso ponto de vista, o *lobbying* é um aspecto inerente à política democrática e ao repertório de seus instrumentos, uma vez que,

“Originário do próprio mecanismo democrático, a essência do *lobby* é a informação direta, a visão aprofundada de um fato ou situação, suas razões, conseqüências ou implicações, próximas ou remotas. Seu relacionamento orgânico com a prática democrática baseia-se no consenso universal que nega a onisciência dos agentes governamentais, assim como dos demais partícipes da sociedade e, ao mesmo tempo, indica ser altamente salutar o exame de todas as informações precedentemente a qualquer tomada de posição. O que faz do *lobby* uma prática racional por excelência e obrigatoriamente responsável pelas conseqüências que vier a gerar”.

(LEMOS, 1988, p. 49).

No Brasil, o *lobbying* é reconhecido como atividade de relações públicas, de assessores parlamentares, de jornalistas e profissionais liberais, identificados com os interes-

ses de um determinado grupo empresarial ou segmentos sociais organizados da sociedade, que exercem suas influências de forma transparente, respondendo perante a Justiça por qualquer ato que exceda os limites da atividade lobista, mesmo aqui, na qual ele não é regulamentado. (BORIN, 1988).

O que singulariza o *lobbying* e lhe confere imensa complexidade é a sua fluidez. Desse modo, há diversos fatores que podem contribuir para a dificuldade no estabelecimento de um padrão rígido de classificação. Esses fatores são: o caráter transitório de alguns interesses defendidos, as alianças efêmeras entre setores da sociedade em torno de interesses convergentes e o surgimento de novos interesses na sociedade. (ARAGÃO, 1992).

As estratégias empregadas na atividade de *lobbying* variam, qualificando diferentemente os *lobbies*. Contudo, criar categorias explicativas sobre o *lobbying* é tarefa complexa, já que a atividade se compõe de um emaranhado de práticas justapostas ou interconectadas que ocorrem simultaneamente.

Apesar de acreditarmos que o *lobbying* desempenha destacado papel como força social de aproximação entre sociedade civil e Estado ao possibilitar a participação dos grupos de pressão no processo de tomada de decisões, ele carrega um estigma de marginalidade que não pode ser desprezado.

2. A face negativa do lobbying

Por aproximadamente quinze anos, o termo *lobbying* foi utilizado quando a imprensa se referia à corrupção e tráfico de influência, o que desgastou o termo, criando um estigma de marginalidade que, hoje, longe de ter sido superado, ainda envolve a atividade.

Bem documentado pela imprensa, o termo *lobbying*, não raro, é utilizado com imprecisão. Algumas vezes é usado como sinônimo de pressão simples, tráfico de influência ou corrupção. Outras vezes, é tomado

como prática exclusiva de grandes corporações que utilizam seu poder econômico para alcançar seus objetivos.

O estigma que o *lobbying* carrega está relacionado ao fato de a atividade aparecer associada a escândalos, a licitações direcionadas, propinas e obras superfaturadas. E os protagonistas dessas histórias, no Brasil e no exterior, têm sido na maioria das vezes empresas e autoridades públicas. Esses fatos reforçam a imagem do *lobby* como ilegítimo e ilegal.

Hoje, a palavra *lobbying* carrega um significado tão negativo que os próprios profissionais da área preferem utilizar outros termos para descrever sua atividade.

Alguns autores mostraram em seus trabalhos uma face do *lobbying* realizado no Brasil que se utiliza da corrupção e tráfico de influência para a representação de interesses. (BORIN, 1988; FIGUEIRA, 1987; BEZERRA, 1995, 1999).

Bezerra (1999) mostrou a atuação dos escritórios de *lobby* e consultoria na liberação de verbas dos Ministérios para prefeituras municipais e governos estaduais utilizando-se da intermediação de parlamentares. O que se vê são redes de relações pessoais atuando sobre o trâmite dos pleitos, que envolvem Ministros, deputados, senadores, assessores parlamentares, funcionários federais, técnicos, prefeitos e governadores. Mostra também como as grandes empreiteiras montam esquemas de influência para a liberação de verbas, utilizando-se ou não dos serviços dos escritórios de *lobby* e consultoria.

Para dar agilidade aos pleitos, os funcionários recebem presentes e dinheiro dos assessores parlamentares e lobistas, que “acompanham” os processos do interesse de seus clientes.

Mas as atividades dos escritórios de *lobby* não dizem respeito apenas ao “acompanhamento” dos processos. Muitas vezes esses escritórios são responsáveis pela elaboração do projeto e pelo encaminhamento das providências burocráticas necessárias

para o encaminhamento de processos ao Ministério. Ao receber informações privilegiadas dos funcionários federais, informam aos prefeitos e governadores quais verbas serão liberadas e como devem proceder para ter acesso a essas verbas.

Apesar de entendermos *lobby* como saber especializado e informação privilegiada, sabemos – como o estudo de Bezerra (1999) mostrou, e como a imprensa noticia cotidianamente – que o *lobbying* nem sempre é praticado da maneira ideal.

Além das práticas ilegais propriamente ditas, o *lobbying* apresenta algumas características que podem ser vistas como danosas a uma sociedade democrática e igualitária.

Em primeiro lugar, gostaríamos de ressaltar os investimentos de monta que devem ser feitos para qualquer tipo de ação de *lobbying*.

Apesar de o *lobby* público no Brasil não ser forte, como Aragão (1992) afirma, idealmente, qualquer grupo de interesse ou pressão pode-se associar a outros de mesmo tipo e que apresentem os mesmos ideais e montar uma estratégia de *lobbying* no Congresso Nacional. Desse ponto de vista, há condições iguais para todos, o que reforçaria o interesse público.

Porém, nem todos têm condições financeiras e estrutura para realizar a atividade de *lobbying*.

O fato de que apenas alguns segmentos da sociedade são aptos a implementar uma ação de *lobbying* leva a um desequilíbrio na esfera da representação de interesses. O ideal seria que todos os segmentos da sociedade – sejam eles de trabalhadores ou de empresários, grupos ambientalistas ou feministas – tivessem as mesmas condições de implementar uma ação de *lobbying*. No entanto, não é o que a realidade nos mostra.

Um exemplo bastante simples dessa argumentação reside nas diferenças com relação à estrutura que possuem a CNI e o DIAP. A CNI dispõe de recursos financeiros muitas vezes maiores que os do DIAP. E isso

ocorre porque o DIAP, além de não ser agraciado com a contribuição sindical das Federações e Sindicatos da Indústria, depende da mensalidade de seus associados para se manter.

Desse modo, é inegável que o *lobbying* apresenta um formato de articulação de interesses que acentua as divisões sociais e favorece os grupos que possuem maiores recursos financeiros.

Outra questão que deve ser levantada está relacionada à prática dos lobistas. Ao defender interesses específicos e muitas vezes particularistas, o modo lobista de influenciar decisões incide negativamente sobre as possibilidades de alargamento da proteção social promovida pelo Estado, uma vez que coíbe coalizões amplas e duradouras.

Todos esses fatos conjugados reforçam ainda mais um grande preconceito que existe com relação à atividade. Dependendo do segmento social que implementa a prática, esse preconceito aumenta ou diminui.

Se o *lobbying* é realizado por um grupo de pressão do setor financeiro, é um *lobby* do mal e, portanto, ilegítimo. Porém, se o *lobbying* é realizado por um grupo de pressão que congrega os interesses de trabalhadores ou de uma ONG ambientalista, então o *lobbying* realizado é considerado do bem e, portanto, louvável.

Com relação ao *lobbying* privado, o preconceito é ainda maior, pois ele é rapidamente relacionado ao abuso de poder econômico e à defesa de interesses egoísticos ou particularistas. No entanto, como é visto o *lobby* público? O *lobbying* de alguns setores governamentais é particularista, porém, não é visto como tal.

De nosso ponto de vista, isso ocorre, pois não se vê o próprio Estado como lobista, defendendo interesses particularistas em seu próprio bojo. Se é Estado, o interesse público vem em primeiro lugar e não há discussões sobre sua legitimidade ou não.

Os lobistas são os mais afetados por esse preconceito. A sociedade os vê de maneira negativa, pois lhes é atribuída imensa in-

fluência política e, portanto, um poder de transformação que nem sempre os mesmos possuem.

A não regulamentação da atividade também contribui para que o estigma se perpetue, já que não há impedimentos legais para aqueles que exercem a profissão de maneira inapropriada.

Existe certo desconforto com relação à atividade, e isso é inegável. Quanto menos ideologizada e mais particularista nossa sociedade se torna, mais necessária se faz a discussão em torno do *lobbying*, pois o seu crescimento é inevitável.

Apesar de não apresentar, hoje em dia, um estigma de marginalidade tão forte quanto o do *lobbying* brasileiro, nos EUA o *lobbying* também é visto de maneira negativa. Ele não possui a mesma legitimidade da representação eleita e, segundo Graziano (1996), muitas dúvidas e suspeitas continuam a rondar a atividade e seus participantes.

Na Europa, o *lobbying* também é visto de maneira negativa e jamais foi regulamentado. Na França, o *lobbying* é visualizado como uma atividade liberal e não está sujeito a leis particulares. A profissão de lobista é classificada como “liberal e independente” e cursos de formação específicos, como o ministrado pelo Instituto de Estudos Políticos de Paris, já se encontram em funcionamento. Apesar da tendência à profissionalização da atividade, denotada pelo oferecimento de cursos de formação, o Parlamento Francês, diferentemente do Europeu, não reconhece a atividade.

O Parlamento Francês não registra lobistas, impedindo seu acesso às salas de reuniões, documentos e parlamentares nos corredores, o que evidencia não só que a atividade não é reconhecida, como também não é bem-vinda.

Hoje em dia, há um movimento crescente de *lobbying* no Parlamento Europeu em Bruxelas. Grandes escritórios de *Public Affairs*, como a Burson-Marsteller, possuem escritórios em Bruxelas. Estima-se que haja até três mil escritórios de consultoria e

lobbying em ação. No entanto, o formato é ligeiramente diferente do *lobbying* americano.*

Assim como a opinião pública tem uma visão negativa acerca do *lobbying*, os parlamentares também oferecem resistência à sua prática e conseqüentemente à sua regulamentação. Existe certo preconceito com relação à atividade. Aragão (1992) divide os tipos de resistência oferecidas pelos parlamentares em quatro:

– Ideológica: um parlamentar do PT não se sente confortável com uma abordagem de um representante não-parlamentar da UDR.

– Funcional: o parlamentar considera o lobista como uma espécie de concorrente, tanto como impulsionador da atividade legislativa quanto representante de interesses econômicos/sociais concorrentes aos seus;

– Profissional: o parlamentar assume o papel do lobista e concorre profissionalmente com os agentes de grupos de pressão;

– Ética: o parlamentar teme sobre a lisura e legalidade das ações dos grupos de pressão e seus agentes na defesa de interesses.

A criação do estigma de marginalidade do *lobbying* teve início na década de 70 e está intrinsecamente relacionado à estrutura do Estado brasileiro.

Durante a ditadura militar, o Congresso foi extremamente enfraquecido e o atendimento de demandas, assim como a formulação de políticas públicas, tornaram-se atribuição do Poder Executivo. Além disso, o processo de tomada de decisões e as informações que subsidiariam essas decisões eram muito centralizados. É a partir desse contexto que surge a figura do “amigo do Rei”.

A compra de acessos e resultados era uma constante e para isso bastava ter bons contatos, ou seja, ter acesso ao “amigo do Rei”. Conhecer ministros influentes ou militares em cargos estratégicos era essencial para o sucesso do lobista. No entanto, todo o processo se desenrolava na clandestinidade.

* Informações sobre o *lobby* europeu acessadas pelo site: <<http://td257.hospedagemweb.com.br/bastidores/bastidores11.htm>>. Acesso em 05 jan. 2004.

Segundo Lemos (1988), até muito recentemente, o setor produtivo viveu na estreita dependência do governo ou “de figuras de poder”.

Essa relação tão próxima entre o setor produtivo e as figuras de poder gerou a compra de acessos e resultados e uma série de acordos escusos foram travados. A essas negociatas a imprensa deu o nome de *lobby*. A relação entre *lobby*, corrupção e tráfico de influência estava traçada e a mídia passou a denunciar essas negociatas utilizando-se erroneamente do termo.

A mídia, apesar de estar prestando um importante serviço à sociedade civil ao denunciar práticas escusas, ao utilizar o termo *lobby* de maneira indistinta acabou por mistificá-lo. O termo passou por um desgaste prematuro, já que foi utilizado como sinônimo de corrupção e tráfico de influência.

De nosso ponto de vista, foi inapropriado utilizar o termo *lobby* como sinônimo de corrupção e tráfico de influência, pois *lobbying* e regimes ditatoriais não se conjugam. Um sistema político em que as decisões são centralizadas e o Poder Legislativo é fraco não apresenta um ambiente adequado para o desenvolvimento do *lobbying*. Aliado ao desconhecimento sobre a atividade, todo tipo de confusão foi propiciada sobre o termo.

Portanto, acreditamos que *lobbying* e corrupção e *lobbying* e tráfico de influência são atividades completamente distintas que não podem ser conjugadas. Rejeitamos termos como *lobbying* antiético, *lobbying* do mal ou *lobbying* negativo.

Sendo assim, atividades que não se utilizam de uma representação técnica, pautada pelo oferecimento de informações imparciais e confiáveis e que propiciem uma abertura de canais de comunicação com o governo, não podem ser caracterizadas como *lobbying*. Crimes como a corrupção e o tráfico de influência, apesar de terem sido considerados como sinônimos de *lobbying* durante a ditadura militar, não o são, e, portanto, devem ser punidos.

3. O desenvolvimento do lobbying no Brasil

Pouco foi escrito sobre *lobbying* no Brasil. Existem alguns estudos efetuados, em sua grande maioria, por profissionais das áreas do Direito, Administração, Jornalismo e Relações Públicas. (LODI, 1982, 1986; FIGUEIRA, 1987; LEMOS, 1988; BORIN, 1988; ARAGÃO, 1992, 1994; VIANNA, 1994, 1995; RODRIGUES, 1996; BEZERRA, 1999).

Bezerra (1999) e Vianna (1995) assim como Aragão (1992) são alguns dos poucos representantes da academia a estudar o *lobbying* no Brasil. Bezerra (1999), um antropólogo político, ao discutir o processo de negociação para o orçamento da União, esbarra nos escritórios de *lobby* e consultoria atuantes em Brasília, fazendo uma análise em que *lobby* e corrupção estão fortemente ligados. Vianna (1995), com o objetivo de desvendar os fatores de natureza política que dificultam a concretização do modelo universalista de seguridade social inscrito na Constituição de 1988, afirma que há uma americanização (perversa) da seguridade social no Brasil e utiliza-se do *lobbying* como categoria explicativa. Aragão (1992), por sua vez, produziu um dos mais completos trabalhos sobre grupos de pressão já escritos.

Uma das razões para o pequeno interesse da academia sobre o *lobbying* reside no fato de uma insistência demasiada dos pesquisadores em uma perspectiva estatista, que Vianna (1994) chama de européia. Segundo a autora, além de reduzida, a produção acadêmica parece sofrer de um certo preconceito, pois diversos trabalhos que abordam a atuação de grupos sociais e/ou setores empresariais na defesa de seus interesses procuram referenciais analíticos alheios à questão do lobismo, contribuindo para mantê-la num certo limbo teórico.

Segundo a autora, a literatura recente sobre políticas sociais acentua o papel dos interesses diversificados na situação atual sem associá-lo ao *lobbying* como fenômeno mais geral.

A maioria dos trabalhos sobre políticas sociais foi escrita nas décadas de 70 e 80. No entanto, isso não quer dizer que não havia grupos de pressão atuando no cenário nacional antes disso.

Segundo Figueira (1987), no século passado já havia *lobby* no Brasil e o movimento da abolição da escravatura é um bom exemplo.

Aragão (1994), por sua vez, acredita que no século XIX já se praticava *lobbying* no Brasil e cita como exemplo as práticas da Associação Comercial do Rio de Janeiro, que começou a se organizar em 1808 com o objetivo de defender e cooperar ativa e constantemente com relação a tudo quanto pudesse concorrer para o desenvolvimento das classes que representava.

O autor lembra a atuação da Associação Comercial da Bahia, fundada em 1811, e que em vários casos atuou em defesa dos interesses de seus associados e de entidades coligadas, perante o Congresso Nacional durante a Primeira República.

Além dos estudos acadêmicos escassos, eventos voltados para a discussão do tema não aconteceram em profusão.

A preocupação com o fenômeno, embora não seja nova, só tem-se manifestado em eventos esparsos. Um desses eventos foi a I Conferência Nacional da OAB em 1958, que incluiu o tema “Advocacia e Poder Legislativo: *Lobbying*”.

A tramitação de leis – como a criação da Petrobrás, o Código Brasileiro de Radiodifusão, o Estatuto do Trabalhador Rural, todas aprovadas antes do golpe militar de 1964 – teve a decisiva participação dos grupos de pressão na sua aprovação. (ARAGÃO, 1992).

Durante a ditadura militar, a atuação de grupos de pressão era restrita devido à centralização do processo de tomada de decisões no Executivo, o que resultou na fragilidade do Poder Legislativo. Essa centralização, porém, não impedia que certos grupos pressionassem o Poder Executivo, a fim da obtenção de suas demandas.

O regime autoritário levou a cabo a modernização econômica do Brasil. Criou interesses, ao mesmo tempo em que impedia ou fragmentava suas vias de expressão, mudando assim a relação tradicional entre o Estado e a sociedade civil. (VIANNA, 1995).

Deu-se então a interrupção de um vigoroso processo associativo que tendia a se fortalecer na medida em que a prática democrática continuava a ser exercida pela sociedade. Segundo Schmitter (1971 apud ARAGÃO, 1992), não existia no Brasil pré-64 um genuíno pluralismo na organização dos interesses no país.

No entanto, o golpe militar teve ampla sustentação por parte de setores organizados da sociedade civil, revelando a interferência dos grupos no sistema político do país.

Durante sua vigência, há um grau bastante alto de interferência por parte do Estado na vida brasileira. Calcula-se que, ao fim do regime militar, existiam mais de 150 mil normas, entre leis, decretos-lei, decretos, atos, portarias e circulares, regulando praticamente todas as atividades no país, principalmente a econômica.

Uma reportagem da revista *Visão*, publicada em 12/11/1973, chama a atenção para a atuação dos grupos de pressão no Congresso. Tinha como título: *Lobby à Brasileira*. (ARAGÃO, 1994; VIANNA, 1995).

A *Gazeta Mercantil*, em 2/7/1980, publica a matéria intitulada: *Lobby: no Brasil*, uma instituição tão antiga quanto Brasília. Seu autor narra casos de lobismo explícito. Em 1982, a questão dos *lobbies* motivou a publicação de mais de cinquenta matérias e artigos na imprensa. (VIANNA, 1995).

Além do grande número de matérias e artigos na imprensa, 1982 foi um ano propício à realização de eventos sobre o *lobbying*.

O VII Congresso Brasileiro de Relações Públicas trouxe especialistas americanos, entre eles, Phillip Kotler, um proeminente autor da área, que ressaltou o aspecto profissional do *lobbying* para o profissional de

relações públicas. Nessa época, profissionais de relações públicas defendiam uma espécie de reserva de mercado no exercício das atividades profissionais como lobistas. Esteve presente também o Senador Marco Maciel, que posteriormente, em 1984, foi o primeiro parlamentar a tomar a iniciativa de propor uma lei que regulamentasse a atividade.

Outro evento organizado na mesma ocasião foi um seminário, promovido pela Universidade de Brasília, intitulado: "*Lobby e Grupos de Pressão*". Professores, profissionais e parlamentares avaliaram a legitimidade do *lobbying*.

Para Aragão (1994), um reflexo da importância dessa nova realidade é o fato de algumas entidades empresariais buscarem o Congresso para a defesa de seus interesses. Seguem alguns exemplos:

1) Disputa de 1978 a 1980 entre distribuidores de veículos e montadoras, que terminou com um acordo de paz intermediado pelo Palácio do Planalto.

2) Disputa entre plantadores de frutas, notadamente de cítricos, e produtores de refrigerante, em 1975. Os plantadores queriam estabelecer um percentual de suco de frutas nos refrigerantes.

3) No fim dos anos 70 e início dos 80, uma disputa entre transportadores de cargas, nacionais e multinacionais, encerrou-se com o veto presidencial ao projeto de lei que permitia a entrada de empresas multinacionais no setor.

4) A indústria da comunicação mobilizou-se entre 1978 e 1984 para impedir a aprovação de projeto que bania a propaganda de cigarros na televisão (ARAGÃO, 1992).

Segundo Aragão (1992), do ponto de vista econômico, o pacto entre o alto empresário e o regime militar havia chegado ao fim, agravado pelos choques do petróleo nos anos 70 e a redução dos empréstimos externos, determinando o encerramento do ciclo desenvolvimentista conhecido como o milagre brasileiro.

Apesar da excessiva intervenção e regulamentação do Estado na economia, o regime militar perdeu a capacidade de arbitrar o conflito entre diversos grupos empresariais e os conflitos entre capital e trabalho e o aumento da pressão política e econômica dos sindicatos de trabalhadores a partir de 1978 aliado a outros fatores como o início de um ciclo de crise econômica com o aumento da inflação, a perda do poder aquisitivo da população e a ocorrência de choques econômicos com os sucessivos planos heterodoxos com congelamento de preços e elevação de tarifas públicas contribuíram para o início do período de abertura política: lenta, gradual e irrestrita. (ARAGÃO, 1992).

Nos anos que antecederam a Constituinte, de fato, as condições propiciadoras do *lobbying* se consolidaram. Podemos ressaltar dois fatores: a) diversificação de instrumentos e canais de comunicação entre segmentos, principalmente empresariais e o Congresso; b) fragmentação crescente dessa representação. (VIANNA, 1995).

Em 1982, os grupos de pressão possuíam mais visibilidade no Congresso Nacional, principalmente os grupos empresariais, pois, com a vitória do PMDB nas eleições para a Câmara dos Deputados e as vitórias oposicionistas no Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais, o empresariado temia a ascensão das oposições ao poder.

Em 1983, era possível perceber uma ligeira diferença com relação ao processo adotado na representação de interesses. Embora o Congresso Nacional ainda fosse frágil, os representantes ali alocados possuíam alguma influência.

“Conhecer os ministros é bom, mas já não resolve tudo. O apoio de um parlamentar é muito importante”, afirmou o lobista José Pereira Graça Couto à revista *Senhor* de 31/8/1983.

Com a democratização, uma série de agentes, pouco acostumados com o novo modelo de participação e carentes de canais de representação política, aderiram ao *lobbying* como forma de pressionar os deci-

sores em favor de seus interesses, o que ganhou visibilidade no período de atuação da Assembléia Nacional Constituinte.

Em um regime democrático, a atuação dos grupos de pressão é essencial, uma vez que garante e defende efetivamente os interesses de minorias que o regime representativo não tem condições de abarcar.

O fortalecimento do Congresso Nacional como esfera decisória foi vital para esse processo. Segundo declaração do lobista Alexandre Paes dos Santos à revista *Senhor* de 31/8/1983, o *lobby* tende a se expandir com o fortalecimento da influência dos representantes eleitos. Segundo ele, “há 20 anos, não há *lobby* no Congresso. Agora, como a oposição fortaleceu-se, o *lobby* começou a tornar-se importante. E os amadores estão perdendo terreno”. (SANTOS, 1983, p. 49).

A democracia trouxe novos atores à arena decisória e os aspectos processuais da tomada de decisão foram muito alterados. Dessa forma, o Congresso passa a ter um poder sem precedentes na formulação de políticas.

Segundo Aragão (1992), foi a partir das eleições de 1982 que o empresariado passa a se preocupar com a oposição no Congresso, porém, antes, algumas entidades já realizavam serviços regulares de monitoramento legislativo. Destacavam-se as seguintes entidades: CNI (Confederação Nacional da Indústria), CNC (Confederação Nacional do Comércio), CNA (Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil), CACB (Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil), ABERT (Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão), Federação do Comércio de São Paulo e FI-ESP (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo).

Essa nova situação, além de motivar uma aproximação entre os grupos e o Congresso Nacional, leva-os a montar departamentos de assessoria parlamentar e a contratar consultores externos.

O aumento da importância das assessorias parlamentares e a contratação de con-

sultores externos é um reflexo dessa nova realidade. Não só as empresas e entidades de classe tratam de adquirir melhores recursos humanos, como o fazem também deputados e senadores que passam a depender cada vez mais de assessores qualificados, que podem interpor certas barreiras ao assédio lobista, ou participar do jogo. Sendo o *lobbying* uma via de mão-dupla, da mesma maneira que os lobistas pressionam os parlamentares, os parlamentares pressionam os governadores para que mobilizem suas bancadas. Nesse sentido, o papel do assessor técnico é o de alavancar *lobbies*. (VIANNA, 1995).

No entanto, o processo de fragmentação das entidades representativas não cessou. A criação do PNBE (Pensamento Nacional das Bases Empresariais) e do IEDI (Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial) resultam do descontentamento de amplos segmentos da classe empresarial para com as entidades já existentes, como a FIESP. Segundo Vianna (1995, p. 189), uma reportagem da revista Isto É de 14/9/1994 exemplifica esse fato. “Racha do setor eletro-eletrônico provoca a debandada de empresas da ABINEE para uma nova entidade”.

Lado a lado com as entidades “guardachuvas”, como a CNI e a CNC, dezenas de agrupamentos setoriais e lobistas de empresas ganharam *status* (formal ou informal) de representantes de interesses empresariais. (VIANNA, 1995).

Segundo Aragão (1992), após 1983, dezenas de entidades empresariais de setores específicos passaram a atuar no Congresso. Isso ocorreu porque:

- 1) Existe uma incapacidade natural das grandes entidades para tratarem, com eficiência, temas específicos de determinado setor;

- 2) Há necessidade de maior aproximação com o mundo político, independentemente dos canais de acesso das lideranças das grandes confederações;

- 3) Ocorre a existência de conflitos internos, específicos de entidades abrangentes,

trazendo a necessidade da maior generalização do discurso em detrimento de especificidade e segmentação;

- 4) Existe a crença de determinados setores do empresariado de que as lideranças de grandes confederações e federações estavam “envelhecidas”, “defasadas” ou excessivamente condescendentes com os poderes públicos;

- 5) Há a constatação de que múltiplos canais reverberando a mesma posição são mais eficientes do que um único canal de defesa de interesses.

O retorno dos grupos de pressão ao Congresso Nacional, a partir do fim da década de 70, foi facilitado pela “abertura política” e pela real perspectiva de que as oposições poderiam assumir o poder. (ARAGÃO, 1992).

Em adendo a isso, está a luta pela redemocratização, com a anistia política, a reorganização partidária, as diretas para Governador em 1982, a campanha eleitoral de Tancredo Neves e o Colégio Eleitoral em 1985 e a Assembléia Nacional Constituinte entre 1987 e 1988.

O resultado do processo de redemocratização foi o fortalecimento do Congresso Nacional como poder político e, conseqüentemente, dos grupos de pressão, que retomaram seu lugar no processo democrático, fazendo pressão e tentando influenciar os legisladores.

Nesse contexto, renasceu o interesse sobre o papel institucional dos grupos de pressão, notadamente no Poder Legislativo.

Em 1988, diante da evidente atuação dos *lobbies* durante o funcionamento da Assembléia Nacional Constituinte, o Instituto Tancredo Neves e a Fundação Friedrich Naumann realizaram um debate acerca do tema.

Nesse período, alguns grupos de pressão de natureza diversa passam a atuar fortemente. Entre eles, estão alguns grupos indigenistas que já aparecem registrados na Câmara dos Deputados desde 1983. Outro grupo interessante é o “*lobby do batom*”,

grupo que defende as causas feministas e que já atuava desde os anos 70, quando os primeiros grupos feministas se registraram como entidades legais. Seu trabalho foi mais intenso, sobretudo, durante a Constituinte. Questões como licença-maternidade, aborto, pátrio-poder e muitas outras ali se encaminhavam de forma decisiva e, portanto, o acompanhamento era necessário. (VIANNA, 1995).

A trajetória dos aposentados é similar. Apesar de conhecidos do público pouco antes da Constituinte, foi durante os trabalhos da Comissão Afonso Arinos que foram percebidos como um grupo que tinha de ser ouvido.

O panorama apresentado denota que são os grupos de pressão empresariais que principalmente atentam para a necessidade de influenciar as decisões governamentais. A questão que se coloca, no entanto, está relacionada aos meios utilizados para chegar a esse intento.

A centralização das decisões no Poder Executivo limitou muito a chegada de qualquer interesse que não fosse empresarial, uma vez que tanto o Estado quanto os empresários não são alheios ao tratamento privilegiado que estes sempre receberam.

Os grupos de pressão da sociedade civil, em sua grande maioria, ficaram à margem desse processo. Isso ocorreu, pois, para se influenciar o poder naquele período, era necessário saber quem deveria ser acessado. A falta de transparência das informações e do processo de tomada de decisões e a centralização de poder no Executivo contribuíam para que apenas um pequeno grupo de notáveis pudesse efetivamente ter alguma influência sobre o processo de tomada de decisões.

Entretanto, com a redemocratização, pudemos perceber que os grupos de pressão afetaram o processo legislativo. Sem maioria no Congresso e sem condições de impor suas decisões, o regime militar e as oposições tiveram que negociar o andamento de projeto de lei abrindo maior espaço

para a participação dos grupos de pressão no processo decisório.

Diversos projetos de lei discutidos e aprovados ao longo dos anos 80 tiveram a participação decisiva dos grupos de pressão, como o caso da revenda de veículos automotores em 1980; o aumento da contribuição previdenciária e taxas sobre supérfluos em 1981; a reserva de mercado na informática em 1984; o estatuto da microempresa em 1984; proibição da demissão imotivada do trabalhador em 1983/1985; código de defesa do consumidor em 1990; regulamentação do novo salário-mínimo em 1991. (ARAGÃO, 1992).

Apesar do florescimento da atuação dos grupos de pressão após o processo de redemocratização, há uma questão que nos inquieta: como países que não possuíam uma democracia consolidada poderiam apresentar as condições ideais para o desenvolvimento do *lobbying*?

Essa questão é interessante, pois, a partir de nossas investigações, vimos que o desenvolvimento do *lobbying* no Brasil data da década de 70 e, nesse período, vivíamos sob a égide de uma ditadura militar.

Sendo assim, como entender a atuação dos grupos de pressão em um momento de cerceamento das práticas associativas?

Segundo Lodi (1982, p. 48),

“durante os anos de autoritarismo, o empresário percebeu que era mais rápido e eficaz ativar uma autoridade superior ou ‘amigo do rei’, recorrendo ao sistema hierárquico, de cima para baixo, do que trabalhar o setor legislativo ou as autoridades de baixo para cima ...”

A afirmação de Lodi (1982) ressalta dois pontos que já abordamos, ou seja, a centralização do poder no Executivo e a diminuição de poder do Legislativo.

Alguns aspectos contribuíram para a volta dos grupos de pressão ao cenário político, e, quando nos referimos à volta desses grupos, estamos nos referindo aos gru-

pos de trabalhadores e aos grupos da sociedade civil, que faziam *lobby* público.

O primeiro dos aspectos observados é o próprio processo de redemocratização, que faz com que todos se adaptem a uma nova realidade, tanto o Estado quanto a sociedade civil. O segundo aspecto é o fortalecimento do Congresso Nacional e a instalação da Assembléia Nacional Constituinte, que já foram discutidos anteriormente.

No entanto, esses dois aspectos não são suficientes para abarcar toda a realidade da representação de interesses, que é consequência do período da redemocratização.

Podemos afirmar que a Constituição de 1988 foi escrita a partir de um modelo de Estado do Bem-Estar Social, que é uma corrente européia e estatizante, e não sob a ótica do Estado Liberal, corrente norte-americana, baseada na competição dos interesses.

Desse modo, por que se fortalece o *lobbying* diante de outros modelos de representação, como o modelo neocorporativo, por exemplo?

Ao discutir as razões do desenvolvimento do *lobbying* no Brasil após o período de redemocratização, Vianna (1995, p. 174) elenca algumas características de nosso sistema político, as quais, em sua opinião, contribuíram para o desenvolvimento do *lobbying*. A autora afirma que

“No Brasil, nunca houve partido com as características (e as raízes) das agremiações social-democratas européias; políticas keynesianas não foram propriamente o forte das experiências de planejamento econômico no país; e, sobretudo, no campo das relações de trabalho e do movimento sindical, o arbítrio e a segmentação corporativa sempre predominaram, impedindo que qualquer idéia de ‘pacto’ vingasse. Desse modo, os formatos neocorporativos e concertacionais de organização dos interesses e de influência sobre os processos decisórios, decisivos para a consolidação do Estado de

Bem-Estar, não se estabeleceram no Brasil. Ao contrário, (...) a prática particularizante do lobismo se impôs”.

Para Vianna (1995), o *lobbying* é uma alternativa ao neocorporativismo como formato de articulação de interesses; alternativa que já parece arraigada na sociedade brasileira.

Os aspectos do nosso sistema político, ressaltados pela autora, leva-nos a concordar com a mesma quando afirma que o desenvolvimento do *lobbying* no Brasil se deu a partir de uma “americanização” de nossa política.

A “americanização” da política consiste na conjugação de determinadas características, entre elas: ambiente em que interesses fragmentados e múltiplos competem por maior influência sobre os processos decisórios; predominância de demandas particularizadas; diminuição da atuação de grandes organizações representativas dos diferentes interesses sociais e aumento da atuação dos *lobbies* como intermediadores de reivindicações tópicas e a predominância da competição em torno de *issues* pontuais.

Como já afirmado, a organização do Estado brasileiro contribuiu para o desenvolvimento do *lobbying*, uma vez que: apresenta extrema permeabilidade ao particularismo; tem pouco poder de *enforcement*; possui partidos políticos fracos; demonstra um desvirtuamento das funções legislativa e judiciária, que leva a uma certa confusão entre o que é público e o que é privado (privatização do público); e, por último, um mercado de trabalho muito heterogêneo, segmentado e excludente. Todas essas questões conjugadas levariam os grupos de pressão e/ou interesses a aderir à prática do *lobbying*, negando assim a construção de pactos neocorporativos. (VIANNA, 1995).

Exemplos dessa argumentação podem ser buscados na atuação dos grupos de pressão dos trabalhadores e empresários. A atuação do movimento sindical brasileiro apresenta um padrão de demanda pulverizado e insulado, e o empresariado sofreu com a

crecente fragmentação de suas entidades representativas. A criação do PNBE e do IEDI é resultado dessa fragmentação e da pulverização de entidades de representação de interesses do empresariado. As discordâncias entre a CUT (Central Única dos Trabalhadores), a CGT (Confederação Geral dos Trabalhadores) e a Força Sindical também podem ser apontadas.

Os anos 2000 trazem uma perspectiva bastante animadora para o *lobbying* no Brasil. Parece-nos que a sociedade civil como um todo e não mais apenas o capital industrial e financeiro perceberam que é importante ter seus interesses representados de forma profissional.

Hoje, existem centenas de profissionais trabalhando na esfera de representação de interesses no Brasil e esse número tem crescido consideravelmente.

Aragão (1992, p. 86) afirma que “a profissionalização dos esforços de defesa de interesses no Congresso Nacional é fenômeno recente, ocorrido com maior vigor após a derrubada do regime militar em 1985”.

Contudo, ainda que recente, não podemos deixar de notar alguns pontos que, se considerados conjuntamente, apontam-nos uma forte tendência de profissionalização da atividade no Brasil.

Uma das questões mais importantes e que nos chamaram a atenção no curso de nossa investigação foi o crescente número de lobistas que haviam procurado maior aporte acadêmico, procurando realizar cursos de pós-graduação em nível de especialização e até mestrado. A UnB oferece um curso de especialização em Assessoria Parlamentar e vários lobistas entrevistados, assim como seus funcionários, haviam realizado esse curso.

Além da grande procura pelos cursos de especialização em Assessoria Parlamentar, já se pode encontrar na Internet páginas dos escritórios de consultoria e *lobbying* – que anteriormente não constavam sequer da lista telefônica –, anunciando como agem e quais são as estratégias de ação utilizadas.

Com a consolidação da democracia no Brasil e uma maior transparência das informações, sobretudo por parte do Poder Legislativo, a sociedade civil tem percebido as vantagens de apresentar propostas e oferecer sua opinião aos tomadores de decisão com o intuito de contribuir com o processo de elaboração de políticas públicas no país. Esse fato tem criado um nicho de mercado em expansão e, em consequência disso, o número de escritórios de consultoria e *lobbying* tem crescido, seu número de funcionários também, assim como sua estrutura física.

Além dos pontos levantados, não podemos deixar de ressaltar a constatação do elevado nível de qualificação da mão-de-obra dos escritórios de consultoria e *lobbying*, que, em geral, é composta por recém-formados em Ciência Política, Sociologia, Jornalismo, Relações Públicas, Economia, Administração de Empresas e Relações Internacionais pela UnB. Não raro, esses recém-formados, antes de comporem os quadros funcionais dos escritórios de *lobbying* e consultoria, foram estagiários em algum órgão público federal, como a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e até a Presidência da República.

Esses jovens lobistas, que aliam formação acadêmica e conhecimento prático da profissão, são um novo dado que não pode ser desprezado.

Porém, sem a regulamentação da atividade, que criaria limites éticos e contribuiria com a transparência necessária para arrefecer o estigma de marginalidade do *lobbying*, sua profissionalização estará sempre comprometida.

4. Considerações finais

A atividade de *lobbying*, independentemente do formato que assuma, é essencial em sociedades democráticas. Isso porque os tomadores de decisão são confrontados com uma complexa rede de interesses e a informação técnica que os lobistas levam a eles é

bastante importante, pois subsidia sua análise sobre o melhor caminho a seguir. O processo de *lobbying* transforma-se assim em uma via de mão dupla, pois, ao fornecer informações imparciais, confiáveis e comprováveis aos tomadores de decisão, os grupos de pressão estão construindo um importante canal de interlocução com o Estado, que, por sua vez, por intermédio de seus agentes, quando considerar oportuno, demandará informações dos grupos de pressão e os convidarão a participar do processo de tomada de decisão.

Envolto por um forte estigma de marginalidade, o *lobbying* no Brasil é comumente confundido com corrupção e tráfico de influência, como ressaltamos várias vezes ao longo do texto. No entanto, não apresenta nenhuma semelhança com esse tipo de prática ilícita.

Um dos argumentos mais fortes sobre essa diferença está centrado na possibilidade da obtenção de resultados duradouros que a utilização do *lobbying* garante.

Ao grupo de pressão cabe escolher qual o melhor caminho a ser trilhado. Se escolher o caminho da corrupção e tráfico de influência, além dos altos custos financeiros, o grupo de pressão deve ter consciência de que, toda vez que o assunto voltar a apresentar riscos ou oportunidades, relações espúrias deverão ser retomadas e mais dinheiro será gasto. Portanto, o uso da corrupção e tráfico de influência, apesar de trazer resultados mais imediatos, a longo prazo se torna incerto e perigoso.

Se escolher o caminho do *lobbying*, além de ser informado rotineiramente sobre a tramitação dos assuntos de seu interesse, poderá formular propostas e oferecer seu ponto de vista, criando um canal de comunicação com o governo. Além de estar bem informado e se transformar em um interlocutor do governo em seu setor produtivo ou área de interesse, o grupo de pressão despende recursos financeiros continuamente, porém, em pouca quantidade, a fim de ver suas demandas discutidas, aprovadas ou rejei-

tadas de acordo com a profundidade do debate travado.

Ao defender um interesse no Congresso Nacional, os grupos de pressão têm grande chance de vê-lo se transformando em leis, que podem regulamentar todo um setor produtivo, criando oportunidades ou evitar riscos para comunidades inteiras. O resultado do *lobbying*, dessa maneira, é seguro e duradouro, além de legítimo.

De nosso ponto de vista, foi inapropriado utilizar o termo *lobby* como sinônimo de corrupção e tráfico de influência, pois *lobbying* e regimes ditatoriais não se conjugam. Um sistema político em que as decisões são centralizadas e o Poder Legislativo é fraco não apresenta um ambiente adequado para o desenvolvimento do *lobbying*. Aliado ao desconhecimento sobre a atividade, todo tipo de confusão foi propiciada sobre o termo.

Portanto, acreditamos que *lobbying* e corrupção e *lobbying* e tráfico de influência são atividades completamente distintas que não podem ser conjugadas. Rejeitamos termos como *lobbying* antiético, *lobbying* do mal ou *lobbying* negativo.

Com a consolidação do *lobbying* no sistema político brasileiro, sobretudo após o período de redemocratização do país, criou-se um nicho de mercado para os lobistas.

No entanto, enquanto a opinião pública não for informada sobre o significado real da atividade de *lobbying* no Brasil, ele nunca poderá ser encarado como deveria, ou seja, como um instrumento essencial para a elaboração de políticas públicas no Brasil.

Referências

ARAGÃO, Murillo. *Grupos de pressão no Congresso Nacional: como a sociedade pode defender licitamente seus direitos no poder legislativo*. São Paulo: Maltese, 1994.

_____. *Os grupos de pressão no Congresso Nacional: abordagem ao papel dos grupos no Legislativo, seus procedimentos e legislação pertinente*. Brasília, 1992. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) –

Faculdade de Estudos Sociais Aplicados, Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 1992.

BARBIERI, Carlo. Visão do Congresso Norte Americano e Europeu sobre o lobby em uma democracia moderna e globalizada. In: FERREIRA, Josué Santos (Org.). *Os meandros do Congresso Nacional: como interagir e participar das atividades legislativas brasileiras*. Brasília: Senado Federal; Câmara dos Deputados, 2001.

BEZERRA, Marcos Otávio. Municípios, “empresas de intermediação” e verbas públicas: a intervenção e o clientelismo como negócio. *Comunicações do PP-GAS*, Rio de Janeiro, Museu Nacional, UFRJ, n. 5, mar. 1995.

_____. *Em nome das “bases”*: política, favor e dependência pessoal. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

BORIN, Jair. O lobby na imprensa: tipificação e formas de atuação. *Cadernos de Jornalismo e Editoração*, São Paulo, n. 22, 1988.

DINIZ, Eli. Globalização, herança corporativa e a representação dos interesses empresariais: novas configurações no cenário pós-reformas. In: BOSCHI, Renato; DINIZ, Eli; SANTOS, Fabiano. *Elites políticas e econômicas no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

_____; BOSCHI, Renato Raul. Lideranças empresariais e problemas da estratégia liberal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 23, 1993.

FIGUEIRA, Archibaldo. *Lobby: do fico à UDR*. São Paulo: Sagra, 1987.

GRAZIANO, Gigi. Lobbying, troca e definição de interesses: reflexões sobre o caso americano. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 317-340, 1994.

GRAZIANO, Luigi. Lobbying and the public interest. In: ANNUAL CONFERENCE OF ANPOCS, 20., 1996, Caxambu, Brasil, oct. 22-26. Outline of a talk to be given at the 20th Annual Conference of Anpocs. Caxambu: [S. n.], 1996.

GUEIROS, Nehemias. Assessoria a parlamentares e às comissões técnicas do Congresso: legitimidade do “lobbying”. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 1., 1958, Rio de Janeiro. Mimeo.

LEMOS, Roberto Jenkins. *Lobby: direito democrático*. São Paulo: Sagra, 1988.

LODI, João Bosco. *Lobby: grupos de pressão*. São Paulo: Pioneira, 1986.

_____. *Lobby & holding*. São Paulo: Pioneira, 1982.

SANTOS, Alexandre Paes. Lobby a descoberto: é o negócio mais próspero da capital. Profissional e à luz do dia. *Senhor*, Rio de Janeiro, p. 49, 31 ago. 1983.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gerard. *Sociologia política: elementos de ciência política*. São Paulo: Difusão, 1979.

VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. *Articulação de interesses, estratégias de bem-estar e políticas públicas: a americanização (perversa) da seguridade social no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1995. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1995. Mimeo.

_____. *Lobismo: um novo conceito para analisar articulação de interesses no Brasil*. Centro de Estudos de Políticas Públicas, [Rio de Janeiro?], texto para discussão n. 25, jul. 1994. Mimeo.

A idéia de um Conselho de Estado brasileiro

Uma abordagem histórico-constitucional

Christian Edward Cyril Lynch

Sumário

Introdução. 1. Governo por conselho no Antigo Regime. 2. Governo por conselho no Brasil Imperial. 2.1. O obstáculo do princípio democrático. 2.2. O primeiro conselho de Estado (1824-1834). 2.3. O segundo conselho de Estado (1841-1889). 3. A persistência da idéia de conselho de Estado durante a República. 3.1. Conselho de Estado "liberal" (1910/1912/1920). 3.2. Conselho de Estado como quarto poder (1914/1930). 3.3. Os Conselhos da República e de Defesa Nacional (1988). Conclusão.

Introdução

Não é novidade a reavaliação crítica que certos lugares comuns epistemológicos vêm sofrendo. Uma de suas conseqüências talvez seja a própria idéia utilitária de que o progresso se constrói pela superação e destruição do passado, desdenhando valores como tradição. Hoje, quando parece pacífica a idéia de que o homem não é apenas um ser individualista e racional – ao contrário, trata-se de um ser constituído de afetos, contradições e crenças coletivas –, a compreensão do papel e da natureza das instituições políticas não tem como ficar infensa a tais percepções, pondo a descoberto a necessidade de rever os fundamentos da legitimidade do Estado. Não basta mais organizar um Estado norteado puramente em princípios abstratos, de inspiração meramente universal-racional. Vivemos uma conjuntura em que, para justificar sua própria exis-

Christian Edward Cyril Lynch é bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade do Rio de Janeiro (UNI-RIO), mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), doutorando em Ciência Política pelo Instituto de Pesquisas do Estado do Rio de Janeiro (IUPERJ) e professor do departamento de Direito Público da Universidade Federal Fluminense (UFF).

tência e ganhar mais adesões, o Estado deve incorporar instituições simbólicas que não podem ser encontradas senão nas peculiaridades de seus povos.

Trata-se de fazer o Estado incorporar às suas instituições elementos específicos da cultura das populações onde exerce sua soberania e jurisdição, de forma a garantir maior legitimidade e, por conseguinte, maior eficácia da ação estatal. Parece natural que, na consecução desse desiderato, nos voltemos ao exame da história. Não se trata, naturalmente, de apenas ressuscitar institutos baseados na tradição como comumente a compreendemos; trata-se de rever o papel que a tradição pode desempenhar nesse momento de transformação da sociedade e sua própria noção: “Uma ordem social pós-tradicional não é aquela na qual a tradição desaparece – longe disso. É aquela em que a tradição muda seu *status*. As tradições têm de se explicar, têm de se tornar abertas à interrogação ou ao discurso” (GIDDENS, 1996, p. 13).

Nesse particular, parece interessante seguir a sugestão de que, mais do que a república presidencialista, foi o regime monárquico que apresentou uma conformação político-ideológica menos afastada do imaginário popular de então (CARVALHO, 1990) e aí indagar alguns porquês. Poderíamos atribuir essa maior legitimidade das instituições monárquicas ao fato de que o regime imperial representava, ao menos formalmente, a seqüência de um sistema de governo que nos governara desde o início da colonização portuguesa, continuando, assim, a permear decisivamente o imaginário cotidiano dos habitantes do país. Isso provocaria a chamada “nostalgia imperial”; uma nostalgia que, embora mais presente entre as camadas mais letradas do país, estaria

“articulada com a própria consituição da consciência coletiva dos brasileiros. O que importa reter é que, se difuso ao nível popular e acentuado nas elites intelectuais, há a presença de um sentimento de que houve um tempo

em que o Brasil era mais respeitável, mais honesto, mais poderoso que atualmente” (SALLES, 1996, p. 15).

Essa nostalgia derivaria do fato de que o Estado monárquico teria tido uma penetração profunda na forma de o brasileiro pensar-se enquanto nacionalidade, por um lado, e pelo próprio alcance limitado da obra republicana, por outro. Esta, ao invés de diferenciar-se da herança monárquica, acabou por procurar, depois de algumas décadas, em função da decepção que inspirara na nação, associar sua imagem à da monarquia (CARVALHO, 1990, p. 141). Por outro lado, o Império

“realizara uma engenhosa combinação de elementos importados (...) Tratava-se, antes de tudo, de garantir a sobrevivência da unidade política do país, de organizar um governo que mantivesse a união das províncias e a ordem social (...) Se o governo imperial contava com as simpatias populares, inclusive da população negra, era isso devido antes ao simbolismo da figura paternal do rei do que à participação real dessa população na vida política do país” (CARVALHO, 1990, p. 23).

Nessa “engenhosa combinação”, predominaram duas instituições políticas que se situavam no cume do aparelho estatal e que, em última instância, resolviam as questões cruciais referentes à política e à administração do Império – o Poder Moderador, delegado ao Imperador, e o Conselho de Estado, órgão consultivo do monarca. O fato de ambos os institutos acharem-se extintos, malgrado a importância que tiveram na fase decisiva de formação do país e da nacionalidade, só aumenta seu interesse para nós. O que pretendemos é, numa perspectiva de redimensionar o papel da tradição entre nós, revisitar a segunda dessas duas instituições – o Conselho de Estado –, de modo a fornecer subsídios para a compreensão de sua eventual utilidade institucional numa perspectiva supra-histórica.

1. Governo por conselho no Antigo Regime

Os conselhos reais se formam na Europa a partir do século XIII e se consolidam no século XIV. Na doutrina desenvolvida no final da Idade Média, como se sabe, o monarca deixa de ser somente o distribuidor da Justiça e se torna soberano; não havendo quem limite o seu poder, era a fonte última de todas as decisões políticas. Na prática, contudo, o próprio desenvolvimento burocrático das instituições estatais, provocado pelo próprio aumento da demanda jurisdicional e administrativa, tornava imperioso que o monarca decidisse por meio de auxiliares, tendo de delegar-lhes poderes. Esses auxiliares eram os seus conselheiros, sendo que dar conselho era, no sistema medieval, um dos deveres dos vassalos para com o seu senhor (REINHARD, 1997).

A matriz imediata da qual herdávamos o conselho de Estado enquanto instituição política foi a monarquia portuguesa. O primeiro órgão em cujas atividades podemos identificar características do futuro conselho de Estado português foi a chamada *Cúria Régia*, organismo medieval com feições de assembleia que reunia personalidades representativas da sociedade portuguesa de então. Antecessora também das futuras Cortes, tinha caráter meramente consultivo, devendo todavia colaborar com o monarca sempre que por este solicitado nos assuntos relevantes para o Reino. No entanto, “o conselho de Estado da antiga monarquia nunca teve uma organização regular nem atribuições definidas. O rei consultava os prelados e grandes do Reino nos negócios graves, mas esses costumes eram antes resultado de uma tradição do que de uma obrigação legal” (ASSUF, 1960, p. 76).

O Conselho de Estado português, com esse nome, só seria instituído em 1569, por alvará do Rei Dom Sebastião I. Era diretamente inspirado em seu similar espanhol, criado por Carlos V quarenta e três anos antes, denotando um esforço de maior raci-

onalização do aparelho político. Durante o domínio espanhol (1580-1640), o Conselho de Estado continuou a officiar junto ao vice-rei ou aos governadores, opinando sobre questões externas ou internas. Embora, quando da Restauração, Dom João IV tenha dado novo regimento ao Conselho, parece que, da forma como ele se via organizado, estava fadado a decair cada vez mais de importância, ainda que mantida a monarquia absoluta. O processo de racionalização da administração pública, ocorrido durante o século XVIII sob influxo do ideário iluminista, não tinha como deixar de esvaziar as atribuições do Conselho de Estado, órgão não especializado e genérico, em detrimento de outros organismos de caráter mais técnico e de competência definida, tais como o Desembargo do Paço, a Mesa de Consciência e Ordens, o Conselho de Fazenda, o Conselho Ultramarino e o Almirantado. O Conselho de Estado assim formado, como todos os órgãos integrantes da administração pública portuguesa, foi transferido para o Brasil quando da mudança da capital do Império para o Rio de Janeiro, em 1808. Não obstante, parece não haver senão notícias esparsas acerca de efetivo funcionamento deste no Brasil. Esse último fato só vem a confirmar que o instituto, tal como estava organizado na monarquia absoluta, estava fadado a desaparecer.

Paradoxalmente, seria o movimento liberal-constitucionalista que, remodelando-o e fixando em lei suas atribuições específicas, haveria de salvá-lo do desaparecimento, tanto no Brasil quanto em Portugal. Na metrópole, o velho instituto fora previsto nas bases da Constituição de 9 de março de 1821, sendo por fim consagrado na Constituição de 23 de setembro de 1822 (arts. 162-170). No Brasil, após o retorno da Corte para Lisboa, em 1821, seria do interesse do Príncipe Regente Dom Pedro cercar-se de conselheiros representativos da porção americana do Reino, o que o levaria a criar, no ano seguinte, o chamado Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias, que seria substituí-

do posteriormente pelo Conselho de Estado brasileiro. Num momento em que era necessário instituir um governo de cunho liberal, sem que houvesse parlamento representativo ou responsabilidade ministerial, seria exatamente na forma genérica do velho Conselho de Estado que Dom Pedro vislumbria, assim, a possibilidade de criar um organismo que provisoriamente atendesse às necessidades de aconselhar-se, e que, além de manter conexões com as funções executivas dos ministros, fosse politicamente representativo.

A composição do Conselho de Procuradores era híbrida, integrado que era pelos ministros de Estado (com direito a voto) e de procuradores escolhidos pelos votos dos eleitores de paróquia em cada província. Seu modelo era o Conselho de Estado napoleônico, considerado, então, a mais notável reunião de uma plêiade de estadistas e juristas a aconselhar um chefe de Estado. A sugestão de sua criação, segundo José Honório Rodrigues, parece ter vindo de José Bonifácio, que a ele se refere em suas *Lembranças e apontamentos do governo provisório da província de São Paulo para os seus deputados*. Ali o Patriarca sugeria a criação de “um quarto poder, um corpo de censores, eleito pela nação, para vigiar os três poderes e que tem três principais atribuições: conhecer qualquer ato dos três poderes que fosse inconstitucional, verificar as eleições de deputados das Cortes, antes que entrem em função, e, terceiro, ‘fazer o mesmo (vigiar, verificar a escolha, julgar) a respeito dos conselheiros de Estado’” (RODRIGUES, 1978, p. 44). Suas atribuições eram as de 1) aconselhar o regente em todos os negócios mais importantes e difíceis; 2) examinar os projetos de reformas administrativas que lhe fossem comunicados; 3) propor medidas e planos que parecessem mais urgentes e vantajosos ao Reino Unido e ao Brasil; e, por fim, 4) advogar e zelar cada um de seus membros pelas utilidades de suas respectivas províncias.

O caráter de transitoriedade desse conselho era bastante nítido, já que, se sua fun-

ção era conferir representatividade mínima às províncias, até que o parlamento se reunisse, a data em que tal ocorresse seria aquela da própria extinção do conselho. Não foi por outro motivo que tenha se autodissolvido por ocasião da instalação da Assembléia Constituinte de 1823. A própria resolução desta, que legalmente pôs fim ao Conselho de Procuradores, explica as razões: ele já teria preenchido o seu fim, que era o de preparar o advento do regime representativo, e sua organização era anômala, desde que nela se haviam confundido as funções de conselheiros do monarca com a de representantes das províncias (LIRA, 1979, p. 73)¹. Faz-lhe, contudo, justiça José Honório Rodrigues (1978, p. 47):

“Se o Conselho parecia destituído de funções legislativas, e meramente consultivo, o fato é que as atribuições segunda, terceira e quarta eram verdadeiramente revolucionárias, embora escondidas na forma, pois davam ao Conselho o caráter de julgar a conveniência dos projetos vindos de Portugal, de propor medidas para o Brasil, considerado como uma unidade política independente, e de particularizar as aspirações provinciais”.

Embora a revogação do decreto que criou o Conselho de Procuradores tenha sido promulgada em 20 de outubro de 1823, o fato é que não ficou o país sequer um mês sem um Conselho de Estado, já que o Imperador, em novembro daquele ano, por sua vez, dissolveu a Constituinte e criou por decreto um Conselho de Estado, composto de dez membros, com o fito específico de elaborar um projeto de constituição, nele também devendo tratar-se “dos negócios de maior monta”. O que o Imperador pretendia, “em verdade, era a feitura de um código político para tranqüilizar o espírito público, justamente apreensivo e alarmado ante as tendências reacionárias do poder” (LIRA, 1979, p. 75). Quatro de seus integrantes eram conselheiros propriamente ditos; os outros seis eram os ministros das pastas políticas. No

trabalho de elaboração da Constituição de 1824, levada a cabo pelo Conselho de Estado sobre o anteprojeto da Constituinte dissolvida, destacou-se José Joaquim Carneiro de Campos, Marquês de Caravelas, aparentemente o homem mais culto do grupo. Com a entrada desta em vigor, em março de 1824, começa a existência constitucional do Conselho de Estado do Império do Brasil.

2. Governo por conselho no Brasil Imperial

2.1. O obstáculo do princípio democrático

Deve-se à prevalência do princípio democrático o primeiro obstáculo com que nos deparamos quanto à existência do Conselho de Estado, em tempos de constitucionalismo. Como pudemos depreender do sucinto desenvolvimento aqui traçado das origens do Conselho de Estado luso-brasileiro, a identificação deste com a monarquia absoluta era quase completa. Os membros do Conselho eram os homens de confiança de Sua Majestade, que o auxiliavam na tarefa de tomar as decisões políticas e freqüentemente de executá-las. A partir do momento, todavia, em que se instaura o sistema constitucional, e a legitimidade do Poder Executivo começa cada vez mais a depender da opinião pública – dependência essa consubstanciada no desenvolvimento do sistema parlamentar –, a estrutura e a finalidade do Conselho de Estado, já abaladas com a especialização provocada pelas reformas racionalizadoras da administração pública empreendidas ainda durante o absolutismo, entram definitivamente em crise de legitimidade. Os “espíritos iluminados” que deveriam auxiliar o monarca na tarefa de governar não poderiam mais ser apenas escolhidos a seu bel-prazer; deveriam ser também extraídos do Parlamento eleito pelo povo. Governo exercido sem participação das câmaras, em especial da Câmara baixa, seria tirania, e seus partícipes, “a camarihla palaciana”, os “áulicos”, o “partido da

Corte”. Era esse o espírito do governo monárquico representativo liberal, que encontrava na Inglaterra o seu primeiro e mais acabado modelo.

O Conselho Privado, na Grã-Bretanha, era integrado pelas pessoas de confiança do monarca, e seu gabinete não poderia sair senão dele. Com a consolidação do princípio democrático no decorrer do século XIX – em especial depois da Primeira Reforma Eleitoral, em 1832 –, o ministério passou a depender do voto popular e não da confiança da Coroa, fixando-se, então, uma tradição que passou a tornar conselheiros privados os membros do gabinete convocado ao poder. Não é por outra razão que, nesse país, o ministério seja definido como “alguns dos servidores confidenciais de Sua Majestade que são do Conselho Privado” (JENNINGS, 1979, p. 220). Na realidade, todos os ministros britânicos, incluindo os ministros de Estado, prestam juramento no Conselho. Ou seja, na ficção constitucional britânica, é ainda do Conselho Privado da Rainha que saem os ministros. Mas esse Conselho já não é senão uma espécie de antigo palácio do qual só restam de pé as paredes e em cujo interior já se acha construída uma edificação moderna – como se os novos donos tivessem resolvido conservar as fachadas da velha construção apenas em deferência à estética e em respeito a um passado venerável, embora extinto.

Seria quase inevitável, portanto, na era do liberalismo democrático, que um Conselho de Estado monárquico fosse percebido como um resquício absolutista, dada sua origem não eletiva e irresponsável. Ou tais órgãos de proveniência aristocrática permaneciam existindo, mas esvaziados de qualquer poder, ou seu poder seria mantido, ficando eles, contudo, sujeitos à pressão e controle da opinião pública representada no Legislativo. Assim sendo, por toda a parte em que o regime monárquico passou a conviver e submeter seus princípios à concepção de democracia liberal, teve o Conselho de Estado de adaptar-se ao deslocamento

paulatino do poder, do monarca, para o Parlamento, passando a acolher em seu seio os ministérios no poder, ou simplesmente desaparecendo, seja de forma literal, seja como órgão politicamente influente, seja tendo alterados os mecanismos de preenchimentos de suas vagas ou sua competência.

Entretanto, a adoção, no Brasil, da teoria do poder neutro, da autoria de Benjamin Constant – que entre nós chamou-se moderador –, traria consideráveis conseqüências, tanto para o desenvolvimento do sistema parlamentar quanto para o próprio papel do Conselho de Estado brasileiro. Como veremos, essa circunstância permitiu ao Conselho de Estado manter seu fundamental poder político como instituição apartada completamente do gabinete, até o último dia da monarquia no Brasil.

2.2. O primeiro conselho de Estado (1824-1834)

A existência de um Conselho Privado já constava do anteprojeto Antônio Carlos, elaborado na Assembléia Constituinte de 1823. Segundo esse projeto, os conselheiros seriam nomeados e demissíveis *ad nutum* pelo Imperador. Não poderiam integrá-lo os menores de 40 anos, os estrangeiros, ainda que naturalizados, e os nascidos em Portugal com menos de doze anos de domicílio no Brasil e que não fossem casados com brasileira. Os conselheiros deveriam ser ouvidos “nos negócios graves, particularmente sobre a declaração de guerra, ou paz, tratados e adiamento de assembléia” (art. 184), e eram responsáveis pelos conselhos que dessem “opostos à lei e manifestamente dolosos” (art. 186). Quanto à responsabilidade pelos atos praticados pelo Imperador, esta cabia inegavelmente aos ministros, da qual decorria a norma do artigo 173 do projeto: “Os ministros referendarão os atos do poder executivo, sem o que não são aqueles obrigatórios”. Dessa feita, a responsabilidade, tanto dos ministros como dos conselheiros, estava bem clara: os primeiros respondiam por si e pelos atos do Imperador, coibindo uma

possível ação gravosa deste pela questão da referenda; os segundos respondiam pelos conselhos.

No entanto, a adoção da teoria do poder moderador pelos conselheiros de Estado encarregados de redigir a nova Constituição, após a dissolução da Assembléia Constituinte, veio abrir uma brecha no sistema da responsabilidade. Embora os ministros continuassem a ser responsáveis pelos atos praticados pelo Imperador no exercício do poder executivo e os conselheiros, pelos conselhos danosos que dessem ao monarca, a nova Constituição não atribuía explicitamente a ninguém a cobertura da Coroa pelo exercício dos atos do poder moderador, o que ensejaria entre liberais e conservadores imensas e intensas discussões durante todo o Império. O papel do Conselho de Estado tornou-se, então, muito visado pela crítica, pois, enquanto o artigo 99 enunciava a inviolabilidade, sacração e irresponsabilidade do monarca, sem especificar sobre quem recairia a responsabilidade pelos atos emanados desse poder, o artigo 142 dizia que “os conselheiros serão ouvidos em todos os negócios graves e medidas gerais da pública administração (...), assim como em todas as ocasiões em que o Imperador se propoña exercer qualquer das atribuições próprias do poder moderador”². O fato de a Constituição obrigar o Imperador a ouvir o Conselho de Estado em quase todos os casos de exercício do Poder Moderador levou quase toda a opinião conservadora a considerar aquele órgão como responsável pela “cobertura da Coroa” – e não os ministros, que só cobririam a Coroa nos atos do Poder Executivo. Mas essa interpretação também não era isenta da crítica: embora a consulta ao Conselho fosse obrigatória, o Imperador não estava vinculado à opinião da maioria – ou seja, poderia agir legalmente sem “cobertura”.

Para complicar ainda mais, o artigo 138 fixara o número de conselheiros em dez, acrescentando o artigo 139 que “não estão compreendidos neste número os ministros

de Estado, nem estes serão reputados conselheiros de Estado sem nomeação do Imperador para tal fim”. Isso significava uma vedação expressa quanto à possibilidade de se confundirem os ministros do gabinete com os conselheiros de Estado, isto é, ficara consagrada a idéia de que o ministério e o Conselho eram órgãos apartados e que nem mesmo um ulterior desenvolvimento do parlamentarismo, pela via do direito costumeiro, possibilitaria ao gabinete, responsável politicamente perante as Câmaras, esvaziar o poder do Conselho de Estado (LIRA, 1979, p. 78). Os ministros poderiam participar de algumas reuniões, mas sem ser conselheiros, quando, ao contrário, os próprios conselheiros poderiam se tornar ministros, aumentando o poder daquele órgão colegiado que estava fora do controle político do Parlamento. A vitaliciedade dos conselheiros apenas agravava esse estado de coisas.

O impacto político desse estado de coisas durante o Primeiro Reinado e a Regência foi imenso. Quando a Câmara dos Deputados, com uma maioria crescente de liberais, começou a funcionar em 1826, sob o ressentimento da dissolução da Constituinte, consolidou-se uma ojeriza contra o papel do Conselho de Estado. O raciocínio dos deputados liberais era mais ou menos o seguinte: *o temível poder de nomear senadores, afastar juizes, dissolver a câmara baixa, nomear ministérios encontrava-se acumulado nas mesmas mãos do chefe do poder executivo(!), e este não era outro, senão o príncipe estrangeiro(!) de 27 anos de idade(!) que dera um golpe de Estado no Parlamento, três anos antes(!)*. E quem poderia exercer influência “benéfica” junto a ele? Ninguém, pois os integrantes do órgão incumbido dessa tarefa seriam, segundo os liberais radicais, notórios absolutistas e bajuladores...

Liderados por Evaristo da Veiga e Bernardo Pereira de Vasconcelos, a primeira resposta dos parlamentares foi uma campanha em prol de uma lei de responsabilidade dos conselheiros de Estado. O passo

seguinte foi a apologia do sistema parlamentar – único meio que os liberais viam de ganhar força na composição de ministérios. Embora em seus íntimos não tivessem amor à Constituição, sobretudo em virtude de sua origem outorgada, os deputados da oposição agarravam-se a ela porque, por outro lado, a carta continha importantes mecanismos de responsabilização do ministério e para freiar os impulsos do Imperador, de quem temiam a dissolução legal da Câmara, direito esse incluído entre as atribuições do poder moderador. Uma vez fixado o regime parlamentar, pensavam os mais radicais, os próximos passos seriam a extinção do conselho de Estado e do próprio poder moderador³. Parte de seus anseios se concretizaram em 7 de abril de 1831, quando, tendo conseguido reunir povo e força armada no Campo de Santana para compelir o Imperador a restaurar um gabinete que acabara de demitir, a sublevação acabou por fazê-lo decidir-se pela abdicação e pelo retorno à Europa. Iniciada a Regência com os liberais no poder, continuou o Conselho de Estado a existir por mais três anos, vegetativamente, apenas na forma – já que sua consulta era obrigatória –, até que o Ato Adicional conseguiu extingui-lo.

Como se percebe, o funcionamento do Conselho, em termos de eficiência institucional, foi sofrível no Primeiro Reinado. A unanimidade desse veredito pode ser constatada por meio da leitura da opinião de um autor bastante insuspeito por seu conservadorismo e por ter sido, ele mesmo, conselheiro de Estado no Segundo Reinado – o Visconde de Uruguai (1960, p. 152):

“Este conselho de Estado tinha senões consideráveis. Era ao mesmo tempo político e administrativo, mas preponderava nele a cor política. Como corpo administrativo era manco (...). Esse Conselho de Estado nunca foi desenvolvido por uma lei regulamentar, nem por meio de regulamentos, na parte administrativa. Nunca funcionou como tribunal administra-

tivo. Nem havia para ele recursos marcados (...). Compunha-se do limitado número de 10 membros vitalícios. As circunstâncias do país, as conveniências da política, o espírito público, podiam mudar, e não mudarem os Conselheiros. Podiam emperrar certas idéias que não conviessem mais. Podiam tornar-se impopulares. Podia-se errar em certas nomeações. Uma vez feitas não havia remédio. Não tinha essa instituição aquela flexibilidade que é indispensável para que se pudessem acomodar ao irresistível império das circunstâncias e às mudanças, e novas exigências do espírito público”.

2. 3. O segundo conselho de Estado (1841-1889)

Essa grande aspiração dos liberais radicais, contudo, acabou malograda. As tentativas de golpe de Estado no início da Regência, os distúrbios verificados em diversas cidades do país, a começar pela própria Corte, e, por fim, as grandes revoltas do período regencial – Sabinada, Balaiada, Cabanagem, Farrapos –, na vigência das medidas descentralizadoras viabilizadas pelo Ato Adicional, acabaram por frustrar a muitos deles, que chegaram a vislumbrar, em semelhante estado de coisas, a fragmentação do país. Autoritária e antiparlamentar, a Regência de Feijó acirrara os ânimos dos conservadores e dos moderados, que pensavam que as reformas haviam ido longe demais e que a “república presidencial” produzida pelo Ato Adicional liquidaria rapidamente o país. É o tempo do Regresso. O país é recentralizado, a prática do regime parlamentar se consolida e o princípio monárquico volta à voga.

Consagrado maior aos 14 anos de idade, investido dos poderes que a Constituição lhe conferia, dirá Pedro II na abertura da sessão legislativa de 1841 que, em razão de sua pouca idade, cabia-lhe “chamar a vossa atenção sobre a necessidade de um Conselho de Estado, que eu possa ouvir em

todos os negócios graves, e principalmente nos que são relativos ao exercício do Poder Moderador” (JAVARI, 1993, p. 217). O projeto de lei que restabelecia o Conselho suscitou uma série de discussões que demonstram a divisão ideológica entre liberais e conservadores. Embora os primeiros temessem tratar-se de um estratagemma dos segundos, para perpetuarem-se no poder, era praticamente unânime a percepção de que era necessário um órgão imparcial de aconselhamento junto ao Imperador, muito menino e inexperiente para representar, por si só, um poder central que encarnasse o interesse público e nacional, capaz de agregar os interesses privados que dilaceravam o país. Por outro lado, os deputados reclamavam a necessidade de se criar tradições de continuidade administrativa num país cujos governos duravam pouco no poder. Depois de muitos debates, que questionaram a constitucionalidade do procedimento adotado, o Conselho de Estado foi restaurado pela Lei nº 321 de 23 de novembro de 1841.

“Incumbe às seções ou ao conselho de estado de dar seu parecer ou consultar sobre todos os negócios em que o Imperador houvesse por bem ouvi-lo, e especialmente sobre os seguintes: 1) sobre os assuntos ou ocasiões em que o imperador se propuser a exercer quaisquer das atribuições do poder moderador, indicadas no art. 101 da Constituição; 2) sobre decretos, regulamentos e instruções para a boa execução das leis, e sobre propostas que o poder executivo tenha de apresentar à assembléia geral; 3) sobre a declaração de guerra, ajustes de paz, e negociações com as nações estrangeiras; 4) sobre quaisquer matérias da administração interior; 5) sobre assuntos de natureza quase contenciosa, como questões de presas, de indenizações, conflitos entre as autoridades administrativas, e entre estas e as judiciárias, e abusos das autoridades

des eclesiásticas; 6) sobre negócios de justiça administrativa contenciosa” (SÃO VICENTE, 1978, p. 289).

Como se vê, a competência do novo Conselho de Estado era bastante mais ampla do que a do Primeiro Reinado. Podemos dividir suas novas atribuições, grosso modo, em atribuições políticas e administrativas. Entre as primeiras, os conselheiros deveriam opinar sempre que o Imperador se propusesse a ouvi-los com vistas ao exercício do Poder Moderador, bem como quando o Poder Executivo estivesse na iminência de tomar uma decisão legalmente considerada grave. Entre as segundas, os conselheiros deveriam auxiliar o Poder Executivo com pareceres, sugestões, servindo ainda de tribunal administrativo. Embora sua consulta não fosse mais obrigatória, a doutrina entendia que “a sabedoria da Coroa jamais deixará de ouvir o Conselho de Estado desde que a magnitude do negócio assim demandasse” (SÃO VICENTE, 1978, p. 290)⁴.

Diz-se muito que o Conselho de Estado foi “a cabeça do governo imperial”, o “cérebro da monarquia”. Diversos fatores colaboraram para essa impressão, que é verdadeira. O que principalmente nos dá a impressão de continuidade da obra do Império, a despeito da instabilidade de ministérios, é que estes tinham em regra duração brevíssima, dependendo de inconstantes maiorias parlamentares, compostas ao sabor dos interesses oligárquicos, ao passo que o Conselho era vitalício, trabalhando livre de quaisquer dependências e elaborando políticas de longo prazo⁵. Além disso, parece um paradoxo que esse Conselho, que não estava sujeito a nenhuma espécie de controle político e cuja composição se dava por indicação exclusiva do Imperador, longe de ser uma reunião de áulicos, reunisse, como reunia, a nata da política brasileira. Mais de setenta por cento dos estadistas que tiveram assento no Conselho de Estado, durante o século XIX, já haviam sido anteriormente deputados, ministros e senadores (CARVALHO, 1996, p. 328). Isso de-

monstra que a indicação pelo Imperador, longe de arbitrária, era realizada criteriosamente, correspondendo à mais alta dignidade que um político do Império poderia receber e coroando, por assim dizer, sua carreira política. Eram homens que, em razão de sua experiência e seu passado político relevante, poderiam, uma vez investidos de vitaliciedade e irresponsabilidade política, trabalhar quase que acima do bem e do mal, devendo, ainda mais do que no Senado, opinar com a maior liberdade possível acerca dos assuntos políticos⁶.

O Poder Moderador e o Conselho de Estado pairavam, assim, por cima de todo o sistema representativo parlamentar, verdadeira ficção sustentada por fraudes eleitorais, sendo quem, no fundo, realmente fixava as estratégias da política nacional, constituindo uma elite dentro da elite. A teoria da autonomia do Estado enuncia que “o Estado é autônomo quando os governantes têm a capacidade institucional de escolher seus próprios objetivos e de realizá-los diante de interesses conflitantes” (PRZEWORSKY, 1995, p. 46). O Estado seria autônomo, por assim dizer, quando estivesse descolado de suas bases representativas, dirigindo a sociedade, explicitamente ou não.

O que caracteriza o Império, todavia, é que havia, no panorama político, não apenas o descolamento do Estado perante a sociedade monocultora, escravista e excludente, provocada mais diretamente pelas eleições fraudadas. Havia um descolamento, dentro do próprio Estado, entre aquela parte sua que era produto, direto ou indireto, do princípio democrático, consubstanciado no sistema parlamentar representativo – que só era representativo enquanto ficção –, e aquela outra parte mais antiga do Estado, identificada no exercício do Poder Moderador e do Conselho de Estado, que era o lado mais visível da própria instituição monárquica. Esse descolamento na estrutura interna do Estado começou a ficar mais evidente no início da década de 1870, quando

o empenho da Coroa e do Conselho de Estado em fazer passar a Lei do Ventre Livre, considerada por eles estratégica para a futura manutenção da ordem, demonstrou o quão separados ambos começavam a se tornar em relação à sua base de sustentação: o Parlamento escravocrata⁷. Daí não proceder em absoluto a afirmação muito corrente, e repetida por Maurice Assuf (1960, p. 59), de que teria sido o Poder Moderador o principal obstáculo ao desenvolvimento do sistema parlamentar no Brasil. O verdadeiro obstáculo ao desenvolvimento do parlamentarismo, ao contrário, encontrava-se na falsidade da representação nacional no Parlamento, levada a cabo pelos partidos nas eleições, fato esse que nunca passou despercebido pelo Imperador, nem pelo Conselho de Estado e que, diante desses, retirava do sistema parlamentar a legitimidade de que este carecia para impôr-se diante da Coroa:

“O sistema político do Brasil funda-se na opinião nacional, que, muitas vezes, não é manifestada pela opinião que se apregoa como pública. Cumprir ao imperador estudar constantemente aquela para obedecer-lhe. Dificílimo estudo, com efeito, por causa do modo por que se fazem as eleições (...). Se as eleições se fizessem como todos devemos desejar, talvez aconselhasse a escolha quase constante do mais votado na lista dos propostos para senadores; porém, nas circunstâncias atuais, cumprir escolher o honesto, o moderado, o que tenha mais capacidade intelectual e serviços ao Estado (...)” (PEDRO II, 1957, p. 27, 52).

Essa situação de fato suscita, pois, uma questão que está vinculada à verdadeira natureza do suposto liberalismo democrático brasileiro do século XIX, que pleiteava a extinção do Conselho e do Poder Moderador, sob o argumento de não estarem controlados diretamente pela opinião pública, única condição de se instaurar a “pureza” do sistema parlamentar. Até que ponto esse clamor não representaria um pleito, na verda-

de, antidemocrático, na medida em que, eliminando esse duplo descolamento, as oligarquias poderiam tomar de assalto a cúpula do Estado, coisa que até então não haviam conseguido fazer? Daí por que Joaquim Nabuco, acreditando que a monarquia continha instituições apartadas dos interesses oligárquicos, capazes, portanto, de impor as reformas de que o país precisaria, opôs-se à república, que, acreditava, seria o governo do escravismo latifundiário ressentido⁸. Extinguir o Conselho de Estado e o Poder Moderador, ou fazendo este depender do ministério, teria sido possivelmente entregar o governo do país a uma só facção que se estenderia indefinidamente no poder, em vez de permitir a alternância das facções pelo rodízio, criando um ambiente de liberdade de expressão e possibilitando a estabilização do poder. A intuição de Nabuco estava certa, já que o resultado do fim do duplo descolamento foi, efetivamente, o assalto à cúpula do aparelho do Estado pelos representantes das oligarquias regionais durante a República Velha. Num contexto como esse, seria difícil não enxergar, no Conselho de Estado, um órgão benfazejo à administração pública de então. Era ele de fato um órgão antidemocrático, mas a democracia proposta pelos liberais era ainda mais antidemocrática do que a existente então, consistindo apenas em praxes e formalidades⁹.

Seria por meio do imaginário herdado do Poder Moderador e do Conselho de Estado, e de parte da tradição imperial incorporada pela República, que chegariam a nós certas noções cuja força, sem uma análise histórica, seria impossível de compreender, entre as quais poderíamos citar o fato de nossos presidentes da República, em regime francamente presidencialista, enunciarem que o Chefe de Estado está acima dos partidos; bem como a permanência de uma concepção elitista da política naqueles setores do Estado de nível técnico e profissional mais elevado e de formação ideológica mais homogênea.

3. A persistência da idéia de conselho de Estado durante a República

O Conselho de Estado foi abolido pela República na própria proclamação do movimento armado que promoveu o golpe de Estado de 15 de novembro. O efeito da fusão das duas estruturas do Estado brasileiro – chefia de Estado e chefia de Governo –, num tempo em que não havia condições de assentá-lo em bases verdadeiramente representativas, correspondeu, na prática, à entrega crescente de toda a autoridade do Estado nas mãos do Presidente da República, escolhido, quase que invariavelmente, pelas oligarquias de São Paulo e Minas Gerais, que se revezavam no poder¹⁰. A decepção com o regime republicano de 1891 atingiu vários segmentos da classe política na primeira década do século XX, sobretudo com a crise política deflagrada com a campanha do marechal Hermes da Fonseca à presidência da República e sua vitória sobre Rui Barbosa. O Conselho de Estado imperial passou, então, a ser idealizado por muitos como um modelo, porque reunia características que encobriam ou ajudariam a sanar o particularismo cada vez mais evidente do Estado republicano: um órgão à européia, que pensava “o todo”, “apoliticamente”, constituído de “estadistas” que formavam uma “casta brilhante” a tocar, por meio do Estado descolado da sociedade, a administração pública, sem solução de continuidade¹¹.

De 1910 a 1922, a imagem histórica do Império é reformulada, para melhor, pela maior parte das elites oposicionistas, que então consolidam dois projetos de Conselho de Estado: os grupos mais próximos do poder defendem o projeto liberal e retoricamente democrático de um conselho consultivo, auxiliar do presidente; ao passo que os grupos mais radicais, que posteriormente se identificarão com o tenentismo, propõem um conselho de Estado tecnocrático como quarto poder, instituição central de um projeto que buscava, pela intervenção de

um Estado forte e centralizador, criar condições para modernizar o país e varrer as oligarquias.

3.1. Conselho de Estado “liberal” (1910/1912/1920)

Propostas desse tipo de conselho foram efetuadas diversas vezes durante a República, sob nomes diferentes: Conselho Federal da República (1910), Conselho Consultivo Supremo da República (1912), Supremo Conselho da República (1920) ou Conselho de Estado (1951).

A primeira proposta de restabelecimento de um Conselho de Estado surge em 1910, no bojo da cisão no condomínio oligárquico provocada pela vitória de Hermes. Ela foi proposta por um deputado todo governista, excepcionalmente na oposição: Arnolfo Azevedo (1968, p. 124). Seu projeto de lei, que pretendia criar um Conselho Federal da República, previa um órgão meramente consultivo, sobre assuntos políticos e administrativos, cujas decisões “constituiriam assento de boas normas de administração”. Seriam membros natos o presidente, o vice e os ex-presidentes da República; os presidentes do Senado, da Câmara, do Supremo Tribunal Federal e, o que chama a atenção, o presidente do Supremo Tribunal Militar. Haveria, ainda, mais cinco membros efetivos, vitalícios, que deveriam ser notabilidades escolhidas pelo próprio Conselho e propostos ao Presidente, que por sua vez os submeteria à apreciação do Senado.

Se Azevedo pretendia, com esse Senado, marcar posição contrária a Hermes, é coisa a se discutir; fato é que, se isso for verdadeiro, tratava-se de um tigre de papel, pois a consulta não seria obrigatória e não se justificaria, num regime presidencial, que o presidente da República tivesse melindres em consultar conselhos para exercer os poderes discricionários que a Constituição lhe conferia. O que chama a atenção, contudo, é o fundamento pelo qual o futuro presidente da Câmara e senador justifica seu projeto, o mesmo pelo qual se batiam, setenta anos

antes, estadistas como Alves Branco e Bernardo de Vasconcelos: o Conselho deveria representar um ponto de conservação de tradições administrativas, de continuidade, a fim de minimizar os males das trocas de governo.

O deputado, em discurso pronunciado em 1912, reclamava, pelo Conselho, “a unidade e a tradição conservadora na vida política e administrativa da União, pela constante, capaz e experimentada colaboração dos antecessores do presidente da República em exercício”, cujos atos seriam “esclarecidos pelas luzes da experiência e do conhecimento dos negócios públicos (...) ministradas com a isenção, o patriotismo e a elevação de vistas dos que não devem mais sofrer, no seu critério e integridade, os embates e influências da ambição e dos interesses secundários” (AZEVEDO FILHO, 1968, p. 124).

O projeto, ainda que emendado, recebeu parecer favorável na Comissão de Justiça da Câmara, em relatório da lavra de Afrânio de Mello Franco, no qual este, mostrando-se simpático à experiência institucional imperial, rebatizou a instituição como Conselho Consultivo Supremo da República, negando a incompatibilidade do instituto com o sistema republicano presidencial (FRANCO, 1955, p. 751). O projeto, porém, não foi adiante. Em 1920, ele foi reapresentado por Arnolfo Azevedo, sob o nome de Supremo Conselho da República, que incorporou à sua fundamentação as sugestões de Melo Franco. A novidade da proposta residia no fato de que apenas antigos presidentes e vice-presidentes da República seriam considerados seus membros natos. O eco dessa proposta foi maior, já que a onda pela revisão da Constituição crescia à medida que aumentavam as rachaduras no condomínio oligárquico. Embora tenha sido sustentado por Pandiá Calógeras (1936), durante a revisão constitucional de 1925, tendo outros deputados voltado à carga, em 1929, o projeto continuou engavetado. A matéria reapareceu na imprensa às vésperas da reu-

nião da assembléia constituinte, em 1934, quando o contexto político era muito diverso e os tenentes, como veremos, tinham o seu próprio projeto de conselho de Estado, misto de conselho imperial e poder moderador tecnocrático.

3.2. Conselho de Estado como quarto poder (1914/1930)

Esse tipo de Conselho de Estado se opunha ao conselho esvaziado, meramente consultivo dos liberais. Tratava-se de propor um quarto poder constitucional, com o fito de coordenar a transição para um novo tipo de governo nacional, forte, centralizado, em que vigesse o interesse público acima das divergências oligárquicas, que, segundo seus propugnadores, atrasavam o fortalecimento do país enquanto nação.

Uma das críticas mais elaboradas realizadas em face do regime de 1891, tal qual estava alicerçado, foi formulada por Alberto Torres (1914, p. 268). Ele acreditava que a estrutura do Estado brasileiro estava longe, em qualquer aspecto, inclusive ideológico, de corresponder ao aparato político necessário para reduzir as disparidades econômicas e sociais existentes no Brasil. Era necessário um governo, antes de mais nada, forte, nacionalista, voltado para as questões internas do país, com pulso o bastante para defender a sociedade dos grupos econômicos, nacionais ou estrangeiros, nocivos aos interesses do povo. Crítico do parlamentarismo, que qualificava de frouxo e ultrapassado, volvia já na década de dez suas baterias contra o liberalismo político formal da República Velha, em que enxergava a continuação dos vícios do Império e a tara pela importação de modelos estrangeiros. O país ainda não se havia formado enquanto nação e isso só poderia ser realizado pelo Estado mediante ações estratégicas executadas por um governo forte, embora democrático. Embaraçava-o que a Carta de 1891 fosse inteiramente dissociada da realidade nacional e que nossa tradição jurídica bacharelesca mantivesse-a, bem como ao resto do

ordenamento jurídico, envolta numa aura de erudição positivista embolorada e alienígena.

“A natureza política da constituição, lei nacional, deve prevalecer sobre as concepções teóricas dos legisladores, governantes e juizes; e sua flexibilidade deve consistir (...) nas correntes e movimentos que representam o fluxo dos fenômenos naturais da vida social” (TORRES, A., 1914, p. 224).

A seu ver, o presidencialismo implementado em 1891 sofria de três terríveis defeitos: primeiramente, a federação havia sido malfeita, afrouxando em vez de favorecer a solidariedade econômica e social do país, a seu ver necessária à homogeneidade nacional. A federação deveria ser revista completamente, fortalecendo o governo central, pois um país constitucionalmente organizado, segundo ele, não poderia tolerar, em seu território, regiões ou populações que não vivessem à sombra da lei. Em segundo lugar, o governo federal era fraco para fazer o bem e forte para fazer o mal, querendo referir-se à maneira como promovia os estados de sítio e as intervenções nos Estados. Em terceiro e último lugar, criticava a ineficiência da máquina burocrática central. O Estado Federal tinha um papel civilizador a cumprir, especialmente quanto às populações interiores, tanto no que tocava à cultura quanto mesmo a noções de higiene. O intervencionismo estatal no campo da economia era também indispensável para que essas metas fossem cumpridas.

“Para nossa civilização, o dever elementar do Estado é formar o povo (...) A democracia social, sucedendo à democracia política, substitui-se o encargo falaz de formar e apoiar o ‘cidadão’ (...) pelo encargo de formar e apoiar o ‘homem’, o ‘indivíduo’, o *socius* da nação contemporânea” (TORRES, 1914, p. 242).

Mas para isso, seria necessário que o Estado estivesse em toda parte. Para tanto, propôs Alberto Torres (1914, p. 275), num vasto

projeto de emenda à Constituição de 1891, a criação de um quarto poder – o Poder Coordenador. Ele coroar...a...

“estas disposições tendentes, todas, a fortalecer a ação governamental, a ligar solidariamente as instituições do país e a estabelecer a continuidade na prossecução dos ideais nacionais (...) com um órgão, cuja função será concatenar todos os aparelhos do sistema político, como mandatário de toda a nação – da Nação de hoje, da Nação de amanhã – perante seus delegados. Não é uma criação arbitrária”, ressaltava, “é o complemento do regime democrático e federativo, sugerido pela observação da nossa vida e pela experiência das nossas instituições”.

Das palavras de Torres, inferem-se perfeitamente alguns pontos de ligação de seu projeto com o antigo Conselho de Estado de 1841. O viés nitidamente estatista de sua proposta coincidia com o existente no Império, e tanto aqui como ali entregava-se o papel de traçar estratégias de longo prazo a um conselho de integrantes vitalícios que representasse algo de duradouro no panorama político-administrativo brasileiro. A diferença fundamental entre ambos será não somente o cabalístico critério de seleção dos membros do Conselho Nacional, ponto nodal do Poder Coordenador, mas ainda o caráter também deliberativo, e não meramente consultivo, que este deteria. Era como se o autor tivesse resolvido conceder a um Conselho de Estado as atribuições de um Poder Moderador, além de muitas outras de naturezas completamente díspares, e dotado esse organismo de uma monstruosa burocracia que o permitisse exercer suas atividades nos menores vilarejos do país.

O Poder Coordenador teria como órgãos o Conselho Nacional, na capital da República; um Procurador da União em cada Estado (província, na nova terminologia constitucional de Torres); um delegado federal em cada município, nomeado pelo Conselho Nacional; e um representante e um pre-

posto da União, em cada distrito e quarteirão, respectivamente. O Conselho seria composto de no máximo vinte integrantes vitalícios, a serem escolhidos pelo Presidente e Vice-Presidente da República, pelos próprios membros do Conselho, por deputados e senadores, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal e pelos diretores de um hipotético Instituto de Estudo dos Problemas Nacionais, a quem deveriam os candidatos a parlamentar dirigir obrigatoriamente suas propostas de melhoria do país.

Seriam atribuições do Conselho Nacional, em resumo: a) servir de tribunal eleitoral, apurando a lisura das eleições, e verificar os poderes dos candidatos, encerrando, enfim, com dois dos principais complicadores do sistema representativo durante a República Velha; b) autorizar o presidente a intervir nos Estados; c) servir de tribunal nos casos de conflitos entre os entes federativos; d) fazer um controle concentrado da constitucionalidade, isto é, *in abstracto*; e) consolidar as novas leis a cada década; f) fiscalizar os projetos de leis e leis em tramitação no Congresso, verificando sua constitucionalidade; g) fiscalizar a política tributária da União e dos Estados; h) velar pela liberdade de comércio contra monopólios e privilégios prejudiciais ao povo; i) velar pela harmonia entre as legislações federal e estadual; j) velar pelas riquezas naturais do país; l) velar pelo bem-estar do povo; m) fazer as vezes de Ministério do Trabalho, inexistente à época; n) decretar o fim da autonomia dos Estados quando estes caíssem na anarquia, passando o Conselho a geri-los pessoalmente(!); o) garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, formal e materialmente. O papel dos Procuradores da União, por sua vez, consistiria na fiscalização e verificação dos poderes dos políticos estaduais; na conciliação dos interesses da União com os Estados e na resolução de conflitos de competência. Quanto aos delegados nos municípios, também deveriam verificar poderes, resolver conflitos de competência e fiscalizar as finanças locais. No que toca ao pre-

posto da União nos quarteirões, teria por missão propagar a saúde e a educação, ensinando rudimentos de ambos, velando sobre a propriedade – enfim, esclarecer o povo ignaro.

Por mais rocamboloso que fosse semelhante projeto, misturando, num mesmo órgão, funções dispares como as de controle de constitucionalidade, eleitorais, administrativas, trabalhistas, políticas e tributárias, ele teve considerável influência quando os partidários das idéias nacionalistas de Torres chegaram ao poder, em 1930. O intelectual do dia era Oliveira Viana, discípulo de Torres em seu nacionalismo e teórico dos tenentistas engajados no governo revolucionário, cujo chefe era Juarez Távora. Viana, pouco antes da Revolução, havia publicado *Problemas de Política Objetiva*, em que advogava, com modificações, a proposta de Torres pela necessidade de um órgão colegiado, na cúpula da administração pública, comprometido com a nação e que servisse para criar uma identidade político-administrativa que viabilizasse uma obra de reconstrução nacional:

“Esse centro de coordenação, de estabilização, de fixação, precisa vir, precisa ser inventado, precisa ser descoberto. Há quarenta anos seguros, a nossa vida política vem correndo descontínua, incoerente, instabilíssima, variando a todo o momento, conforme variam as idéias dos chefes (...). Essa instabilidade administrativa e política da vida da República (...) deriva justamente da ausência de um centro permanente de orientação e equilíbrio na cúpula do regime. Em suma, da inexistência de um poder político vitalício entre os poderes temporários criados pela Constituição Republicana (...). O problema central da obra revisionista há de ser pois (...) criar um quarto poder, tal como o antigo Poder Moderador, que, sendo judiciário também, tenha, entretanto, o direito de iniciativa, que o Judiciário não tem” (VIANA, 1930, p. 26, 45).

Viana, em 1933, bem como Melo Franco viriam a integrar a Comissão do Itamarati, reunião de notáveis destinada a elaborar o anteprojeto de constituição a ser oferecido pelo governo de Vargas à Constituinte, para servir de base aos trabalhos desta. O resultado foi que o projeto apresentado pelo governo refletiu a antiga demanda na proposta de um Conselho Supremo, previsto na Seção V do Título I do projeto (arts. 67 e 68), que seria “órgão técnico consultivo e deliberativo, com funções políticas e administrativas”, que “manterá a continuidade administrativa nacional; auxiliará, com o seu saber e experiência, os órgãos do governo e os poderes públicos, por meio de pareceres, mediante consulta; deliberará e resolverá sobre os assuntos de sua competência, fixada nesta Constituição” (DIAS, 1975, p. 447). A missão desse conselho, como se vê, seria bastante similar à do extinto Conselho de Estado da monarquia. Só que, em vez de doze, haveria trinta e cinco conselheiros efetivos, além dos políticos que houvessem presidido a República por mais de três anos. A forma de escolha dos conselheiros efetivos também era bastante complicada, revelando a tendência da época de representação oriunda não só da classe política, como das entidades representativas da sociedade, da educação e do trabalho. Esse Conselho trabalharia em pleno e em seções, devendo, no primeiro caso, ser presidido pelo Presidente da República, tendo ainda nele assento os grandes dos poderes políticos. As consultas de natureza política ou administrativa poderiam ser solicitadas tanto pelo Presidente da República como pelo Poder Legislativo Federal (no projeto, unicameral), pelos Governadores, Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores. Entre suas atribuições, destacavam-se as de autorizar intervenção federal, opinar sobre a legislação administrativa oriunda do Executivo, aprovar nomeações de ministros de Estado e do Prefeito do Distrito Federal, impedir a bitributação, deliberar sobre a conveniência de liberar presos políticos depois de um mês

de detenção, nos casos de estado de sítio, decidir sobre recursos interpostos, propor projetos de lei ao Legislativo e convocá-lo extraordinariamente.

A crítica dos liberais judiciaristas ao projeto foi capitaneada por Levi Carneiro (1936, p. 221), sucessor, ao que parece, de Rui Barbosa na sua profissão de fé: “o organismo planejado se apresenta como uma monstruosidade. Não seria suportável num país como este em que, segundo o próprio Torres, o regime unitário seria um erro de política geográfica”. “Esse pretendo sucedâneo do Senado seria o órgão dominador de toda a vida política e administrativa brasileira. Constituído, em sua maioria, por eleição das Assembléias Legislativas dos Estados (...)”, com a duração de sete anos, “isto é, quase dois períodos presidenciais, distanciado das vibrações do sentimento popular”, crê Levi Carneiro (1936, p. 701) que o Conselho Supremo “tutelaria discricionariamente a ação do presidente da República. Entravaria todas as suas iniciativas”. “Ciclópico e ameaçador”, a esta assembléia, “numerosa, de formação esdrúxula, de duração prolongadíssima, ficaria, nos momentos mais graves, nas manifestações mais delicadas, entregue toda a vida nacional”.

Com o enfraquecimento da influência do Clube 3 de Outubro, os tenentes não conseguiram a aprovação, nessa forma, do projeto do Conselho, tendo os liberais misturado, numa fórmula conciliatória, as tradicionais atribuições legislativas do Senado às de fazer este as vezes de “poder coordenador” na Constituição, finalmente promulgada em 16 de julho de 1934. A montanha parira o rato: embora até a última hora esse Senado reformulado se chamasse “Conselho Federal”, não vemos por que estudá-lo aqui, dada a sua extensa composição típica de câmara alta em regime bicameral federativo, ainda por cima com atividades legiferantes partilhadas com a câmara baixa. No fim das contas, ele nem de longe se assemelhava a um Conselho de Estado, seja aquele imaginado pela minoria liberal, quanto

mais o quarto poder sonhado pelos tenentes. Quanto ao eventual desempenho do Senado nesse papel heterodoxo que passou a desempenhar, no mínimo temerária qualquer tipo de avaliação, já que durou pouco mais de três muito turbulentos anos. O Frankenstein foi afinal liquidado pelo golpe de 10 de novembro de 1937, que implantou a ditadura.

3.3. Os Conselhos da República e de Defesa Nacional (1988)

Em 1951, Aliomar Baleeiro propôs o Conselho de Estado à Câmara da República de 46, em projeto subscrito por muitos outros deputados, entre os quais Afonso Arinos de Melo Franco, filho de Afrânio. A proposta novamente não foi acolhida, o que parece demonstrar a inviabilidade de se pretender instituir, em regimes presidencialistas, órgãos consultivos e deliberativos cuja existência não dependa diretamente da vontade do Presidente da República. A lógica do regime presidencial engloba as características de regime forte, visto que se espera do Chefe de Governo que, ungido pelo sufrágio universal, enfeixe em suas mãos poder bastante para implementar seu plano de governo por quatro anos. Daí parte da dificuldade, como se depreende das palavras de Levi Carneiro, de um conselho que, junto ao chefe do Executivo, pretenda ser o depositário das tradições e da continuidade administrativa do país. O fato de a Constituição de 1988, por influência, provavelmente, do direito constitucional português, abrigar dois conselhos assemelhados ao de Estado – o da República e o de Defesa Nacional –, ao invés de contradizer esse arrazoado, parece antes corroborá-lo, dada sua inocuidade, mais de dezessete anos após a entrada em vigência da nova Carta.

O Conselho da República, da forma como se acham enunciados os artigos 89 e 90, é órgão meramente consultivo do Presidente da República. Integram-no o Vice-Presidente, os Presidentes e os líderes da maioria e da minoria das duas Câmaras Legislativas,

o Ministro da Justiça e seis outros membros com mandato de três anos, a serem indicados pelo Chefe do Executivo e pelos presidentes da Câmara e do Senado. Suas atribuições não são moderadoras, mas consultivas acerca da decretação de medidas próprias de estado de exceção, opinando em caso de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, além de acerca de “questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas”. Quanto ao Conselho de Defesa Nacional, é também consultivo acerca de assuntos “relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático” (art. 91, *caput*), dele fazendo parte o Vice-Presidente da República, os presidentes da Câmara e do Senado, o Ministro da Justiça, os ministros militares, das Relações Exteriores e do Planejamento. Esse Conselho, segundo a Constituição, deve opinar sobre declaração de guerra e de paz, sobre decretação de estado de sítio, intervenção federal e estado de defesa; propor critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente a faixa da fronteira e nas relacionadas com a preservação dos recursos naturais de qualquer tipo, além de estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático. Como se vê, não se compreende a razão de dois conselhos, ao invés de apenas um, já que praticamente todas atribuições de ambos dizem respeito genericamente ao mesmo tipo de questões, isto é, que envolvam segurança nacional e se refiram ao Estado democrático.

De qualquer sorte, se o Conselho de Defesa Nacional não é de todo inútil, o Conselho da República não tem razão de ser e sua existência na Carta parece se dever unicamente ao fato de que a mesma foi projetada para ser parlamentarista, quando, por junções políticas, acabamos permanecendo no regime presidencial. O deslocamento de ambos os institutos do plano prático da vida

política se torna mais claro quando se percebe que, dezessete anos depois, nenhum dos dois Conselhos jamais se reuniu, sendo as cerimônias de posse dos conselheiros somente rituais de consagração, pelo Estado, de personalidades eminentes da sociedade civil, como o falecido Evandro Lins e Silva, figura egrégia, mas provector, nomeado aos noventa anos de idade¹².

Conclusão

A despeito de sua origem antidemocrática, a idéia do Conselho de Estado indubitavelmente oferece hoje atrativos. Como tradição, tem bases inegáveis em nosso passado, não só histórico como ideológico. A sua não adoção pela República pode ser explicada, por outro lado, pelo postulado de que todo o poder deve caber ao presidente da República. No entanto, o presidencialismo brasileiro, em tempos de democracia duradoura, parece caminhar para uma espécie de regime no qual o Presidente da República deve necessariamente partilhar parte de seu poder com o Parlamento, como se tem percebido pelo consociativismo que marcou a presidência Fernando Henrique Cardoso e que tenta ser repetido por Luís Inácio Lula da Silva. Se isso não ocorreu anteriormente, devemos creditar tal fato à escassíssima chance que tivemos de um governo democrático estável. Hoje, em que as aventuras golpistas parecem não encontrar campo fértil para ação, a consolidação do regime democrático nos leva a crer que enfim nossas instituições políticas encontram condições de se desenvolver e de dispensar a crença de que apenas um “homem forte” logrará nos conduzir ao caminho do desenvolvimento.

Por outro lado, a persistência histórica da idéia de conselho político e de adoção do sistema parlamentar indica não ser de todo improvável a adoção, a médio prazo, depois de reformas políticas que disciplinem o sistema partidário, de um regime misto em nosso país, de que é exemplo a Constituição fran-

cesa de 1958 ou a portuguesa de 1974. Num contexto como esse, torna-se plenamente viável um órgão como o Conselho de Estado, que auxilie o Presidente da República, enquanto chefe do Estado (e não do governo), a tomar as providências cabíveis para a defesa permanente das instituições democráticas; que reúna não somente os políticos em evidência no momento, mas membros representativos de entidades da sociedade civil. Uma adequada divisão do poder entre chefe de Estado e chefe de Governo nos ajudaria a distinguir aqueles que fossem os interesses imediatos e os interesses permanentes do país. E, nessa hipótese, sem dúvida, o resgate da idéia, alicerçada na tradição, de um Conselho de Estado auxiliar do Chefe de Estado, no exercício de uma função moderadora, poderia ser de grande utilidade.

Notas

¹ Outra razão que chocava os constituintes era a de que o decreto que instituiria o Conselho não fizera previsão de pagamento de vencimentos aos conselheiros, o que, para Antônio Carlos (apud ASSUF, 1960, p. 65), “é sempre gravoso, mormente neste país, onde abandonar cada um a sua casa, é condená-la à ruína infalível”.

² A única exceção era a demissão e nomeação de ministros, que, em razão da doutrina de Constant consagrada pela Carta de 1824, deixara de pertencer ao elenco de atribuições do poder executivo.

³ Assim, o conselho de Estado, “... mal-composto e mal visto, fora, desde o alvorecer até o crepúsculo do reinado de D. Pedro I, uma corporação oligárquica, rival dos gabinetes ministeriais, a conspirar contra eles, quando não se amoldavam às suas conveniências políticas e interesses partidários. Em contato imediato com o monarca – que dominava pela lisonja e pela aparente submissão aos seus caprichos – se constituiria um obstáculo insuperável às conquistas da opinião livre” (LIRA, 1979, p. 124).

⁴ Com efeito, “embora não fosse legalmente obrigatória a consulta ao Conselho Pleno, D. Pedro II raramente deixava de fazê-la nos casos em que a lei recomendava e, de modo geral, seguia em suas decisões a opinião da maioria. (...) Todas as doze dissoluções da Câmara havidas durante o Segun-

do Reinado após o funcionamento do Conselho foram nele discutidas. Em dois casos houve empate na votação. Dos dez restantes, o imperador seguiu o voto da maioria em sete e divergiu em apenas três. Destes, em apenas dois a maioria tinha sido ampla (...). Não seria difícil apontar outros exemplos de problemas em que a opinião dos conselheiros servia de guia para a ação. A seriedade com que o Imperador a ouvia ficava patente no fato de que ele próprio fazia um resumo escrito do que cada um dizia” (CARVALHO, 1996, p. 330).

⁵ Daí por que Oliveira Torres (1957, p. 157) dirá, ainda que confundindo, em parte, percepção com realidade, que, “se o segundo reinado surge diante de nós como uma unidade política assinalada por uma coerência e uma segurança de vistas sempre à altura dos acontecimentos, a razão disso estará, principalmente, na atuação (...) do Conselho de Estado”.

⁶ Eram os maiores de dez, a que se refere Oliveira Viana (1974, p. 335), entusiástico: “Estes homens excepcionais – verdadeiras vocações de homens públicos – não deviam nada ao seu povo, à sua cultura política, cujo privatismo não lhes podia fornecer nenhuma contribuição útil, nem explicar a superioridade de sua natureza (...) Esses homens surgiram primeiro – por força da sua própria personalidade original, tanto que conseguiram libertar-se da pressão abastardante do meio social, em que nasceram e viviam; segundo – pelo fato do carisma imperial, da altitude da consciência cívica do seu aplicador, dos meios de seleção que lhes permitiram realizar a fixação deles, de modo vitalício, ao serviço do país”.

⁷ Como nota Salles (1996, p. 141), “a história política do Segundo Reinado é a história da crescente preponderância dos valores públicos sobre os privados até o descolamento entre os dois (na abolição) e a conseqüente perda de sustentação social do Estado imperial (na proclamação da República)”.

⁸ Daí por que Nabuco (apud OURO PRETO, 1978, p. 441) diz não crer numa República popular: “Ao orador sobra a consciência de que está com o povo defendendo a monarquia porque não há na república lugar para os analfabetos, para os pequenos, para os pobres. Neste sentido, o Partido Republicano é tanto um partido de classe como os dois partidos monárquicos”.

⁹ E se a Coroa acabou por ceder diante de um golpe militar, em 1889, ela “fracassou, então, não pela ineficácia, mas, pelo contrário, por ter promovido ou facilitado ação contrária a grupos dominantes, sem ao mesmo tempo construir uma base de poder que substituísse ou equilibrasse a dos donos de terra. (...) Ao invés, então, de ver-se legitimado pela atuação reformista, pela eficácia em solucionar problemas, o sistema imperial perdeu a

legitimidade que conquistara. É que as principais reformas que promovera atendiam a interesses majoritários da população que não podia representar-se politicamente. (...) Como (...) a cidadania era reduzida (...), a representação política se fazia no vazio, sem alterar a composição do poder político. A reestruturação do poder sob a República deu-se num sentido puramente liberal: representavam-se os que tinham poder real para representar-se, tornando o poder mais legítimo mas ao mesmo tempo mais oligárquico” (CARVALHO, 1996, p. 297).

¹⁰ Como afirma Hambloch (1981, p. 31), “o nascimento precipitado da república brasileira, resultante do golpe de estado militar de 1889, perverteu e eventualmente enfraqueceu o crescimento do governo representativo, o qual, quanto mais tinha as suas virtudes glorificadas nas teorias republicanas, tanto mais decaía nas práticas republicanas”.

¹¹ Sérgio Buarque (1956, p. 258) aborda o tema nesse mesmo sentido: “O trágico da situação está justamente em que o quadro formado pela monarquia ainda guarda seu prestígio, tendo perdido a razão de ser (...) O Estado brasileiro preserva como relíquias respeitáveis algumas das formas exteriores do sistema tradicional, depois de desaparecida a base que as assentava. (...) O Estado, entre nós, não precisa e não deve ser despótico (...), mas precisa de pujança e compostura, de grandeza e solicitude; ao mesmo tempo, se quiser adquirir alguma força e também essa respeitabilidade (...) Mas é indispensável que as peças de seu mecanismo funcionem com certa harmonia e garbo. O Império brasileiro realizou isso em grande parte. A auréola que ainda hoje o cinge, apesar de tudo (...), resulta quase exclusivamente do fato de ter encarnado um pouco esse ideal”.

¹² A título de curiosidade, merece ser feita menção a uma proposta monarquista de Conselho de Estado. Esta foi elaborada pelo Movimento Parlamentarista Monárquico, capitaneado pelo Deputado Cunha Bueno, durante a campanha do plebiscito de 1993. O Conselho estava previsto no projeto constitucional, em seus artigos 41, 42 e 43. Órgão de consulta do Imperador, esse conselho de 15 membros reunir-se-ia por determinação daquele ou da maioria de seus membros, que seriam o Presidente do Conselho de Ministros, os Presidentes e os Líderes da Maioria e da Minoria das duas Casas Legislativas, sete representantes de instituições intermediárias, representativas da sociedade civil, e o príncipe herdeiro do trono, este sem direito a voto. Deveria ser ouvido nos casos de dissolução da Câmara dos Deputados, decretação de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas, declaração de guerra ou celebração de paz e negociações com Estados estrangeiros. Esta

proposta soçobrou juntamente com o movimento monárquico, tendo ficado quase que absolutamente desconhecida.

Referências

ASSUF, Maurice. *O conselho de Estado no sistema jurídico do Império*. Rio de Janeiro: Arquivos do Ministério da Justiça, 1960.

AZEVEDO FILHO, Arnolfo. *Arnolfo Azevedo: parlamentar da primeira República*. São Paulo: Nacional, 1968.

CALÓGERAS, João Pandiá. *Estudos históricos e políticos (Res nostra)*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1936.

CARNEIRO, Levi. *Pela nova Constituição*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1936.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

_____. *Teatro de sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos constitucionais*. Rio de Janeiro: Liber Júrís, 1989.

DIAS, Floriano Aguiar. *Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Liber Júrís, 1975.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Um estadista da República: Afrânio de Mello Franco e seu tempo*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1955.

GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita: o futuro da política radical*. Tradução de Álvaro Hattner. São Paulo: UNESP, 1996.

HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade, o presidente do Brasil: um estudo do Brasil constitucional*. Apresentação de José Honório Rodrigues. Tradução de Lêda Boechat Rodrigues. Brasília: Editora da UnB, 1981.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.

Imperador do Brasil Pedro II. *Conselhos à regente*. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1958.

JAVARI, Barão de (Org.). *Império Brasileiro: falas do trono, desde o ano de 1823 até o ano de 1889*,

acompanhadas dos respectivos votos de graça da câmara temporária e de diferentes informações e esclarecimentos sobre todas as sessões extraordinárias, adiamentos, dissoluções, sessões secretas e fusões com um quadro das épocas e motivos que deram lugar à reunião das duas câmaras e competente histórico, coligidas na secretaria da Câmara dos Deputados. Prefácio de Pedro Calmon. Rio de Janeiro: Itatiaia, 1993.

JENNINGS, Sir Ivor. *Governo de gabinete* Tradução e introdução de Leda Boechat Rodrigues. Brasília: Senado Federal, 1979.

LIRA, Augusto Tavares de. *Instituições políticas do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978.

Marquês de São Vicente, José Antônio Pimenta Bueno. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978.

PRZEWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Tradução de Argelina Cheibub Figueiredo e Pedro Paulo Zahlith Bastos. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

REINHARD, Wolfgang (Org.). *Las élites del poder y la construcción del Estado*. Cidade do México: Fondo de cultura econômica, 1997.

RODRIGUES, José Honório. *Conselho de Estado: o quinto poder*. Brasília: Senado Federal, 1978.

SALLES, Ricardo. *Nostalgia imperial: a formação da identidade nacional no Brasil do Segundo Reinado*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.

TORRES, Alberto. *A organização nacional*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1914.

TORRES, João Camillo de Oliveira. *A democracia coroada: teoria política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957.

VIANA, Francisco José Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record Cultural, 1974.

_____. *Problemas de política objetiva*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930.

Visconde de Ouro Preto, Afonso Celso de Assis e Figueiredo. *Discursos parlamentares*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978.

Visconde de Uruguai, Paulino Soares de Sousa. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1957.

Do controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais

Andreo Aleksandro Nobre Marques

Sumário

1. O controle de constitucionalidade. 2. Coisa julgada e ofensa à Constituição. 3. Conclusões.

1. O controle de constitucionalidade

A idéia de controle de constitucionalidade está ligada à de Constituições escritas e rígidas (HORTA, 1999, p. 131). É, portanto, decorrência do constitucionalismo moderno.

Desde o momento em que se deu à Constituição o *status* de lei fundamental de um Estado ou Nação, passou-se a distinguir a lei constitucional da lei infraconstitucional.

Machado Horta (1999, p. 120) escreve que, para a maioria dos autores, a elaboração doutrinária do conceito de lei fundamental ocorreu com os filósofos da Escola Clássica do Direito Natural, preocupados em limitar o poder do Soberano, a partir da idéia de direitos inatos da pessoa humana, que, por terem essa qualidade, deveriam ser respeitados.

A obra de elucidação do conceito de lei fundamental pode ser atribuída a Vattel, filósofo suíço, que conferiu não só a superioridade da lei fundamental em relação às outras leis, mas também um caráter de maior permanência. (HORTA, 1999).

Eis o raciocínio de Vattel (apud BITTENCOURT, 1997, p. 65-66):

“O povo pode conferir o exercício do Poder Legislativo a um monarca

Andreo Aleksandro Nobre Marques é Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Norte, Especialista em Direito Processual Civil e Penal pela Universidade Potiguar, Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professor de Direito Processual Penal e Processual Civil da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte, Professor de Direito Processual Penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte, Professor de Processo Penal da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em estágio-docência.

ou a uma assembléia, ou a ambos conjuntamente, delegando-lhes a faculdade de elaborar novas leis ou revogar as anteriores. Indaga-se, todavia, se essa faculdade se estende até às próprias leis fundamentais, e se podem modificar a Constituição do Estado. Os princípios que temos exposto até aqui nos conduzem certamente a decidir que a autoridade de tais legisladores não tem essa extensão, devendo as leis fundamentais ser sagradas para êles, a menos que a nação lhes tenha outorgado expressamente poderes para modificá-las... Se é da própria Constituição que derivam os poderes dos legisladores, como podem êstes modificá-la sem alterar o fundamento de sua autoridade?"

Esse teria sido o ponto de partida para o desenvolvimento dos conceitos característicos do constitucionalismo moderno, que são as noções de poder constituinte e poderes constituídos, leis constitucionais e leis ordinárias, Constituição formal e Constituição material, Constituições escritas e rígidas, entre outros, e que resultam na idéia de superioridade da Constituição. (HORTA, 1999, p. 121).

Esse trabalho busca justamente demonstrar, a partir da discussão acerca do controle de constitucionalidade das leis, que a coisa julgada, como qualidade que se agrega à decisão de um dos poderes constituídos do Estado, se inconstitucional, via de regra, não pode prevalecer sobre a Constituição, devendo ser considerada privada de quaisquer efeitos.

2. Coisa julgada e ofensa à Constituição

A evolução do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos mostra que os Poderes Executivo e Legislativo devem pautar sua atuação em conformidade com os mandamentos constitucionais, cabendo a um órgão supremo atuar como Corte Constitucional, a fim de contro-

lar os atos daqueles poderes, podendo este órgão integrar ou não o quadro do Poder Judiciário.

Mas quem controla a constitucionalidade das decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário? Em um sistema como o nosso, os próprios órgãos do Poder Judiciário que estejam superpostos ao que proferiu a decisão podem, pela via recursal, isto é, se provocados pelas partes interessadas, reformar o julgado que afrontar a Lei Maior.

Ademais, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, na jurisdição cível, admite-se o ingresso de ação rescisória, no prazo de 2 (dois) anos, a fim de constituir o julgado (art. 495 do Código de Processo Civil).

Agora, se já tiver havido o decurso do prazo para ingresso com a ação rescisória, caracterizando o que se convencionou chamar de "coisa soberanamente julgada", o que poderá acontecer em caso de sentença ou acórdão que tenha ofendido a Constituição? Será que tal decisão não poderá mais ser revista?

A resposta a essa indagação demanda um esclarecimento acerca dos dogmas que acompanharam a ascensão do Estado Liberal.

Não se pode analisar o surgimento do Estado Liberal desvinculado das razões históricas que a ele se encontram atreladas.

É preciso ressaltar que a classe que estava ascendendo ao poder na França confiava extremamente do poder então dominante, e em especial do Poder Judiciário que funcionava durante o regime absolutista, já que submisso à vontade do monarca.

Assim, a burguesia, em razão dessa desconfiança, precisava se cercar de todos os cuidados que viabilizariam sua manutenção no poder. Isso levou ao estabelecimento de Constituições de formas escritas e rígidas, sendo inteiramente conveniente limitar o poder judicial, e fez isso justamente a partir da criação de diversos dogmas.

Entre os dogmas criados estão, por exemplo: o de que só é jurídico aquilo que for posto pelo Estado, por meio do Poder Legislati-

vo; o de que a lei é clara, certa, portanto, unívoca, devendo o juiz limitar-se a ser “a boca que pronuncia as palavras da lei”; e o de que o ordenamento jurídico é completo, não havendo necessidade de o magistrado exercer atividade criativa do Direito, até mesmo porque esta é atividade particular do legislador.

Acerca do problema da completude do ordenamento jurídico, que o positivismo formal tem como dogma, acentua Paulo Bonavides (2004, p. 134-135):

“Com efeito, desde que o positivismo formal nega a lacunosidade do ordenamento jurídico, todos os problemas que não encontrarem uma solução lógica contida no sistema são comodamente afastados como pseudoproblemas, acarretando assim, sobretudo na esfera constitucional, um alheamento da realidade, um verdadeiro abismo de contradições entre o rigor dedutivista da Constituição formal e as exigências vitais e inarredáveis da Constituição real, num quadro tanto mais dramático quanto mais limitadas são as possibilidades deixadas ao intérprete constitucional, a quem falta o recurso às evasivas civilistas, que têm consentido, sem quebra da metodologia de subsunção, considerar as lacunas jurídicas uma exceção e buscar-lhe o preenchimento sucessivamente na analogia, nos valores e fins pretendidos pelo legislador, nas representações valorativas da comunidade, e, como se tudo isso ainda não bastasse, até mesmo em considerações emanadas de avaliações meramente pessoais ou subjetivas.”

A imutabilidade dos efeitos da sentença, isto é, a coisa julgada material, a coisa julgada como algo sagrado, mítico, intangível, não passa de mais um dogma que urge ser relativizado. É certo que essa relativização há de ser bastante amena, branda, uma vez que a coisa julgada exerce uma função

importantíssima na vida dos homens, em função da segurança jurídica que é essencial à vida em sociedade.

Ora, a própria previsão na legislação ordinária da ação rescisória, da revisão criminal e do *habeas corpus* demonstra que a coisa julgada material não é um valor jurídico absoluto e que pode ser ultrapassada em determinadas circunstâncias.

Há, contudo, uma situação especialíssima que não pode ser desdenhada. Na verdade, essa situação é tão especial que, mesmo no âmbito da jurisdição civil, em que não está em jogo o direito fundamental do cidadão à liberdade, é preciso que seja superado o entendimento, dada a magnitude da circunstância, de que o prazo fatal para a desconstituição de um julgado é o da rescisória.

Para que fique bem claro, é cediço que no âmbito da jurisdição penal basta que, muitas vezes, a atividade jurisdicional tenha sido ilegal, ou seja, apenas indiretamente inconstitucional, pois é a Constituição que determina o respeito às leis (princípio da legalidade), para que a ofensa ao direito de ir e vir seja debelada a qualquer tempo, inclusive de ofício pelo órgão jurisdicional.

A situação especial que se está aqui referindo é a dos atos jurisdicionais propriamente ditos, ou seja, da sentença ou acórdão que, julgando os casos concretos submetidos à apreciação do órgão jurisdicional, declaram a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, quando deveriam declarar-los constitucionais, ou declaram constitucionais, quando deveriam dizê-los inconstitucionais. Em poucas palavras, das decisões jurisdicionais definitivas que ofendem a Constituição.

Para essa situação excepcional, não é possível vedar a desconstituição da coisa julgada somente porque houve coisa julgada material ou porque já decorreu o prazo para o ingresso da ação rescisória.

É preciso lembrar a diferenciação entre poder constituinte e poderes constituídos. Ora, se o próprio Poder Legislativo, na

qualidade de poder constituído, órgão, em tese, mais representativo do titular da soberania, isto é, do povo, deve respeitar a Constituição, sob pena de o órgão competente constitucionalmente revisar seus atos, por que será que as decisões inconstitucionais do Poder Judiciário também não podem ser revisadas, a qualquer tempo, se inconstitucionais? Está o Poder Judiciário acima da Constituição?

Já respondendo às indagações, todos os poderes constituídos situam-se debaixo da Constituição, inclusive o Poder Judiciário. Impende que o dogma da coisa julgada se desvaneca sem maiores discussões quando o assunto é um julgado inconstitucional.

Constitui grave ofensa à Constituição permitir que uma decisão inconstitucional possa surtir efeitos apenas porque houve o trânsito em julgado material do julgado, e transcorreu o prazo para o ingresso com a ação rescisória. Isso caracteriza mesmo uma situação de extrema injustiça que, como tal, não pode ser tolerada, ressaltando-se que a própria CRF estatuiu constituir um dos objetivos a ser perseguidos pela República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Acrescenta-se também que um dos escopos da jurisdição, o mais importante sem dúvida, é o de pacificação social *com justiça*.

É preciso que se adote um posicionamento firme e aberto para a questão, a fim de não se aceitar a permanência de uma decisão inconstitucional sem que haja remédio jurídico para desconstituir o julgado injusto. É que a própria segurança jurídica almejada com a coisa julgada não será alcançada em razão da forte repulsa social a uma decisão que, por inconstitucional, deverá ser tida como injusta, arbitrária, um verdadeiro “estelionato constitucional”.

Pela sabedoria ímpar manifestada, merece ser feita aqui a transcrição das palavras de José Augusto Delgado (2003, p. 56):

“(…) não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a mo-

ralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmoro ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.”

O próprio raciocínio do valor absoluto do dogma da coisa julgada, que teria lastro constitucional, como é sustentado abertamente por muitos, decorre da interpretação desavisada ou desatenciosa do inciso XXXVI do art. 5º da CRF.

Como esclarece José Augusto Delgado (2003, p. 35), apoiado em argumentação desenvolvida por Paulo Roberto de Oliveira Lima, o que a Constituição procurou assegurar foi apenas que a lei não prejudicasse a coisa julgada, ou seja, que o ato posterior de um dos poderes constituídos, no caso do Poder Legislativo, fosse capaz de modificar ou afrontar a norma jurídica anterior editada pelo Poder Judiciário para o caso concreto. Em nenhum momento quis a Constituição proteger uma decisão jurisdicional – uma decisão posterior emanada de um dos poderes constituídos – em detrimento da própria Constituição, fundamento de todos os poderes constituídos. Apenas estabeleceu um sucedâneo do princípio da irretroatividade das leis, considerando a decisão judicial como a lei do caso concreto.

Cândido Rangel Dinamarco (apud DANTAS, 2003, p. 205), ao falar sobre a necessidade de relativizar a coisa julgada material, contribui para a argumentação aqui desenvolvida, senão vejamos:

“(…) O objetivo do presente estudo é demonstrar que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é portanto a garantia da coisa julgada, porque

ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da *justiça das decisões judiciais*, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXVI)”.

Note-se que, em face justamente da preocupação com o valor segurança jurídica, e também com a uniformidade que as decisões do Poder Judiciário devem buscar alcançar, principalmente em matéria constitucional, veio a EC nº 45/04 prescrever a produção de eficácia contra todos e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário, e da administração pública, direta e indireta, da União, Estados e Municípios, das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, asseverando-se cada vez mais que é intolerável que os órgãos judiciários, nos casos concretos, fixem posicionamento constitucional diverso do órgão supremo de guarda da Constituição.

A existência de decisões contrárias ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, órgão investido da magnânima função de guarda da Constituição, contribui muito mais como fator desencadeador de instabilidade social e jurídica do que a desconstituição de um ato de um dos poderes constituídos que ofenda a Lei Maior.

Com base nessa argumentação, é de se considerar extremamente tímidos, *data maxima venia*, os posicionamentos no sentido de que a desconstituição do julgado, a qualquer tempo, somente pode ocorrer nas hipóteses de ausência de quaisquer das condições da ação ou dos pressupostos de existência da relação processual, especialmente quando ausente a possibilidade jurídica do pedido, o que ocorreria com as sentenças que acolhem pedidos inconstitucionais e que, por isso, seriam inconstitucionais.

Não se discute que, nesses casos, inexistindo a relação processual, também inexist

o julgado, podendo a parte prejudicada se insurgir contra os efeitos da decisão por variadas formas, entre as quais, segundo Pontes de Miranda (apud WAMBIER, 2003, p. 33), ingressando com nova ação sobre o mesmo objeto, já que não houve coisa julgada, ou resistindo à execução, de todas as formas possíveis, ou ainda mediante exceção, isto é, alegação incidente em qualquer outro processo acerca da inexistência da coisa julgada.

Ocorre que essa visão é muito estreita para a dimensão do vício da inconstitucionalidade material, devendo ser possibilitado que o interessado se insurja contra o julgado inconstitucional, qualquer que seja ele, inclusive quando há violação direta da norma ou preceito contido na Constituição (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 94), independentemente das peias temporais relativas à ação rescisória.

Traz em socorro dessa concepção a lição de José Augusto Delgado (2003, p. 45):

“A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado”.

Na ordem de idéias do que vem sendo sustentado, observe-se, ainda, a seguinte ponderação de Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 109):

“Não há, como já se afirmou, insegurança maior, dentro do Estado Democrático de Direito, do que a instabilidade da ordem constitucional, e não há injustiça mais evidente do que a prevalência de um ato reconhecidamente ofensivo aos preceitos fundamentais da Constituição”.

Ademais, se não é possível conceber como inexistente uma lei ou ato normativo inconstitucional dos Poderes Legislativo e Executivo, mas apenas como maculado de nulidade absoluta, já que ingressou no mundo jurídico, igualmente, não é possível sus-

tentar a inexistência da sentença ou do acórdão, proferido por um dos órgãos que a Constituição dotou de jurisdição, somente porque adotou interpretação contrária à Constituição ao decidir o caso concreto.

Nesse sentido, defende Barroso (2001, p. 83) que uma lei contrária à Constituição, seja por vício formal, seja por vício material, não é inexistente, mas inválida, por ingressar no mundo jurídico, pontificando que: “norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. É nula de pleno direito”.

A sentença que, ao julgar o mérito, contrariar a Constituição não poderá ser encorada como um ato processual inexistente, salvo se não tiver sido prolatada por órgão dotado de jurisdição, ou se faltar qualquer dos outros elementos de existência da relação processual. Tal sentença, na verdade, será inválida, absolutamente nula, por não estar em sintonia com a Constituição, de forma que estará apta a gerar efeitos até que seja desconstituída.

É que da invalidade não surge necessariamente a ineficácia do ato jurídico, sendo possível um ato jurídico válido e ineficaz, da mesma forma que é possível um ato inválido e eficaz, isto é, que produza efeitos ou conseqüências jurídicas (MIRANDA, 2000, p. 167).

Traz-se a lume novamente o pensamento de Barroso (2001, p. 83), que sustenta que a lei que ofende a Constituição não só ingressa no mundo jurídico, como, muitas vezes, é aplicada efetivamente, regendo inúmeras situações que deverão ser reordenadas. O mencionado autor, então, exemplifica uma hipótese de ato inválido, bem assim de sua aptidão para produzir efeitos jurídicos.

Os atos jurídicos inválidos poderão ser retirados do mundo jurídico, a partir da decretação de sua invalidade. O direito estabelece regras jurídicas especiais para a decretação da invalidade dos atos jurídicos. Porém, sem uma decisão que reconheça a

invalidade do ato jurídico, de natureza constitutiva negativa, permanecerão os atos inválidos no mundo do direito (MIRANDA, 2000, p. 167).

Em consonância com a argumentação aqui desenvolvida, isto é, de que a sentença que ofende a Constituição é inválida e não inexistente, está a lição de Paulo Otero (apud THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 89-90), como se pode observar da seguinte passagem:

“(...) os actos jurisdicionais, isto é, que sejam praticados por um juiz no exercício das suas funções, obedecendo aos requisitos formais e processuais mínimos, que violem direitos absolutos ou os demais direitos fundamentais e a essência dos princípios integrantes da Constituição material não são actos inexistentes, meras aparências, antes se assumem como verdadeiras decisões judiciais inconstitucionais”.

Porém, o fato de não poder tratá-la como inexistente não autoriza que se aceite a imutabilidade de seus efeitos, derivada da pretensa ocorrência da coisa julgada material.

O que se propugna é que, apesar de ser um ato viciado por nulidade absoluta, e como tal apto a produzir efeitos até que venha a ser eventualmente rescindido, posto que apenas inválido, como a invalidade refere-se à ofensa à Lei das leis, poderá a qualquer tempo ser revisto e desconstituído pelo próprio Poder Judiciário. Assim, não só as decisões definitivas de mérito que tenham sido prolatadas em processos inexistentes, pela falta de quaisquer das condições da ação, ou dos pressupostos processuais de existência, não ficam cobertas pelo pálio da coisa julgada. Também não se agregará a qualidade jurídica da imutabilidade dos efeitos da decisão aos comandos ou dispositivos das decisões definitivas que ofendam a Constituição.

Entre os instrumentos jurídicos aptos a deflagração do controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais, não mais reformáveis pelas vias recursais ou através de

ação rescisória, podem ser citados a *querela nullitatis* e os embargos à execução, estes últimos de forma expressa em nosso ordenamento, além da alegação incidental, isto é, aquela que é formulada no curso de qualquer processo.

A *querela nullitatis* nada mais é que uma ação para declaração da nulidade insanável de uma sentença ou acórdão não mais passível de recurso. Pontes de Miranda, por sua vez, defendia a utilização dessa antiga ação para reconhecimento da nulidade absoluta ou da inexistência de um julgado, mesmo não havendo disposição legal expressa nesse sentido. Pode-se dizer que a *querela nullitatis* é uma espécie de ação rescisória (posto que visa à desconstituição de um julgado) que não se sujeita a prazo decadencial.

Falando sobre a sobrevivência da *querela nullitatis* no processo civil italiano, para os casos de nulidades insanáveis, mais especificamente para julgados visceralmente nulos, asseverou Calamandrei (apud THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 110) que “(...) la sentenza è inidonea materialmente, si direbbe quasi fisicamente, a passare in giudicato”, e também que “(...) il decorso del termine per sperimentare i mezzi di impugnazione non può avere l’effetto di sanare la nullità e di precludere l’esercizio della ordinaria azione dichiarativa della nullità insanabile”.

Quanto aos embargos à execução, prevê o parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela MP 2.180-35/2001, como hipótese de inexigibilidade do título judicial quando este tenha se “fundado em lei ou ato normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição”.

Observa-se, portanto, a exigência de que o Supremo Tribunal Federal tenha se manifestado pela constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo no qual se baseou a decisão que deu origem ao título executivo,

ou ainda que tenha se manifestado favoravelmente ou não à compatibilidade com a Constituição da aplicação ou interpretação empregada na decisão que deu origem ao título executivo, a fim de justificar o acolhimento dos embargos, quer a apreciação do Supremo Tribunal Federal tenha se dado em controle direto, por via de ação, quer em controle difuso, por via de exceção, já que não foi feita qualquer diferença, ainda mais agora com a possibilidade de aprovação de súmula vinculante em matéria constitucional, no controle difuso.

Não há como se concordar, nesse ponto, com a opinião de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (2003, p. 99), que dizem ser prescindível o prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Já se assentou que a mitigação da coisa julgada deve ser a mais branda possível, pois o valor da segurança jurídica, isto é, da estabilidade dos direitos, fundamento político da coisa julgada, deve ser tutelado em benefício da harmonia social. Não é um valor para ser desprezado ou para ser demasiadamente relativizado.

Realmente, não haveria tranqüilidade social se todo juiz pudesse rescindir uma sentença, de acordo com seu particular entendimento acerca da constitucionalidade ou não das leis ou atos normativos. A desconstituição de uma sentença, após seu trânsito em julgado, com base em sua inconstitucionalidade, deve estar orientada pelo entendimento sufragado pelo guardião da Constituição brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

Aspecto relevante que também merece ser tratado diz respeito aos efeitos produzidos pela decisão que, reconhecendo a inconstitucionalidade da decisão anterior, desfaz ou desconstitui a coisa julgada. Será que a decisão deve projetar seus efeitos apenas para o futuro, ou deve projetá-los para o passado?

A bem da segurança jurídica, caberá ao magistrado, diante do caso concreto, estabelecer desde quando ou a partir de quando

surtirá efeito a decisão que desconstitui a coisa julgada inconstitucional, isto é, estabelecer se a decisão produzirá efeitos apenas para o futuro (*ex nunc*) ou se projetará os efeitos para o passado (*ex tunc*).

Assim, apesar de ser possível, considerando-se a nulidade absoluta da decisão que ofende a Constituição, que a nova sentença projete seus efeitos para o passado, isto é, tentando desfazer os efeitos que foram produzidos em atenção à sentença viciada, pode ocorrer de não ser aconselhável, na prática, a produção de efeitos *ex tunc*, o que constituiria solução consentânea com o princípio da segurança jurídica.

3. Conclusões

Extraem-se, da análise desenvolvida, então, as seguintes conclusões:

1) a imutabilidade dos efeitos da sentença, isto é, a coisa julgada material, a coisa julgada como algo sagrado, mítico, absoluto e intangível, não passa de mais um dogma que urge ser relativizado. Porém, a relativização da coisa julgada há de ser bastante branda, uma vez que a coisa julgada busca alcançar a segurança jurídica, valor essencial à vida em sociedade;

2) é possível o ingresso de ação rescisória para combater a decisão judicial prolatada em ofensa à Constituição;

3) todos os poderes constituídos estão debaixo da Constituição, inclusive o Poder Judiciário. Impende que o dogma da coisa julgada se desvaneça sem maiores discussões quando estiver em discussão um julgado inconstitucional;

4) constitui grave ofensa à Constituição, e, por conseqüência, situação de extrema injustiça, o se permitir que uma decisão inconstitucional possa surtir efeitos apenas porque houve o trânsito em julgado material do julgado e transcorreu o prazo para o ingresso com a ação rescisória;

5) quis a Constituição, com o dispositivo inserto no inc. XXXVI do art. 5º, apenas assegurar que a lei não prejudicasse a coisa

julgada, ou seja, que o ato posterior de um dos poderes constituídos, no caso do Poder Legislativo, fosse capaz de modificar ou afrontar a norma jurídica anterior editada pelo Poder Judiciário para o caso concreto. Noutra banda, com base no preceito referido, em nenhum momento quis a Constituição proteger uma decisão jurisdicional em detrimento da própria Constituição, fundamento de todos os poderes constituídos;

6) a existência de decisões contrárias ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, órgão investido da magnânima função de guarda da Constituição, contribui muito mais como fator desencadeador de instabilidade social e jurídica do que a desconstituição de um ato de um dos poderes constituídos que ofenda a Lei Maior;

7) não é possível conceber como inexistente uma lei ou ato normativo inconstitucional dos Poderes Legislativo e Executivo, mas apenas como maculado de nulidade absoluta, já que ingressou no mundo jurídico. Igualmente, não é possível sustentar a inexistência da sentença ou do acórdão, proferido por um dos órgãos que a Constituição dotou de jurisdição, somente porque adotou interpretação contrária à Constituição ao decidir o caso concreto, mas apenas defender a nulidade absoluta (invalidade) dessa decisão, de forma que estará apta a gerar efeitos até que seja desconstituída;

8) mesmo não sendo inexistente o julgado que ofende a Constituição, não é possível aceitar a imutabilidade de seus efeitos, derivada da pretensa ocorrência da coisa julgada material, pois tal julgado é maculado por vício insanável, podendo, a qualquer tempo, ser revisto e desconstituído pelo próprio Poder Judiciário;

9) para a deflagração do controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais, não mais reformáveis pelas vias recursais ou através de ação rescisória, dispõe-se *daquela nullitatis*, dos embargos à execução, além da alegação incidental, no curso de qualquer processo.

10) a *querela nullitatis* nada mais é que uma ação para declaração da nulidade insanável de uma sentença ou acórdão não mais passível de recurso e que não se sujeita a prazo decadencial;

11) os embargos à execução, de acordo com o parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, podem ser manejados diante de inexigibilidade do título judicial, quando este tenha se “fundado em lei ou ato normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição”;

12) exige-se que o Supremo Tribunal Federal tenha se manifestado pela constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo no qual se baseou a decisão que deu origem ao título executivo, ou ainda que tenha se manifestado favoravelmente ou não à compatibilidade com a Constituição da aplicação ou interpretação empregada na decisão que deu origem ao título executivo, a fim de justificar o acolhimento dos embargos, quer a apreciação do Supremo Tribunal Federal tenha se dado em controle direto, por via de ação, quer em controle difuso, por via de exceção;

13) a sentença que reconhecer a inconstitucionalidade de anterior decisão judicial estabelecerá se os efeitos da declaração deverão ser projetados apenas para o futuro ou se deverão ser projetados para o passado.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 5. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. atual. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

DANTAS, Ivo. *Constituição & processo: introdução ao direito processual constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 205.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: Carlos Valder do Nascimento (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 35.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: Carlos Valder do Nascimento (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 89-90.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003. p. 33.

A depredação das áreas de preservação permanente e de reserva legal florestal do bioma Cerrado como causa de desapropriação da propriedade rural por interesse social

Luiz Carlos Falconi e José Nicolau Heck

Sumário

Introdução. 1. Da propriedade rural e sua função socioambiental. 2. Da desapropriação da propriedade destrutiva. Conclusão.

Introdução

O presente recorte tem por objetivo, a partir de subsídios interdisciplinares, analisar e demonstrar a possibilidade jurídica de desapropriação por interesse social da propriedade rural onde ocorra depredação das áreas de preservação permanente e de reserva legal, espaços territoriais especialmente protegidos, cujos proprietários se recusem a recompor as áreas destruídas, conforme determinam as leis definidoras das políticas agrícola, ambiental e de reforma agrária.

O problema centra-se no conteúdo da função social, ampliada expressamente pela Constituição Federal de 1988, para agasalhar inerente e indubitavelmente a função ecológica da propriedade, inserida entre os direitos e deveres individuais e coletivos fundamentais, entre os princípios da ordem econômica, e na configuração do art.186, que, por conta de seu inciso II, absorve, em seu bojo, as normas sociais inseridas no art. 225 sobre a proteção e defesa do meio ambiente, sendo certo que a Carta Política brasileira distingue a propriedade produtiva, insuscetível de desapropriação, da propriedade destrutiva das áreas de preservação permanente e de reserva legal florestal.

Luiz Carlos Falconi é Doutorando em Ciências Ambientais pelo Programa de Pós-Graduação, Nível Doutorado, da Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa da Universidade Federal de Goiás.

José Nicolau Heck é Doutor, Professor Titular, UFG-CNPq/UCG.

O tema mostra-se interessante e atual, pois seu estudo deve colocar, necessariamente, de um lado, a finitude dos recursos ambientais da flora e, por conseqüência, da fauna da região do Cerrado, inclusive no Estado de Goiás e Distrito Federal, e, de outro, o crescimento geométrico do desmatamento de novas áreas para implantação de projetos pecuários e agrários, nos últimos trinta anos, atingindo até mesmo as áreas de preservação e conservação. Basta dizer que, de 1970 a 2000, os desmatamentos na região do Cerrado em geral, no Estado de Goiás e no Distrito Federal, para esse fim, superou, e muito, a área desmatada em todos os tempos, desde o descobrimento do Brasil¹.

Há de considerar-se ainda que, se não houver conservação e preservação nas propriedades privadas que representam mais de 90% do território rural brasileiro, a conservação confinada puramente nas Unidades de Conservação não prosperará, pois, notoriamente, é insuficiente em quantidade e em áreas para alcançar esse desiderato. Além do mais, é necessário relembrar que todos são responsáveis pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado e, nessa perspectiva, tanto o proprietário como o possessor devem, como membros da sociedade, dar a sua quota de contribuição proporcional, pois à propriedade cabe intrinsecamente uma função social e ambiental. Tomando a conservação como um todo, jamais se poderá desprezar a manutenção das áreas de preservação permanente e de reserva legal florestal interiorizadas nas propriedades privadas.

Considerado politicamente como fronteira agrícola, o Cerrado tem auxiliado a equilibrar a balança de pagamentos do País, ficando, no entanto, com um saldo ecológico deficitário, pois, desde a década de setenta, recebe significativos impactos ambientais, incentivados, inclusive, por programas do governo (POLOCENTRO, PROCERRADO, PRODECER, investimentos do FCO, entre outros), pelos progressos da ciência e da tec-

nologia, e, obviamente, pela capacidade de investimento dos empresários rurais em máquinas, implementos e insumos, que resultam na contínua e crescente abertura de novas áreas – geralmente para monoculturas, como pastagens artificiais, soja, cana-de-açúcar, milho, etc –, com risco de redução da diversidade ou extinção de espécies da flora e da fauna².

O tema reveste-se de importância para as Ciências Ambientais em geral e para o Direito Agrário e Ambiental em particular, por se tratar a desapropriação de poderoso instrumento de proteção do equilíbrio do meio ambiente, mediante a persecução do atendimento da função social da propriedade e, por extensão, da imaneente função ecológica. Com efeito, pela desapropriação, substitui-se o proprietário inadimplente contumaz por outro ou outros agricultores que queiram dar à terra a sua verdadeira função socioambiental. Se a desapropriação for intentada pelos outros entes federativos que não a União, ou mesmo por esta, na hipótese prevista no art. 2º, VII, da Lei nº 4.132/62, ampliar-se-á o leque de alternativas viáveis para a recuperação ou restauração da área degradada.

Em verdade, as sanções estabelecidas na lei de política nacional do meio ambiente (nº 6.938/81) e no Código Florestal (Lei nº 4.771/65) têm-se mostrado ineficazes, pois a realidade evidencia que, desde as seculares Ordenações Philipinas, de 1603, e o Regimento do Pau-Brasil, de 12.12.1605, historicamente o público-alvo duvida da seriedade de tais instrumentos legais e, assim, persiste promovendo a destruição das áreas de preservação permanente e de reserva florestal legal, ridicularizando a legislação dita protetora, como está acontecendo mais recentemente com as frustradas tentativas de recomposição florestal estabelecidas pela lei de política agrícola (nº 8.171/91), enfracadas, do ponto de vista ambiental, pelas alternativas mitigadoras e compensatórias da Medida Provisória nº 2.166-67/2000, que, certamente, restarão descumpridas.

A metodologia utilizada consistiu no levantamento de dados junto ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em Goiás, à Superintendência Estadual do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, à Superintendência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, à Agência Goiana do Meio Ambiente e à Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento do Estado de Goiás, em entrevistas com técnicos em agronomia, arquitetura, veterinária, biologia, engenharia florestal, sociologia e em consulta à doutrina especializada, por meio de livros, revistas e periódicos para apreensão de conceitos, informações e constatações que enriquecessem o trabalho e pudessem, enfim, embasar as conclusões.

Utilizou-se o método histórico para levantamento da ocupação da região do Cerrado e sua exploração econômica; o método estatístico para registro e sistematização de dados colhidos nos órgãos públicos; o método comparativo para confrontar as realidades da menor área (o Distrito Federal), da maior área (a região do Cerrado), e da que mais de perto interessa à tese, o Estado de Goiás, e, ainda, o método dedutivo e o indutivo para embasar as conclusões finais sobre a propriedade destrutiva, no contexto da função socioambiental da propriedade e sua importância para a sociedade, valorizando a integração e a harmonização metodológica.

Justifica-se, pois, a limitação do tema não só quanto ao conteúdo dos princípios e regras sobre a ordem econômica e social ambiental constitucionais e infraconstitucionais, dado que se entrecruzam a função social e a proteção do meio ambiente, como também quanto ao tempo (período de 1970 a 2000) e ao espaço geográfico da região do Cerrado, com ênfase para o Estado de Goiás (embora tenham sido coletados dados sobre o Cerrado em geral e o território do Distrito Federal), como forma de ampliar os elementos da pesquisa e aumentar as oportunidades de comparação entre as três realidades ecológicas e econômicas.

Vale ressaltar, no entanto, que o Cerrado ocupa 22% do território brasileiro (2.000.000km²) ou 200.000.000 de hectares³ e que as normas de regência para as áreas de preservação permanente são as mesmas para todo o Brasil. Entrementes, no que concerne às áreas de reserva legal florestal, uma vez obedecidos os percentuais estabelecidos para as propriedades da Amazônia Legal (floresta 80%, cerrado 35% e campo 20%) e para as propriedades situadas fora dela (restante do País 20%), sendo as premissas as mesmas (obrigatoriedade da conservação), tem-se que as conclusões a que se chegou sobre a propriedade destrutiva são válidas para todo o território brasileiro.

A motivação para a elaboração deste artigo deveu-se a dois fatores: primeiro, retomar, por uma nova ótica, os trabalhos da Dissertação de Mestrado (FALCONI, 1993) concluída na década de noventa, envolvendo pesquisa de cunho teórico e prático, objetivando aferir o cumprimento da função social da propriedade rural, nos Estados de Goiás e Tocantins, no período de 1946 a 1989 – termo inicial do “condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social” e termo final da execução do Plano Nacional de Reforma Agrária da Nova República (1985 a 1989) –, passando pela novel Constituição de 1988; e segundo, a constatação por viagens⁴ pelos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso, Rondônia, Tocantins e Maranhão, cujas paisagens mostram, sem maior esforço, a destruição das áreas de preservação permanente e de reserva legal das propriedades rurais, substituídas por pastagens artificiais e posteriormente pela cultura da soja, entre outros produtos, cenário que se confirma pelas estatísticas oficiais.

E, como se sabe, seja no Cerrado, na Amazônia, nas Araucárias, na Mata Atlântica, no Pantanal, na Zona Costeira ou em qualquer ponto do território nacional, o proprietário não tem o direito de explorar a propriedade com ferimento aos arts. 5^o, 170, 186 e 225 da Constituição Federal, principalmen-

te no que concerne às áreas de preservação permanente ou de reserva legal florestal, pois sempre que isso acontecer estará desatendida a função socioambiental da propriedade e, nesse passo, estar-se-á inarredavelmente diante da propriedade considerada destrutiva.

O desenvolvimento do artigo está ancorado em duas seções: na primeira, trata-se ligeiramente da propriedade e sua função social (com a inerente função ambiental) e, na segunda, da desapropriação por interesse social da propriedade rural, por interesse social em sentido amplo e em sentido estrito, para fins de reforma agrária, no que se refere à denominada propriedade destrutiva, alvo de depredação das áreas de preservação permanente e de reserva legal florestal, cujos proprietários se recusem a promover a recomposição. Seguiram-se, após, as conclusões.

1. Da propriedade rural e sua função socioambiental

Arnaldo Sussekind (1986, p. 13) anota que somente após a Primeira Grande Guerra (1914) “os direitos sociais ganharam hierarquia constitucional. E, por via de consequência, o liberal-individualismo, em muitos países, cedeu terreno ao intervencionismo estatal, indispensável à consecução destes direitos”.

Preleciona Luís Recasens Siches (1970, p. 12 apud SÜSSEKIND, 1986, p. 13) que os direitos individuais “possuem predominantemente como conteúdo um não fazer dos indivíduos e, principalmente, do Estado e dos demais entes públicos. Já os direitos sociais têm por objeto atividades positivas do Estado, do próximo e da sociedade, para conceder ao homem certos bens ou condições”.

Lembra, por sua vez, Mirkine-Gutzévitch (1957, p. 156, 169-171 apud SÜSSEKIND, 1986, p. 13) que as liberdades individuais e os direitos sociais “ocupam um lugar de honra nas novas Constituições” e que os

direitos sociais “aparecem como obrigações positivas do Estado ao lado do catálogo das liberdades formuladas em 1789; e, entre eles, incluem-se a segurança social, o direito do trabalho, os direitos sindicais, o direito a uma vida sã e ao repouso e as garantias econômicas para as classes trabalhadoras”.

A ênfase na evolução dos direitos sociais ultrapassou as raízes do direito das obrigações, para alcançar os direitos reais e transformar, por dentro, o conteúdo do direito de propriedade, preterindo o seu caráter individualista, absoluto e sagrado, submetendo-a a uma vinculação de cunho social, moldável segundo as complexas necessidades dos novos tempos. Nessa ótica, a propriedade deve atender aos interesses privados do proprietário e a outros interesses superiores da sociedade, transcendentais da autonomia privada. Nesse sentido, sustenta Leon Duguit ([1928?], p. 231 apud SODERO, 1982, p. 28) que:

“Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade certa função, em razão direta do lugar que nela ocupa. Por conseguinte, o possuidor da riqueza, pelo só fato de possuí-la, pode realizar certo trabalho que somente ele pode cumprir. Só ele pode aumentar a riqueza geral, assegurar a satisfação das necessidades gerais, ao fazer valer o capital que possui. Está, pois, obrigado socialmente a cumprir esta tarefa, e só no caso de que a cumpra será socialmente protegido. A propriedade já não é um direito subjetivo do proprietário. É a função social do possuidor da riqueza”.

Nessa linha, a Constituição alemã de 1919 e a mexicana de 1917 – seguidas pela maioria das Cartas políticas da Europa e das Américas – inauguram a chamada ordem pública econômica, estabelecendo, além da proteção do trabalho, uma programação endereçada a coordenar a iniciativa privada, “aceptando pues la distinción fundamental entre la propiedad de los instrumentos de producción y la de los bienes de

consumo para someterlas a una disciplina diversa” (GALLONE, 1961, p. 86 apud BALARÍN MARCIAL, 1978, p. 236). Essa distinção justificou, mais adiante, a emancipação do Direito Agrário e, posteriormente, do Direito Ambiental, como ramos autônomos do direito, partindo nuclearmente do princípio da função social da propriedade, pois “el auténtico agricultor ha sido siempre, y deberá serlo cada vez más, no solo productor de alimentos, sino guardián de la naturaleza en su medio y ambiente” (SANZ JARQUE, 1975, p. 44).⁵ Essas Cartas políticas inspiraram o fortalecimento do estudo das Ciências Ambientais afins, a partir do horizonte em que se vislumbra a propriedade rústica como um bem de produção e de conservação e preservação.

Com efeito, a Constituição weimariana de 1919 estabeleceu em seu art. 153 que “a propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social”. Por isso, “o regime da vida econômica deve corresponder a princípios de justiça, com o objetivo de garantir a todos existência humanamente digna”. Dentro desses limites, reconhece-se ao indivíduo a liberdade econômica (art. 151). Dispôs semelhantemente a Constituição italiana de 1947 ao garantir o direito de propriedade e determinar que a lei estabeleça “os modos de aquisição, de gozo e seus limites, com a finalidade de assegurar a função social e torná-la acessível a todos”, podendo a propriedade, “nos casos previstos em lei e salvo indenização”, ser “expropriada por motivos de interesse social” (art. 42).

Ensina Stefano Rodotà ([199_?], p. 377-382 apud BALLARÍN MARCIAL, 1989, p. 238-239) que, desde que a propriedade é condicionada,

“a função social não é externa a seu direito nem metajurídica; em si, a função social, desde o ponto de vista técnico-jurídico, é uma ‘expressão elíptica, unificadora dos pressupostos da qualificação jurídica, de tal modo que identifica o conteúdo mes-

mo da situação (do proprietário)’; já não é o conjunto de obrigações externas impostas pelas leis especiais, senão que a função social deriva de um princípio geral incorporado na estrutura institucional do direito de propriedade em virtude do qual sua tutela fica condicionada em função do cumprimento pelo proprietário dos fins que o ordenamento impõe”.

No direito brasileiro também partilham desse entendimento Luciano de Souza Godoy (1998, p. 34) e Gustavo Tepedino. Assevera Godoy que, contemporaneamente, pode-se afirmar constituir-se a função social um “elemento interno da estrutura do direito subjetivo – propriedade privada, determinando sua destinação – e que as faculdades do proprietário privado são reduzidas ao que a disciplina constitucional lhe concede”. E observa Tepedino (1989, p. 76 apud GODOY, 1998, p. 34) que a tutela da situação proprietária tem como requisito “o cumprimento da sua função social, que, por sua vez, tem conteúdo predeterminado, voltado para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade com terceiros não proprietários”.

Deveras, o cumprimento da função social constitui-se, invariavelmente – em todos os países de legislação avançada –, em pressuposto da garantia do direito de propriedade. O direito é garantido desde que utilizado em prol do interesse social ou coletivo. A Constituição brasileira de 1946 determinou ao legislador ordinário a promoção da justa distribuição da propriedade e o condicionamento dela ao bem-estar social. A Emenda Constitucional nº 10/64, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969 transformaram a função social da propriedade em condição necessária à sua garantia.

A seu turno, a Constituição Federal de 1988, oxigenada pelos novos ares da política internacional da tutela ambiental, exteriorizada na Convenção de Estocolmo de 1972 e fortalecida internamente pela lei da

política nacional do meio ambiente (nº 6.938/81), concedeu ampla proteção ao meio ambiente e, nesse contexto, explicitou a função ecológica da propriedade intrínseca à função social como instrumento eficaz à proteção do meio ambiente e da sadia qualidade de vida, bem de uso comum do povo a ser protegido individual ou coletivamente. O descumprimento da função social e ambiental, entre outras sanções, sujeita a propriedade à desapropriação por interesse social.

2. Da desapropriação da propriedade destrutiva

Desapropriação “é o ato pelo qual a autoridade pública competente, em casos expressos em lei e mediante indenização, determina que a propriedade individual seja transferida a quem dela se utilize em interesse da coletividade” (WHITAKER, 1946, p. 3 apud FRANCO SOBRINHO, 1973, p. 8; ROCHA, 1992, p. 49). Nessa linha de raciocínio, Artur Pio dos Santos (1982, p. 15) afirma com acerto que a desapropriação é o

“ato coercitivo, mediante o qual, por razões de necessidade ou interesse coletivo, o Poder Público retira, do domínio de seu proprietário, bens ou direitos, incorporando-os ao seu patrimônio ou entregando-os a quem deles possa fazer melhor uso, para que atinjam os fins pretendidos e especificados na declaração expropriatória, indenizando-se o seu legítimo dono pelo valor fixado na forma que a lei estabelecer”.

Realmente, a desapropriação é um ato compulsório com agasalho na Constituição Federal e desenvolvimento no campo do direito administrativo e processual, refletindo o seu efeito principal no direito civil com a perda da propriedade. Assim, anota Weliton Militão dos Santos (2001, p. 39) que a desapropriação

“constitui o procedimento por meio do qual o Poder Público, utilizando-se do

jus imperii, desapossa alguém de sua propriedade, adquirindo-lhe, compulsoriamente, o domínio, desafetando-a do domínio particular, mediante indenização, por muitos admitida como expropriação”.

Tradicionalmente o ordenamento jurídico brasileiro conheceu a desapropriação por motivo de utilidade ou necessidade pública. Nesse tipo de desapropriação, o Poder Público adquire compulsoriamente a propriedade do particular ou de um ente público menor e assim se mantém permanentemente em relação ao domínio do bem desapropriado, objetivando executar obra ou serviço de utilidade ou necessidade pública. A principal norma regedora desse tipo de desapropriação é o Decreto-Lei nº 3.365/41.

A Constituição de 1946 instituiu um novo tipo de desapropriação, a expropriação por interesse social, tendo por objetivo promover a justa distribuição da propriedade urbana ou rural ou *condicionar o seu uso ao bem-estar social* (art. 147), o que foi cumprido, em parte, pela Lei nº 4.132, de 10.9.1962, atribuindo competência desapropriatória às três esferas de governo, União, Estados (e Distrito Federal), e Municípios, para os casos que estipula e desde que efetuem a indenização previamente e em dinheiro.

Com a alteração procedida pela Emenda Constitucional nº 10/1964, criou-se o subtipo de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, aplicável somente a imóveis rurais que não atendam à função social da propriedade. Para dar cumprimento a esse desiderato, foi aprovada a Lei nº 4.504, de 30.11.1964 – Estatuto da Terra –, que prevê as hipóteses e finalidades do ato, que é da competência exclusiva da União, pelo Presidente da República, possibilitando o pagamento da terra em títulos da dívida agrária e das benfeitorias em dinheiro.

A Lei nº 4.132/62 não deixa dúvida de que os recursos naturais disponíveis – águas, terras, flora –, devem ser socialmente

aproveitados. O fato de não serem aproveitados socialmente enseja a desapropriação por interesse social. Assim, elenca no art. 2º oito hipóteses que considera suficientes para motivar a decretação de interesse social para fins de desapropriação. Entre essas hipóteses, insere a declaração de interesse social para “a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais”. Outra certeza evidenciada por esse diploma legal é que a desapropriação por interesse social não tem por fim apenas e tão-somente promover a justa distribuição da propriedade em prol de determinados grupos carentes da população⁶, mas também objetiva dar respaldo a interesses difusos como os casos relacionados com a proteção do solo, a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais (inciso VII).

Por sua vez, a Lei nº 4.504/64 – lei de reforma e desenvolvimento rural –, tendo por núcleo central o desempenho da função social da propriedade, da qual emergem deveres para o proprietário de ordem privada e de ordem pública – enfeixados em pressupostos de caráter socioeconômicos e socioecológicos –, estabelece no art. 18 que a desapropriação (sanção) por interesse social para fins de reforma agrária tem por fim:

“a) condicionar o uso da terra a sua função social⁷; (...) c) obrigar a exploração racional da terra; d) permitir a recuperação social e econômica de regiões; (...) f) efetuar obras de renovação, melhoria e valorização dos recursos naturais; (...) h) facultar a criação de áreas de proteção à fauna, à flora ou a outros recursos naturais, a fim de preservá-los de atividades predatórias”.

Ademais, complementa o art. 20 da mesma Lei que as desapropriações a serem realizadas pelo Poder Público recairão, entre outras, sobre “as áreas cujos proprietários desenvolverem atividades predatórias, recusando-se a pôr em prática normas de conservação dos recursos naturais” (inciso III), e “as terras cujo uso atual”, conforme estudos levados a efeito pelo Instituto Nacional

de Colonização e Reforma Agrária, “comprovem não ser o adequado à sua vocação de uso econômico” (inciso VI).

Como se vê, também o Estatuto da Terra agasalha não somente os interesses coletivos de grupos determinados da sociedade (como são os agricultores carentes de recursos financeiros para aquisição de terra para sustento próprio e da família)⁸, como também protege os interesses difusos de grupos indeterminados da sociedade, relacionados com os recursos naturais renováveis e o meio ambiente que devem ser rigorosamente preservados como bens ambientais de interesse comum de todos os cidadãos, na dicção da novel Constituição de 1988.

Sob o manto do Estatuto da Terra, eram passíveis de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, as propriedades classificadas como minifúndios e latifúndios, considerados tipos anti-sociais de aproveitamento da terra. Aqueles, por possuírem área inferior ao módulo rural⁹, portanto sem oportunidade de propiciarem progresso social e econômico ao rurícola e sua família; e estes, por possuírem: a) área superior a 600 módulos; ou b) área igual ou superior a um módulo, mas com exploração deficiente ou inadequada em relação às possibilidades econômicas e ecológicas da região, de modo a vedar-lhe a inclusão no conceito de empresa rural¹⁰.

A empresa rural, um dos tipos de classificação dada ao imóvel rural, não era suscetível de desapropriação, por se tratar de empreendimento desenvolvido de forma exemplar, satisfazendo todos os requisitos da função social (econômico, social *stricto sensu* e ambiental). Dos quatro requisitos formadores da função social da propriedade e caracterizadores da empresa rural, no Estatuto da Terra, dois merecem destaque por interessarem diretamente ao tema do artigo: a manutenção de níveis satisfatórios de produtividade e a conservação dos recursos naturais.

Regulamentando o Estatuto da Terra, ainda na década de sessenta, o Decreto nº

55.891, de 31.3.1965, estabeleceu no art. 25 que, para ser classificado como empresa rural, o imóvel teria de apresentar percentagem de área utilizada (GUT) nas várias explorações “igual ou superior a 50% da sua área agricultável”; obter “rendimento médio” nas várias explorações (GEE) igual ou superior aos mínimos fixados em tabela própria; adotar “práticas conservacionistas”; e manter “condições de administração e exploração social mínimas”.

Referido artigo 25 foi revogado, na década de setenta, pelo art. 44, inciso I, do Decreto nº 72.106, de 18.4.1973, que, ao regulamentar a Lei nº 5.868, de 12.12.1972, que criou o Sistema Nacional de Cadastro Rural, aumentou a exigência quanto ao grau de utilização da área agricultável (GUT) para 70%. Posteriormente, na década de oitenta, também o art. 44 foi revogado pelo Decreto nº 84.685, de 6.5.1980, que, ao regulamentar a Lei nº 6.746, de 10.12.1979¹¹, criadora do módulo fiscal calculado para cada Município, aumentou a exigência do grau de utilização da área agricultável (GUT) para 80%, no art. 22, inciso III.

Como se sabe, a partir da década de setenta, foram criados Programas Oficiais de Desenvolvimento das macrorregiões brasileiras e de integração delas à Amazônia, planejamentos que foram seguidos de significativa evolução tecnológica e de pesquisa para o agro. A esses eventos correspondeu, no campo do direito, a sucessiva elevação dos percentuais de exigibilidade do grau de utilização da terra agricultável. Nessa linha, o Decreto nº 84.685/80 considerou empresa rural o empreendimento que contenha exploração econômica e racional “dentro das condições de cumprimento da função social da terra”, e atendidos, simultaneamente, os requisitos: GUT igual ou superior a 80%; GEE igual ou superior a 100%; cumprimento integral das relações de trabalho e contratos agrários.

Ainda na década de oitenta – quando o país vivia a reabertura democrática com a Nova República que começava a executar o

Plano Nacional de Reforma Agrária recém-aprovado –, o Decreto-Lei nº 2.363, de 21.10.1987, como medida seletiva das desapropriações agrárias, procurou direcioná-las aos imóveis de maiores dimensões e, assim, vedou a desapropriação de imóveis rurais de área inferior a 1.500 hectares na área de atuação da SUDAM, 1.000 hectares na área de atuação da SUDECO, 500 hectares na área de atuação da SUDENE e 250 hectares no restante do País.

O mesmo diploma vedou a desapropriação das “áreas em produção”, assim consideradas “aquelas compreendidas na faixa contínua de terra que abranja as principais benfeitorias e cuja exploração e produtividade se coadunem com a legislação agrária pertinente”. Não se computavam como área em produção as terras: a) utilizadas em extrativismo vegetal e campos e pastagens naturais; b) desmatadas e não exploradas (inclusive capoeiras); c) preparadas mas sem efetiva exploração; c) cultivadas por terceiros; e) destinadas à proteção e conservação de recursos hídricos de uso comum; f) necessárias à preservação ambiental (art. 6º e § 6º).

A área em produção, até 25% da área total do imóvel, poderia ser excluída da desapropriação, desde que requerida pelo proprietário, no prazo decadencial de 30 dias, contados da data da notificação administrativa. Não exercida a faculdade, a desapropriação se consumava sobre a área total. Nos imóveis de área até 10.000 hectares, a desapropriação não poderia ultrapassar $\frac{3}{4}$ da área da propriedade. Obedecido o limite de 2.500 hectares, nos imóveis de área superior a 10.000 hectares, a desapropriação poderia abranger a totalidade da área excedente àquele limite.

Essa referência à área em produção de certa forma ajuda a entender o que aconteceu logo em seguida, com a aprovação da Constituição de 5.10.1988, quando foi institucionalizada a figura da *propriedade produtiva*, matéria objeto de longas controvérsias antes, durante e depois da aprovação

da nova Carta Política. Se pouco antes se facultava ao proprietário a exclusão de uma “área em produção” de até 25% do imóvel desapropriando, agora a chamada propriedade produtiva tornava-se insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária.

A Constituição de 1988, com efeito, continuou afirmando, como fizeram as anteriores – e fez isso em várias passagens –, que a propriedade deve atender a uma função social. Se não atende, a própria Constituição atribui competência à União para decretar, pelo Presidente da República, a declaração do interesse social para fins de reforma agrária e consolidar a desapropriação, perante a Justiça Federal, pagando o preço da terra em títulos e as benfeitorias em dinheiro e transferindo a propriedade a outros agricultores que queiram explorá-la racional e adequadamente, segundo a cartilha da função social.

Efetivamente, depois de inserir a propriedade entre os direitos e deveres individuais e coletivos e de afirmar que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXII e XXIII), determina a Constituição Federal, em seu art. 184, que:

“Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”.

Abeberando-se do Estatuto da Terra e, pode-se dizer, ampliando o seu espectro no que concerne ao aspecto ecológico da função social para tornar mais explícito o intento de proteção dos recursos naturais e do meio ambiente, em sintonia com as aspirações ambientalistas proclamadas na Conferência Internacional de Estocolmo (1972) e afirmadas no campo interno pela lei sobre a política nacional do meio ambiente (nº 6.938/81), estabeleceu expressamente, no art. 186, que:

“A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

Apesar de estabelecer, como deveria, que os requisitos da função social devem ser atendidos simultaneamente, e denotar que esses requisitos preenchem os aspectos econômico, social e ecológico da propriedade, o Constituinte inseriu no art. 185 as hipóteses que queria deixar de fora das desapropriações para fins de reforma agrária – o que também é compreensível –, mas, ao fazê-lo, incluiu não só a pequena e a média propriedade, como se esperava, mas também, estranhamente, a inusitada propriedade denominada produtiva. Desse modo, independentemente do tamanho, a “propriedade produtiva” tornou-se insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária, tanto quanto a pequena e a média propriedade¹², nesses dois últimos casos, desde que o proprietário não possua outra.

Esse episódio, *mutatis mutandis*, reflete o poder de fogo das grandes corporações que movem a economia moderna. Referindo-se a uma situação que evidentemente retrata um contexto mundial e, portanto, de consequências bem maiores, mas que também se aplica aos problemas brasileiros, no que tange ao tráfico de influência do poder econômico – o que não é diferente nas questões da estrutura do campo –, em entrevista recente à Revista Veja, afirma John Keneth Galbraith (2004, p. 25):

“A economia moderna (...) é produto do surgimento de corporações

poderosas e de novos métodos de administração empresarial, com sua casta de executivos. O ponto forte dessa economia é a capacidade de mobilizar recursos científicos, organizacionais, culturais e políticos muito variados. O maior de seus efeitos negativos, particularmente visível no presente, é a habilidade das corporações de imiscuir-se à força¹³ nas políticas governamentais e direcioná-las. (...) Dito de outra maneira, o desserviço da economia moderna está na sua tendência de favorecer concentrações de poder e solapar a lógica da distribuição da autoridade política por meios democráticos. A intromissão do setor privado no chamado setor público é ostensiva e crescente, e negá-la é uma fraude – nada inocente. Essa é a contribuição ainda não devidamente ‘celebrada’ de nossa época à história econômica”.

Só o poder do tráfico de influência pode explicar a anomalia que passou a vigorar com a Constituição de 1988. Ou seja, exigiu-se o atendimento da função social da propriedade, o que implica a satisfação de requisitos econômicos, sociais e ecológicos. Entretanto, ao mesmo tempo, criou-se um tipo de propriedade que não cumpre a função social e ainda assim – diferentemente da Constituição revogada – tal propriedade ficou imune aos atos desapropriatórios para fins de reforma agrária, além de merecer atenção especial do legislador ordinário, que deve estabelecer regras para que venha a cumprir essa função.

Produtivo em sentido agrônomo, conforme afirma Francisco Graziano, ex-Presidente do INCRA¹⁴, é praticamente todo solo que reúne condições físico-químicas para produzir. Em tese, portanto, diz ele, quase todos os tipos de solo são produtivos. Para escapar do imbróglio, o Constituinte deixou ao legislador ordinário a tarefa de definir o que seriam consideradas pequena e média propriedades e propriedade produtiva, de-

terminando, entretanto, desde logo, que fosse garantido tratamento especial à propriedade produtiva e fossem fixadas as normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Embora a função social se cumpra quando são atendidos simultaneamente os requisitos do art. 186, o Constituinte reconhece no parágrafo único do art. 185 que a propriedade produtiva – novel classificação criada – não cumpre a função social, por isso incumbiu o legislador ordinário de dar-lhe tratamento especial e fixar normas para que ela venha a atender tais requisitos. Era, na verdade, um alongamento da pretensão já posta na chamada “área em produção” do Decreto-Lei nº 2.363/87, ou mais precisamente o cumprimento isolado do requisito econômico da função social, incrustado no art. 2º, §1º, alínea “b”, do Estatuto da Terra e no art. 22, inciso III, do Decreto nº 84.685/80, relativo à produção e à produtividade agropecuária.

Sistematicamente, a Constituição ficou caolha. Repete inúmeras vezes que a propriedade deve atender à sua função social como direito-dever fundamental; como princípio da ordem econômica; como condição legitimadora do direito, etc; explicita a multiplicidade de fatores que conduzem ao diagnóstico do atendimento da função social; determina ao Poder Público que desapropriar a propriedade rural que não cumpre a função social, mas, em meio a tantas alusões, excepciona da desapropriação, num artigo e não num parágrafo, a propriedade produtiva que, reconhecidamente, não cumpre a função social, própria da empresa rural do Estatuto da Terra.

Entretanto, a propriedade produtiva imune à desapropriação é aquele tipo de propriedade na qual ocorre o aproveitamento racional e adequado, e a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis¹⁵ com preservação do meio ambiente. É irracional e inadequada a exploração da propriedade que, a pretexto de aproveitar os recursos naturais disponíveis, destrói total

ou parcialmente as áreas de preservação permanente e reserva legal¹⁶, insuscetíveis de supressão ou de exploração econômica, salvo, quanto a esta última, se embasada em projeto de manejo previamente aprovado.

Os órgãos oficiais de meio ambiente, as organizações não-governamentais e a sociedade em geral têm percebido que grande número de propriedades rurais estão sendo alvo de exploração para além da área agricultável, invadindo as áreas destinadas aos propósitos da ecologia, ocupando indevidamente as áreas de preservação permanente e de reserva legal, elementares à formação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de interesse comum a toda a sociedade, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal e 1º, 2º e 16 do Código Florestal.

A legislação infraconstitucional prevê sanções contra os atos atentatórios ao meio ambiente, como se pode notar no Código Florestal, na Lei que dispõe sobre a proteção da fauna (nº 5.197/67), na Lei instituidora da política nacional do meio ambiente (nº 6.938/81) e na Lei definidora dos crimes ambientais (nº 9.605/98). Todavia, como tem apontado a doutrina especializada, os remédios ordinários não têm sido capazes de frear a destruição das áreas de preservação permanente e reserva legal incrustadas nas propriedades rurais.

Entre outros doutrinadores, Luiz Fernando Coelho (1994, p. 30 apud AZEVEDO, 2002, p. 297) observa que o formalismo dos procedimentos administrativos e judiciais, em nome da proteção dos direitos individuais, freqüentemente tem determinado a ineficácia da legislação ordinária relativamente à proteção do meio ambiente e dos direitos da sociedade. Com razão, afirma o referido autor que:

“Se examinarmos a parafernália legislativa do direito ambiental, antes e depois da Constituição de 88... a primeira reação é de perplexidade, perante um fato evidente: a ineficácia dessas normas, eis que elas simplesmente não são aplicadas... existem mi-

lhares de procedimentos administrativos de imposição de penalidades pecuniárias por infração aos regulamentos, simplesmente aguardando passar o prazo prescricional”.

Por sua vez, anota Edward O. Wilson (1997, p. 3) que “a diversidade biológica tem de ser tratada mais seriamente como um recurso global, para ser registrada, usada e acima de tudo preservada”. Outrossim, Antônio H. V. Benjamim (2004, p. 1-16) lamenta o fato de que no Brasil, ao contrário de outros países, como a Alemanha, “a teoria da função social da propriedade não tem tido eficácia prática e previsível na realidade dos operadores do direito e no funcionamento do mercado”, o que se torna de certa forma incompreensível, uma vez que “poucas Constituições unem tão umbilicalmente função social e meio ambiente como a brasileira”.

Moreira Neto (1976, p. 308, 319 apud MACHADO, 1989, p. 348) também acentua que :

“a exploração dos recursos naturais, como vem sendo feita, polui água e atmosfera, devasta florestas, seca mananciais, destrói a flora nativa, empçonha a fauna, exaspera os climas, precipita a erosão, cria desertos e chega a envenenar as fontes de alimentação do próprio homem; até os mares ameaça a poluição desenfreada”.

No entanto, como verbera Antônio H. V. Benjamin (1996, passim apud AZEVEDO, 2002, p. 397), consagrado ambientalista, “no Brasil não há direito de propriedade que confira a seu titular a opção de usar aquilo que lhe pertence de modo a violar os princípios estampados nos arts. 5º, 170, VI, 182, 2º, 186, II e 225 da CF”, pois a propriedade no direito brasileiro “abandona, de vez, sua configuração essencialmente individualista para ingressar em uma nova fase, mais civilizada e comedida, onde se submete a uma ordem pública e ambiental”.

De fato, determina o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 6.938/81, ao cuidar dos

objetivos da política ambiental do país, que “as atividades empresariais públicas e privadas serão exercidas em consonância com as diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente”. Também estabelece a referida Lei que são instrumentos dessa política a criação de espaços especialmente protegidos pelo poder público e as penalidades pelo não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental (art. 9º), regras essas recepcionadas pelo art. 225, §1º, III, e 3º, da CF.

As penalidades estabelecidas na Lei nº 6.938/81 e no Código Florestal (Lei nº 4.771/65) são aplicáveis sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação brasileira (art. 14 e 1º, respectivamente). Assim sendo, a destruição das áreas de preservação permanente e de reserva legal sujeita-se à penalidade prevista para o descumprimento da função socioambiental da propriedade inserida no art. 170, III e VI, e 186, II, passível, portanto, de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, consoante autorização contida no art. 184 da Constituição Federal.

Conforme magistério de Firmino Whitaker, já referido neste trabalho, a desapropriação é o ato pelo qual a autoridade pública competente, em casos expressos em lei e mediante indenização, determina que a propriedade individual seja transferida a quem dela se utilize em interesse da coletividade. A Constituição Federal, no art. 5º, XXII e XXIII, dispõe que a propriedade atenderá a sua função social e que a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na própria Carta Política (XXXIV).

Portanto, são amparadas na Constituição Federal as desapropriações por interesse social em sentido amplo e em sentido estrito, para fins de reforma agrária. Aquela, com pagamento prévio em dinheiro; e esta, com pagamento prévio em títulos da dívida pública e em dinheiro. Mediante aquela, a

Constituição recepciona a Lei nº 4.132/62, que atribui competência desapropriatória às três esferas de governo – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, e, por meio desta, confere competência exclusiva à União, nos termos do art. 184, desenvolvendo-se o processo desapropriatório à luz das Leis nº 4.504/64 e nº 8.629/93, Leis Complementares nº 76/93 e nº 88/96, entre outras.

Assim sendo, todos os entes da Federação, invocando o art. 2º da Lei nº 4.132/62, podem declarar o interesse social, para fins de desapropriação de qualquer imóvel no qual seja necessária “a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais”, protegendo, desse modo, os interesses difusos da sociedade com a execução de medidas de recuperação das áreas de preservação permanente e de reserva legal florestal destruídas em consequência da substituição da cobertura vegetal por culturas de pastagens ou qualquer outro produto agrícola.

Por sua vez, a União Federal poderá decretar a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, uma vez constatada a existência de determinada propriedade qualificada como destrutiva por supressão total ou parcial das áreas de preservação permanente e reserva legal, cujo proprietário se recuse a promover a recomposição da cobertura vegetal, conforme determinada em lei. O processo administrativo a ser necessariamente constituído deve resguardar ao proprietário o direito de defesa, culminando, se esta for carente ou im procedente, na declaração de interesse social para fins de reforma agrária.

Com efeito, o art. 225 da CF impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Para assegurar a efetividade do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos os membros da sociedade, deve “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”, bem como “preservar a diversidade e

a integridade do patrimônio genético do País”, “definir (...) espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos (...) vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” e “proteger a fauna e a flora”, uma vez que são vedadas na forma da lei “as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” (§1º, incisos I, II, III e VII).

Por outro lado, sendo a República brasileira uma federação constituída em Estado Democrático de Direito sob o regime capitalista, em que a propriedade privada do território, como é curial, encontra-se predominantemente em mãos dos particulares, a propriedade rural assume papel singular perante o ordenamento político-jurídico, pois lhe cabe intrinsecamente uma função socioambiental suficiente e necessária para desenvolver o papel conciliador entre produção e conservação. Deve-se dizer com maior precisão que o imóvel rural não é apenas um bem de produção, pois ele é um bem de produção e de conservação da natureza.

Já não resta dúvida de que o direito real de propriedade imanta-se de conteúdo positivo de natureza cogente, relativo a condutas construtivas do proprietário, não meras abstenções, permissões ou omissões, mas um fazer concreto, traduzido na produção de alimentos ou matérias-primas e na manutenção e proteção das áreas de preservação permanente e reserva legal, sob pena, inclusive, de desapropriação (sanção). Eros Roberto Grau (2004, p. 222) percebeu o espectro do novo conteúdo desse direito ao enfatizar que:

“o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos

– prestação de fazer, portanto, e não meramente de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê de concreção do poder de polícia”.

A propriedade, pois, como direito individual de compromissos coletivos e sociais (art. 5º, XXII e XXIII, da CF), é um instrumento de construção da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) e, por isso, deve contribuir para a formação de uma sociedade “livre, justa e solidária”, como forma de “garantir o desenvolvimento nacional” e “promover o bem de todos” (art. 3º, I, II e IV). Nesse contexto, a propriedade rural privada, palco da atividade econômica, sujeita-se a uma ordem econômica guiada por princípios de raiz social como a função social, a defesa do meio ambiente, a busca do pleno emprego, etc. (art. 170, III, VI e VIII), conciliadores dos interesses privados e públicos.

Carregando em seu conteúdo os deveres positivos de produção e conservação (econômico e ecológico), razão pela qual deve desempenhar uma função social e promover a defesa do meio ambiente, a Constituição Federal não deixa nenhuma dúvida a esse respeito ao determinar no art. 186 que a propriedade rural cumpre a sua função social quando atende, simultaneamente, os requisitos de “aproveitamento racional e adequado” e “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente” (incisos I e II).

Obviamente a propriedade destrutiva, que devasta total ou parcialmente as áreas de preservação permanente e ou de reserva legal florestal, espaços territoriais especialmente protegidos, porque essenciais ao equilíbrio dos processos ecológicos, não se enquadra no perfil de propriedade produtiva e muito menos cumpre a função social e ambiental da propriedade. Nesse caso, o art. 184 da Carta Política atribui competência à União para “desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel

rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização” da terra em títulos e das benfeitorias em dinheiro.

Sendo certo que a lei assegura “a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra condicionada pela sua função social”, a desapropriação por interesse social tem por fim “condicionar o uso da terra à sua função social”, “obrigar a exploração racional da terra”, “permitir a recuperação social e econômica de regiões”, “efetuar obras de renovação, melhoria e valorização dos recursos naturais” e “facultar a criação de áreas de proteção à fauna, flora ou a outros recursos naturais, a fim de preservá-los de atividades predatórias” (art. 2º, alínea d; 18, alíneas a, c, d, f, h, da Lei nº 4.504/64).

Repete a mesma lei – Estatuto da Terra – que à propriedade privada rural “cabe intrinsecamente uma função social e seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo” (art. 12), daí por que as desapropriações a serem realizadas pelo Poder Público Federal deverão recair, entre outras, sobre “as áreas cujos proprietários desenvolverem atividades predatórias, recusando-se a pôr em prática normas de conservação dos recursos naturais” e “as terras cujo uso atual não seja, comprovadamente, através de estudos procedidos pelo INCRA, o adequado à sua vocação de uso econômico” (art. 20, III e VI).

Na esteira desse mandamento legal, e ainda do art. 46, que dispõe sobre o cadastro de imóveis rurais e as “práticas conservacionistas empregadas”, cabe ao INCRA¹⁷, de acordo com o art. 29, II, do Decreto nº 55.891, de 31.3.1965¹⁸, elaborar levantamentos e análises para atualização e complementação do zoneamento do País, com o objetivo de “recuperar diretamente, mediante projetos especiais, as áreas degradadas em virtude de uso predatório e de ausência de medidas de conservação dos recursos naturais renováveis e que se situem em regiões de elevado valor econômico”.

Nesse propósito, pode ser significativa a colaboração do Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável¹⁹, integrado pelo Decreto nº 3.992, de 30.10.2002, na estrutura do Ministério do Desenvolvimento Agrário, com atribuições, entre outras, de “coordenar, articular e propor a adequação das políticas públicas federais às necessidades de desenvolvimento sustentável”, propor políticas de desenvolvimento rural que estimulem “a valorização da biodiversidade, aproveitamento da biomassa e adoção de biotecnologias baseadas no princípio da precaução” e “estimular e orientar a criação de Conselhos Estaduais e Municipais de Desenvolvimento Rural Sustentável” no âmbito de atuação de cada qual (art.1º, incisos I, V, d, e VI).

Com a criação do Conselho, a ele fica vinculado o Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural do Ministério do Desenvolvimento Agrário, a fim de prestar-lhe assistência direta e imediata, sendo suas atribuições, entre outras: promover e coordenar análises sobre o desenvolvimento rural sustentável, especialmente sobre reforma agrária, agricultura familiar e diversificação das economias rurais, e articular a rede nacional para construção de observatório do desenvolvimento rural, devendo fomentar o intercâmbio de informações e experiências para o estímulo de novas iniciativas para o desenvolvimento, com origem nas comunidades e entidades da sociedade civil organizada.

Não se há de objetar a impossibilidade de desapropriação por interesse social, à vista dos arts. 18 e 44 do Código Florestal. Diz o art.18:

Art.18. Nas terras de propriedade privada onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário.

§ 1º Se tais áreas estiverem sendo utilizadas com culturas, de seu valor deverá ser indenizado o proprietário.

§ 2º As áreas assim utilizadas pelo Poder Público Federal ficam isentas de tributação.

Evidentemente, o dispositivo não é um mandamento categórico. Ou seja, o Poder Público não fica impedido de desapropriar, restrito tão-somente ao poder de ele próprio reflorestar e indenizar o proprietário pelas pastagens, soja ou qualquer outra planta-ção que tiver feito indevidamente (às vezes criminosamente)²⁰ nas áreas em que o parti-cular estava obrigado pela Constituição Fe-deral e legislação ordinária a manter de pé, sem efetuar qualquer corte raso. O disposi-tivo indica uma possibilidade para o Poder Público, por conta da qual não perde a prerrogativa de melhor atender aos interesses da sociedade, quando necessário, pela via desapropriatória.

Assim, se o proprietário não teve a inici-ativa de reflorestar, também poderá não es-tar animado a conservar e preservar as ár-vores plantadas pelo Poder Público, sem lhe exigir qualquer sacrifício, sabido que o cres-cimento da vegetação demandará acompa-nhamento ao longo do tempo. Por outro lado, a indenização das acessões edificadas pelo proprietário abrem a discussão para a veri-ficação da boa ou da má-fé do proprietário, pois a vedação para a supressão da cober-tura vegetal decorre da própria força da lei e a ninguém é dado alegar a ignorância desta ou a sua incompreensão.

O referido artigo e seus parágrafos con-têm regras incompatíveis com a função so-cioambiental da propriedade, insculpida na Constituição Federal. Suas disposições pro-gramam diretrizes próprias de um direito individual absoluto, inoportáveis com a tutela das florestas e demais formas de ve-getação, recursos ambientais componentes do meio ambiente²¹, e, dessa maneira, de in-teresse difuso de toda a sociedade. Também por isso, não se poderão haver como nor-mas cogentes, porque a função social da propriedade e a proteção do meio ambiente estão acima das disposições de cunho me-ramente individuais.

É certo que o Código Florestal, nesse par-ticular, foi mais realista que o rei, ou seja, foi mais individualista que o próprio Código Civil de 1916 destinado a reger as relações jurídicas de cunho predominantemente in-dividual. Com efeito, o art. 881 do Código civilista estabelece que, “se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, ha-vendo recusa ou mora deste, ou pedir inde-nização por perdas e danos”.

O Código Florestal faculta ao Poder Pú-blico (art. 18, §1º) a realização do fato devi-do pelo proprietário, o que é compreensível por causa do interesse público e social nes-sas áreas, mas premia o mau proprietário com a indenização das culturas que implan-tou em locais proibidos por lei, no mínimo, há quarenta anos. A presunção de boa-fé conferida pela disposição legal, entretanto, é *juris tantum* e cederá diante de prova em contrário, ou seja, de que o proprietário não ignorava que sua conduta deveria ser, no caso, de preservação e conservação e não de produção de alimentos ou matérias-pri-mas²².

A determinação do §2º do art.18, de que as áreas assim reflorestadas ficarão isentas de tributação, também é inocente, porque as áreas de preservação permanente e de re-serva legal florestal são consideradas áreas não aproveitáveis e não tributáveis pela le-gislação agrotributária, fato corroborado na Lei nº9.393/96, o que implica afirmar que o proprietário não teria que pagar imposto algum sobre elas, desde que as mantivesse no estado em que deveriam estar, vale dizer, destinadas à preservação e à conservação da natureza. Então o Poder Público reflo-resta diretamente e o proprietário já inadim-plente, por não ter indenizado o dano cau-sado ao meio ambiente, fica também isento do imposto territorial rural!

Por sua vez, o art. 44, na redação da Me-dida Provisória nº 2.166-67/2001, determi-na que o “proprietário ou possuidor de imó-vel rural com área de floresta nativa natu-ral, primitiva ou regenerada ou outra forma

de vegetação nativa em extensão inferior ao estabelecido” para a reserva legal (ressalvadas as hipóteses dos §§ 5º e 6º do art. 16) deve adotar, isolada ou conjuntamente, medidas alternativas como a recomposição, a condução da regeneração natural quando possível e a compensação em outra área equivalente em importância ecológica e extensão, no mesmo ecossistema e na mesma microbacia.

O dever de recomposição da reserva legal florestal já havia sido previsto pela lei de política agrícola (nº 8.171/91), determinação que até o momento não surtiu os efeitos desejados, tanto que as áreas de preservação permanente desflorestadas²³ continuam descobertas de vegetação. A nova redação do art. 44 amplia a possibilidade de recomposição, admitindo-a em outra propriedade, embora com prejuízo para o equilíbrio ecológico. Admite, inclusive, a compensação na mesma bacia, se impossível a compensação na própria microbacia, desde que dentro do mesmo Estado federado.

Portanto, as oportunidades para o proprietário curar o malfeito ao meio ambiente e adequar a propriedade aos parâmetros da função socioambiental são bastante elásticas, conferindo-lhe o legislador ordinário amplas condições de evitar a desapropriação, firmando o respectivo termo de conduta e responsabilidade pela recomposição, em prazo certo e determinado. Em face dessas disposições, a desapropriação da propriedade destrutiva deve ser antecedida de gestões oficiais, no sentido de persuadir o proprietário a fazer o que determina a lei: recompor as áreas indevidamente suprimidas.

Somente em relação àqueles inadimplentes contumazes é que se deve propor a medida mais drástica. Deve-se lembrar que a lei agrária – nº 8.629, de 25.2.1995 – impede a desapropriação, para fins de reforma agrária, do “imóvel que comprove estar sendo objeto de implantação de projeto técnico” elaborado por profissional habilitado, com cronograma físico-financeiro cumprido tempestivamente e prevendo o aproveitamento

mínimo de 80% da área total aproveitável em, no máximo, 3 (três) anos para as culturas anuais e 5 (cinco) para as culturas permanentes, desde que aprovado o projeto pelo órgão federal competente no mínimo 6 (seis) meses antes da notificação da abertura do processo desapropriatório (art. 7º, I, II, III e IV).

Mutatis mutandis, não será passível de desapropriação a propriedade contemplada com projeto técnico de recomposição, elaborado por profissional habilitado e aprovado pelo órgão ambiental competente, nos termos, modo, forma e critérios aludidos no art. 44 do Código Florestal. O certo é que, enquanto o Poder Público não demonstrar que possui à mão instrumento legítimo mais eficaz para conseguir a recomposição das áreas ilicitamente desflorestadas, os espaços territoriais especialmente protegidos (áreas de reserva legal florestal, tanto quanto as de preservação permanente) irão continuar desprovidos de vegetação, obviamente mascarando o equilíbrio ecológico do meio ambiente e ferindo a função socioambiental da propriedade.

A legislação agrária e a ambiental são interdisciplinares e devem ser interpretadas sistematicamente, com o auxílio das ciências ambientais, uma vez que os intentos de conservação e preservação se entrecruzam em ambas. A Constituição Federal estimula essa interdisciplinaridade ao colocar a função social e a defesa do meio ambiente como princípios regedores da ordem econômica e ao inserir o “aproveitamento racional e adequado” e a “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente” como requisitos essenciais, portanto indispensáveis, da função social da propriedade.

Lembra, a propósito, Juraci Perez de Magalhães (2001, p. 27) que “as florestas e demais formas de vegetação estão subordinadas ao princípio da função social da propriedade já inserida na Constituição”. Por sua vez, afirma Maria Luiza Faro Magalhães (1993, p. 150 apud BENJAMIM,

1993 apud J. MAGALHÃES, 2001, p. 35) que a vinculação estabelecida no art. 186, II, da Constituição Federal,

“ampliando o conceito de função social da propriedade, insere a função ambiental como elemento dela constitutivo. Esse tratamento operou uma reciclagem da noção de função social ampliando seu conteúdo de maneira tal que, na nova Constituição, a função social visa atender objetivos já não apenas de natureza distributiva, mas, igualmente, de caráter ambiental, política que, ao eleger valor que anteriormente não figurava como limite ao poder de uso e gozo do direito de propriedade, veio socorrer interesses da sociedade que eram anteriormente insuspeitados”.

Conforme exposto, a proteção aos recursos naturais compostos pelas áreas de preservação permanente e reserva legal já se encontrava agasalhada no conceito de função social previsto pelo Estatuto da Terra, quando este determinou que, entre os seus requisitos, fosse assegurada “a conservação dos recursos naturais”, expressão empregada em sentido amplo para abranger também a preservação. De qualquer forma, a Constituição de 1988 é mais explícita, não restando agora qualquer dúvida de que a propriedade tem uma inarredável função ambiental a ser cumprida.

Como o art. 186, II, acrescentou a referência ao meio ambiente logo após exigir a “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis”, vislumbra-se, com facilidade, a agregação do art. 225, parágrafos e incisos, na função social da propriedade, objeto do art.186, II, nele cabendo tudo que seja compatível com o desenvolvimento da atividade agrária em níveis sustentáveis, vale dizer, voltada para a produção agrícola indissociada da preservação, da manutenção, da utilização sustentável e, ainda, sempre que necessário, da restauração e recuperação do ambiente natural, para maior benefício da geração atual, sem prejuízo da

manutenção do potencial de satisfazer as aspirações das gerações vindouras e garantir a sobrevivência dos seres vivos em geral.

José Afonso da Silva (1999, p. 783) vislumbra a insucetibilidade da desapropriação da propriedade produtiva, para fins de reforma agrária, com pagamento da indenização mediante título da dívida agrária, como um impedimento absoluto. Acrescenta que é “inútil procurar interpretação com base em nossos desejos”, pois “isso não seria científico”. Entretanto, diante das disposições constitucionais e regulamentares, há nítida distinção entre propriedade produtiva e propriedade destrutiva. Aquela, que se limita a produzir na área agricultável, e esta, que, revivendo o individualismo exacerbado dos Códigos oitocentistas, investe sobre as áreas especialmente protegidas, ao arrepio da função ambiental da propriedade.

Entre os doze países mais ricos do mundo em diversidade biológica, conforme Russel Mittermeier, Patricio Robles e Cristina Mittermeier (1997, p. 501 apud DOUROJEANNI; PÁDUA, 2001, p. 50), sete encontram-se na América Latina, dos quais seis na América do Sul (Colômbia, Brasil, Equador, Peru, Venezuela e Bolívia). O Brasil, excluindo os peixes, é o segundo em número de espécies de vertebrados (3.131), o quarto em número de endemismos (788), o quarto em porcentagens de endemismos (3,28%) e o terceiro em número de espécies de aves (1.622). Dourojeanni & Pádua (2001, p. 50) informam que “a Colômbia, de todos os países do mundo, é o campeão da diversidade de vertebrados, excluindo peixes”, e, incluindo os peixes, “é o Brasil que ocupa o primeiro lugar”.

A Colômbia, país que tem uma Constituição mais recente que o Brasil, foi mais enfática sobre a função ambiental, ao dispor no art. 58 que “a propriedade é uma função social que implica obrigações” e que, “como tal, lhe é inerente uma função ecológica”. Na Constituição brasileira, a afirma-

ção de que a propriedade contém uma função ecológica está implícita no art. 186, I e II, quando exige que a propriedade contenha um “aproveitamento racional e adequado” e uma “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”.

Consoante já salientado, a Constituição brasileira institui uma ordem econômica recheada de ingredientes de conteúdo social, de forma a realçar o papel da economia sem menosprezar a relevância da ecologia. Por essa razão, impõe o cumprimento da função socioambiental da propriedade que implica na satisfação de um conteúdo econômico, social em sentido estrito e ecológico. Nessa linha, institui a simbiose economia-ecologia, pois aquela não pode elevar-se em detrimento da qualidade do meio ambiente e da vida saudável de todos os seres.

Em suma, adota o desenvolvimento sustentável que consiste, no caso da propriedade rural, na exploração da terra, de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável. A desapropriação por interesse social impõe-se quando o desenvolvimento se faz de forma insustentável como ocorre quando há a destruição das áreas de preservação permanente ou reserva legal.

Conclusão

Os imóveis rurais ou urbanos devem ter os seus recursos naturais disponíveis – águas, terras e flora – socialmente aproveitados. Não sendo socialmente aproveitados, sujeitam-se à desapropriação por interesse social, promovida pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, com fulcro na Constituição Federal e no art. 2º, inciso VII, da Lei nº 4.132, de 10.9.1962, que conferem poderes a esses entes federados para a declaração do interesse social objetivando a “proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais”, de modo a respaldar os interesses difusos da sociedade, relacionados com a proteção do solo, a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

Os imóveis rurais cujas áreas de preservação permanente e de reserva legal forem depredadas (destruídas), com evidente desequilíbrio para o meio ambiente e preterição à saudável qualidade de vida a que todos os membros da sociedade têm direito sujeitam-se à desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, por ferimento à função social e ecológica da propriedade inserida no art. 186, II, da Constituição Federal, desde que seus proprietários se recusem a adotar as medidas de recomposição das áreas degradadas, procedendo-se à declaração na forma do art. 184 da Carta Política, art. 2º da Lei nº 8.629/93, arts. 18 e 20 do Estatuto da Terra e ao processamento judicial na forma da Lei Complementar nº 76 e suas posteriores alterações.

Anexo 1
Distribuição da área nuclear dos Cerrados no Brasil (1:5.000.000)



Fonte: IBGE 1988, Mapa da Vegetação do Brasil, Apud Fundação Pró-Natureza, Brasília, 1996.

Anexo 2

1. Diferenças na composição botânica entre três formas de vegetação savânica

| Estimativa de árvores por hectare | Campo sujo | Cerrado | Cerradão |
|----------------------------------------------------------|------------|---------|----------|
| Número de árvores | 203 | 911 | 2.231 |
| Cobertura de árvores (% sombreamento) | 6 | 34 | 93 |
| Número de espécies de árvores | 26 | 66 | 81 |
| Número de herbáceo-arbustivas 3:1 a 4:1 ²⁵ | | | |

Fonte: WWF – Fundo Mundial para a Natureza, Brasília, 1995²⁶

2. Árvores e arbustos identificados no Bioma Cerrado

| | |
|------------------------------|-------------------|
| Número de espécies | 774 |
| Número de espécies endêmicas | 429 |
| Número de espécies lenhosas | 280 ²⁷ |

Fonte: Estado Ambiental de Goiás 2001. Goiânia e Brasília: Agência Ambiental & CEBRAC, p.68.

3. Espécies de animais descritos no Bioma Cerrado¹

| | |
|-----------|-----|
| Répteis | 180 |
| Anfíbios | 113 |
| Aves | 837 |
| Mamíferos | 195 |

Fonte: Estado Ambiental de Goiás 2001. Goiânia e Brasília: Agência Ambiental & CEBRAC, p. 70.

Anexo 3

Ocupação das áreas do Cerrado e projeção (em milhões de hectares)²⁸

| Área | Anos | | | | |
|---------------------------------------|------|-------|-------|-------|--------------------|
| | 1970 | 1980 | 1985 | 1994 | 2000 ²⁹ |
| Lavoura | 4,1 | 7,9 | 9,5 | 11,5 | 12,5 |
| Pastagem plantada | 8,7 | 21,7 | 30,9 | 46,4 | 56,9 |
| Ocupada não utilizada | 7,5 | 9,6 | 10,3 | 11,6 | 12,3 |
| Total ocupada (com a produção) | 20,3 | 39,2 | 50,7 | 69,4 | 81,7 ³⁰ |
| Total do estabelecimento | 82,0 | 104,5 | 109,4 | 114,4 | 118,0 |
| Pastagem/Total do estabelecimento (%) | 10,6 | 20,8 | 28,2 | 40,6 | 48,2 |
| Lavoura/Total do estabelecimento (%) | 5,0 | 7,6 | 8,6 | 10,1 | 10,6 |

Fonte: Shiki (1997, p. 147).

Anexo 4

Dados comparativos dos resultados dos Censos 1970-1995-1996 – Goiás

| Utilização da terra (hectare) | Ano Agrícola 1970³¹ | Ano Agrícola 1995 – 1996 | |
|--------------------------------------|---------------------------------------|---------------------------------|--------|
| Área total ocupada | 35.783.038 | 27.472.648 | |
| Lavoura permanente | 78.459 | 55.787 | 0,20% |
| Lavoura temporária | 2.484.350 | 2.119.066 | 7,71% |
| Lavoura em descanso | – | 257.641 | 0,94% |
| Pastagem natural | 19.423.118 | 5.137.285 | 18,70% |
| Pastagens plantadas | 4.362.064 | 14.267.411 | 51,93% |
| Matas naturais | 4.911.062 | 3.774.654 | 13,74% |
| Matas plantadas | 24.598 | 72.652 | 0,26% |
| Produtivas não utilizadas | 3.869.843 | 545.549 | 1,99% |
| Outros usos | – | 1.242.603 ³² | 4,52% |
| Tratores | 5.692 | 43.313 | |
| Efetivo da pecuária | | | |
| Bovinos (cabeças) | 7.792.839 | 16.488.390 | |
| Suínos (cabeças) | 1.680.387 | 1.004.074 | |
| Aves (cabeças) | 7.003.000 | 13.281.000 | |

Fonte: IBGE. Elaboração SEPLAN – GO/SEPIN – Gerência de Estatísticas Econômicas.

Anexo 5

1. Cobertura vegetal e uso do solo no Distrito Federal – % de área

| Classes de Legenda | 1954 | 1964 | 1973 | 1984 | 1994 | 1998 |
|--------------------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| Mata | 18,82 | 16,25 | 15,14 | 12,57 | 11,94 | 9,94 |
| Cerrado | 37,84 | 34,18 | 30,29 | 18,11 | 17,29 | 9,91 |
| Campo | 43,28 | 47,35 | 43,79 | 38,22 | 24,90 | 22,45 |
| Corpo d'água | 0,02 | 0,70 | 0,82 | 0,99 | 1,02 | 0,92 |
| Área agrícola | 0,02 | 0,44 | 6,06 | 20,80 | 36,79 | 46,32 |
| Área urbana | 0,02 | 0,80 | 2,10 | 3,68 | 4,84 | 6,57 |
| Reflorestamento | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 3,33 | 2,06 | 1,59 |
| Solo exposto | 0,00 | 0,28 | 1,80 | 2,31 | 1,16 | 2,30 |
| Total | 100,00 | 100,00 | 100,00 | 100,00 | 100,00 | 100,00 |

2. Perda de cobertura vegetal no Distrito Federal no período de 1954 – 1998

| Classes de Legenda | Área (hectare) perdida | % do original |
|----------------------------------------|------------------------|---------------|
| Mata | 51.644 | 47,20 |
| Cerrado | 162.380 | 73,80 |
| Campo | 121.108 | 48,13 |
| Total perdido | 335.132 | 57,65 |
| Uso antrópico da área desmatada | | |
| Corpo d'água | 5.369 | – |
| Área agrícola | 269.366 | – |
| Área urbana | 38.179 | – |
| Reflorestamento | 9.236 | – |
| Solo exposto | 13.335 | – |

Fonte: UNESCO, 2000.³³

Notas

¹ Quadros demonstrativos da ocupação do solo com a agricultura e a pecuária na região do Cerrado em geral, no Estado de Goiás e no Distrito Federal, encontram-se nos anexos 3, 4 e 5.

² Quadros estimativos de número de árvores e arbustos existentes por hectare no Cerrado e quantidade de espécies vegetais e animais já identificadas no Bioma Cerrado encontram-se no anexo 2.

³ Mapa ilustrativo da distribuição da área nuclear do Cerrado encontra-se no anexo 1.

⁴ Realizadas no exercício das funções de Vice-Executor e Executor dos Projetos Fundiários Araguaína e Gurupi; Chefe da Divisão de Recursos Fundiários e Superintendente-Adjunto do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, nos Estados de Goiás e Tocantins (de 1974 a 1994).

⁵ VII Coloquio del Comité Europeo de Derecho Agrario, celebrado en La Haya, en 1973.

⁶ Exemplos típicos contidos nos incisos IV e V do art. 2º da mesma lei: “a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias”; e a “construção de casas populares”.

⁷ De acordo com o art. 2º, §1º, a função social é cumprida quando a propriedade simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

⁸ Casos típicos descritos nos arts. 18, alínea b, e 20, inciso V: “promover a justa e adequada distribuição da propriedade e desapropriar as “áreas que apresentem elevada incidência de arrendatários, parceiros e posseiros”.

⁹ O módulo rural varia segundo o tipo de exploração (hortigranjeira, lavoura temporária, lavoura permanente, pecuária, florestal e indefinida) e a microrregião em que se situa o imóvel. Posteriormente, a Lei nº 6.746/79 instituiu o módulo fiscal, calculado por município, levando em conta o tipo de exploração predominante, a renda predominante, outras explorações não predominantes mas expressivas em função da renda ou da área utilizada e o conceito de propriedade familiar.

¹⁰ Lei nº 4.504, de 30.11.1964, art. 4º, inciso V, alíneas a e b.

¹¹ Essa lei deu nova redação aos artigos 49 e 50 da Lei nº 4.504, de 30.11.64 – Estatuto da Terra.

¹² Para fins de reforma agrária, pequena propriedade é o imóvel rural de área entre um e quatro módulos fiscais e média propriedade é o imóvel de

mais de quatro e até quinze módulos fiscais do município, conforme regulamentado posteriormente pela Lei nº 8.629/93.

¹³ As reticências entre parênteses referem-se, nas palavras de Galbraith, à economia moderna representada, exemplarmente, pelos Estados Unidos e a intervenção no Iraque, influenciada pela força dos interesses econômicos das indústrias de petróleo e bélica.

¹⁴ Entrevista ao Programa Roda Viva da TV Cultura de São Paulo, em 2004.

¹⁵ Recursos disponíveis da flora são apenas os localizados na área economicamente aproveitável, também chamada de área agricultável, vale dizer, é a área líquida obtida com a dedução das áreas de preservação permanente e de reserva legal, além de outras que não interessam ao objeto do artigo.

¹⁶ Arts. 6º, § 1º; 10, inciso IV, e 9º, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 8.629/93.

¹⁷ Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, criado pelo Decreto-lei nº 1.110/71, em substituição ao Instituto Brasileiro de Reforma Agrária e Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário.

¹⁸ Esse Decreto regulamenta o Estatuto da Terra em seu Título I – Disposições Preliminares, Capítulo I – Princípios e Definições, e o Título II – Da Reforma Agrária, Capítulo IV – Da Execução e da Administração da Reforma Agrária, Seção III – Do Zoneamento e dos Cadastros.

¹⁹ O CNDRS é integrado por vinte e nove membros, sendo nove Ministros de Estado, dois Secretários do Ministério do Desenvolvimento Agrário, do Presidente do Incra, do Secretário Executivo do Programa Comunidade Solidária e dezesseis representantes de vários órgãos oficiais federais e estaduais, associações de municípios e entidades privadas.

²⁰ A Lei nº 9.605, de 12.2.1998, considera crime contra a flora, com pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente, “destruir ou danificar floresta considerada de *preservação permanente*, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção” e “cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente” (arts. 38 e 39). A Lei nº 5.197, de 3.1.1967, por sua vez, considera de propriedade do Estado e proíbe a destruição dos animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivam naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais (art. 1º).

²¹ A teor do art. 225, § 3º, da Constituição Federal, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas, independentemente da

obrigação de reparar os danos causados, traduzindo a responsabilidade objetiva.

²² Diga-se de passagem que o Decreto nº 95.715, de 10.2.1988, ao regulamentar o Decreto-lei nº 2.363, de 21.10.1987, como já fizera este em relação aos imóveis passíveis de reforma agrária, estabeleceu no art. 6º, § 2º, alíneas e e f, que não se computam como áreas em produção as terras destinadas a proteção e conservação de recursos hídricos de uso comum ou necessárias à preservação ambiental.

²³ O art. 130, § 2º, da Constituição do Estado de Goiás, de 5.10.1989, considera de preservação permanente e obriga a recomposição, onde necessário, da vegetação marginal aos cursos d'água, nascentes e margens de lago e topos de morro, numa extensão que será definida em lei.

²⁴ Cf. Mendonça; Filgueiras, 1998 apud Farias (2002, p. 9-10).

²⁵ As estimativas são de Ribeiro, Silva e Batmanian ([199_?]) apud Alho e Martins (1995, p. 13).

²⁶ As lenhosas foram identificadas por Ratter, em 2000.

²⁷ Cf. Shiki, 1997 apud Theodoro, (2002, p. 152).

²⁸ Os dados de 2000 são estimativas feitas por Shiki em 1997.

²⁹ Na obra Dilemas do Cerrado, está grafado, por equívoco, o total ocupado de 118,0 milhões de hectares daí por que foi feita a necessária correção no texto.

³⁰ Antes do desmembramento político do Tocantins pela Constituição Federal de 1988, o Estado de Goiás tinha área de 642.036 km² (= 64.203.600 hectares)

³¹ Área utilizada por outras formas (outros usos) foi acrescida na edição Goiás em Dados, p. 18.

³² Cf. Duarte (2002, p. 19).

Referências

ALHO, C. J. R.; MARTINS, E. S. *De grão em grão o cerrado perde espaço*. Brasília: WWF: fundo mundial para a natureza, 1995.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e fundamental. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.

AZEVEDO, Plauco Faraco de. Direito ambiental: reflexões sobre seu sentido e aplicação. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito ambiental em evolução*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. v. 1.

BALARÍN MARCIAL, Alberto. *Derecho agrário: la constitución de 1978 y la agricultura*. 2. ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

BENJAMIM, Antonio Hermann Vasconcelos. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito ambiental em evolução*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. v. 1.

_____. Reflexões sobre a hipertrofia do direito da propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, a. 1, v. 4, p. 44, 47, 51-53, out./dez. 1996.

_____. (Org.). *Coletânea dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. *Conselho da Justiça Federal*, Brasília, 30 nov. 1998. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/nº 3/artigo, 04. htm, 16 p.>. Acesso em: 30 nov. 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAVEDON, Fernanda Salles. *Função social e ambiental da propriedade*. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. In dúbio pro natura: interpretação da lei ambiental. *Boletim Informativo do Instituto de Pesquisas Jurídicas Boni Juris*, Curitiba, a. 6, n. 207, 30 out. 1994.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. *Proteção jurídica do meio ambiente florestas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DEUS, Teresa Cristina de. *Tutela da flora em face do direito ambiental brasileiro*. São Paulo: J. Oliveira, 2003.

DOUROJEANNI, Marc J.; PÁDUA, Maria Tereza Jorge. *Biodiversidade a hora decisiva*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001.

DUARTE, Laura Maria Goulart; THEODORO, Suzi Huff. *Dilemas do cerrado: entre o ecologicamente (in) correto e o socialmente (in)justo*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del derecho civil desde el código de Napoleón*. Madrid: F. Beltrán, [1928?].

FACHIN, Luiz Edison. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

- FALCONI, Luiz Carlos. *Imóvel rural: o cumprimento da função social da propriedade nos estados do Goiás e Tocantins, 1946-1989*. 279 f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 1993.
- FARIAS, Rosana et al. *Caminhando pelo cerrado: plantas herbáceo-arbustivas*. Brasília: Editora da UnB, 2002.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- FREITAS, Vladimir Passos de. (Coord.). Matas Ciliares. In: _____. *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 2000. v. 2.
- GALBRAITH, John Keneth. Entrevista. *Revista Veja*, São Paulo, n. 50, 15 dez. 2004.
- GALLONE, G. II diritto agrário nelle costituzione europee. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, jan./jul. 1961.
- GODOY, Luciano de Souza. *Direito agrário constitucional: o regime da propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- MAGALHÃES, Juracy Perez. *Comentários ao código florestal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: J. Oliveira, 2001.
- MAGALHÃES, Maria Luiza Faro. Função da propriedade e meio ambiente: princípios reciclados. In: Benjamin, Antônio Herman V. (Org.). *Coletânea dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MITTERMEIER, Russel. A.; ROBLES, Patricio; MITTERMEIER, Cristina. G. *Earths biologically wealthiest nations*. México: Cemex, 1997.
- MIRKINE-GUTZÉVITC, Boris. *Evolução constitucional européias*. Rio de Janeiro: Konfino, 1957.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Forense, 1976. p. 308-319.
- PRIMACK, Richard B.; RODRIGUES, Efrain. *Biologia da conservação*. Londrina: Vida, 2001.
- ROCHA, Acyr de Lima. *Desapropriação no direito no direito agrário*. São Paulo: Atlas, 1992.
- RODOTÁ, Stefano. *Poteri dei privati*. [S. l.: s. n., 19—?], p. 377-382.
- SANTOS, Artur Pio dos. *Direito agrário: desapropriação*. Brasília: Fundação Petrônio Portela, 1982.
- SANTOS, Weliton Militão dos. *Desapropriação, reforma agrária e meio ambiente*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- SANZ JARQUE, Juan Jose. *Derecho agrário*. Madrid: J. March, 1975. (Colección Compendios Rioduero).
- SICHES, Luiz Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho*. 4. ed. México: Porruá, 1970.
- SHIKI, S. *Agricultura, meio ambiente e sustentabilidade do cerrado brasileiro*. São Paulo: Embrapa; Universidade de Campinas; Universidade Federal de Uberlândia, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direitos sociais na constituinte*. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1986.
- _____. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TEMPEDINO, Gustavo. A nova propriedade: o seu conteúdo mínimo entre o código civil, a legislação ordinária, e a constituição federal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 306, p. 76, abr./jun. 1989.
- WHITAKER, Firmino. *Desapropriação*. São Paulo: Atlas, 1946.
- WILSON, E. O. *Biodiversidade*. Tradução de Marcos Santos e Ricardo Silveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

O artigo 1.228 do Código Civil e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente

Bruno Miragem

Sumário

1. Introdução. 2. O novo Código Civil e a definição jurídica de propriedade. 2.1. A propriedade como fonte de deveres jurídicos. 2.2. A propriedade como fonte de deveres jurídicos em matéria de preservação do meio ambiente. 3. Definição legal de propriedade e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente. 3.1. Deveres do proprietário e legislação ambiental. 3.2. Deveres do proprietário e o direito de indenização. 4. Conclusões.

1. Introdução

A propriedade, antes de um conceito jurídico, é um conceito cultural. Certamente um dos debates mais presentes no direito civil contemporâneo, e, de modo geral, na própria ciência do direito desde algum tempo, diz respeito à exata dimensão do conceito de propriedade e suas diversas repercussões em matéria da regulação do modo de apropriação da riqueza pelo ser humano. Reconstituindo a história do conceito, Paolo Grossi (1992, p. 58), em estudo conhecido, observa que o modo mais apropriado de identificar-se a propriedade é defini-la como espécie de *mentalidade jurídica*¹, tomada esta como um conjunto de valores enraizados em certo âmbito espacial e cultural, e que em cada etapa da história respeita um perfil específico. No caso, traça o professor italiano um paralelo entre as diferentes concepções sobre a propriedade no direito medieval e moderno, cujos elementos de senti-

Bruno Miragem é Doutorando e Mestre em Direito (UFRGS). Especialista em Direito Internacional e em Direito Civil (UFRGS). Coordenador Acadêmico do Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumidor da UFRGS; Professor dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Internacional e de Regulação dos Serviços Públicos da UFRGS. Professor de Direito Civil da UNIRITTER e da Faculdade São Judas Tadeu.

do, profundamente influenciados pela filosofia liberal de fins do século XVIII (WIEACKER, 1993, p. 717)², desembarcam na célebre definição legal do *Code civil* napoleônico, em seu artigo 544, indicando a propriedade como o direito que o seu titular exerce de *la manière la plus absolue*. Daí é que surge a identificação decisiva entre propriedade e sujeito: “uma modelação tão estrita como para parecer quase uma identificação: a propriedade é somente o sujeito em ação, o sujeito na conquista do mundo. Idealmente, as barreiras entre *eu* e *meu* caem” (WIEACKER, 1993, p. 130). A célebre definição legal do *Code*, por certo, não é apenas a realização de um projeto ideológico da burguesia que ascendera ao poder na França pós-revolucionária, mas também o resultado do amadurecimento de uma certa compreensão individualista da identidade e disciplina dos direitos subjetivos em geral (RODOTÁ, 1986, p. 102).

Daí surge o clássico conceito, demonstrado entre nós por Pontes de Miranda (1977, p. 10), segundo o qual a propriedade engloba um feixe de poderes jurídicos, a partir do qual o proprietário pode a princípio “utilizar a coisa, ou destruí-la, gravá-la ou praticar outros atos de disposição”. Ou seja, trata-se de direito exclusivo e excludente, cujas prerrogativas são reconhecidas ao titular do direito, com a conseqüente exclusão de todos os demais, aos quais incumbe o mero dever de *pacere* (*suportar*). Nesse sentido, integram o pólo passivo da relação jurídica de propriedade, identificando-se todos que não o titular do direito como sujeitos passivos; todos titulares do dever de abstenção oponível *erga omnes* pelo proprietário.

Essa noção de propriedade, como é sabido, altera-se substancialmente em meados do século XX, influenciada por novas tendências cuja marca será o reconhecimento da necessidade de se considerar, na concepção e exercício dos diversos poderes jurídicos vinculados à propriedade e a outros direitos subjetivos, uma dimensão de socialidade (GIERKE, 1904). Assim é que – em rá-

pida síntese – se passa a reconhecer em relação à propriedade o direito de o seu titular exercer as prerrogativas que lhe são inerentes até onde tal exercício não ofenda o direito de outrem. E nesse caso, para limitação dos limites do exercício – como bem afirma Pontes de Miranda (1977, p. 27) – não se estará a indagar de malícia ou má-fé do proprietário para indicar tal exercício como irregular, mas sim da existência de uma irregularidade objetiva.

Atualmente o direito de propriedade passa a caracterizar-se como espécie de *poder-função*, uma vez que, desde o plano constitucional, encontra-se diretamente vinculado à exigência de atendimento da sua função social (PETTER, 2005, p. 208; RIOS, 1994, p. 17-27). Nesse sentido, a posição de titular da propriedade impõe, ao lado das prerrogativas que lhe são inerentes, o cumprimento de deveres vinculados a outros bens jurídicos igualmente tutelados. Entre esses estão os deveres jurídicos decorrentes do direito fundamental de preservação do meio ambiente, previsto no artigo 225 da Constituição³.

Este trabalho não tem por finalidade avançar indistintamente sobre todos os condicionamentos da propriedade, estabelecidos ou não pela Constituição. Concentra-se, por outro lado, no exame da definição da propriedade no novo Código Civil e sua interpretação em razão do dever geral de preservação do meio ambiente consagrado no direito brasileiro a partir da Constituição. Seus objetivos, assim, cingem-se em duas direções: primeiro, a identificação do dever geral de proteção do meio ambiente como espécie de condicionamento do direito de propriedade e de sua função social; e segundo, o exame desses deveres e sua conformação na legislação ordinária.

2. O novo Código Civil e a definição jurídica de propriedade

No século XIX, propunha Lafayette Rodrigues Pereira (1985, p. 63-64), duas de-

definições de propriedade. Uma em sentido *genérico*, abrangendo todos os direitos que formam o patrimônio do indivíduo, e que portanto podem ser reduzidos a valor pecuniário; e outro *restrito*, compreendendo apenas o direito que tem por objeto direto e imediato as coisas corpóreas, assinalando que a essa concepção restrita denomina-se igualmente *domínio*. Ao domínio, de sua vez indicava o jurista, em seu *Direito das cousas*, três atributos essenciais: “1. que o domínio envolve a faculdade de gozar de todas as vantagens e utilidades que a coisa encerra, sob quaisquer relações; 2. que é illimitado, e como tal inclui em si o direito de praticar sobre a coisa todos os actos que são compatíveis com as leis da natureza; 3. que é de sua essência exclusivo, isto é, contém em si o direito de excluir da coisa a acção de pessoas estranhas” (PEREIRA, 1985, p. 64-65).

Legalmente, contudo, a definição jurídica de propriedade fez-se entre nós em razão, essencialmente, dos poderes inerentes a ela a partir do titular destes, o proprietário⁴. Desse modo, está previsto no artigo 524 do Código Civil de 1916: “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”⁵ A definição jurídica de propriedade, assim, em nosso direito, completava-se pela precisão de sua plenitude (artigo 525⁶), em relação à qual se estabelecia presunção em favor do proprietário (artigo 527⁷), ao mesmo tempo que se determinava a extensão do objeto da relação jurídica proprietária de bens imóveis na medida da sua utilidade (artigo 526⁸).

A definição clássica de propriedade fez-se, portanto, em destaque dos poderes que lhe são inerentes e suas características de *plenitude e exclusividade*. Contudo, desde algum tempo, tal concepção da propriedade – conforme assinalamos – deixou de ser vislumbrada em termos absolutos, próprios de suas origens. Seguiram-se nessa direção os estudos de fins do século XIX e início do século XX, que a partir do direito subjetivo de propriedade reconheceram em toda a

categoria dos direitos subjetivos a necessidade de imposição de limites jurídicos, cuja violação dissocia a *existência do direito* (com a proteção que o ordenamento jurídico lhe confere) e o *exercício* desse mesmo direito, o qual poderia, sim, qualificar-se como *abusivo* e, nesse sentido, *ilícito*. A *teoria do abuso do direito*⁹, desde seus primórdios, ainda que seja insistentemente vinculada por muitos autores até hoje (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 28) como tendo uma matriz subjetiva (de rejeição dos atos meramente emulativos)¹⁰, na verdade desenvolve internamente no direito civil a primeira tese organizada que reconhece a possibilidade de imposição de limites ao exercício dos direitos subjetivos de natureza social, permitindo assim identificar no *mau exercício*, ou no exercício que descuida da *finalidade social e econômica* do instituto da propriedade, um ato a ser coibido e, portanto, sancionado pela ordem jurídica (MORAES, 1985, p. 11-26).

2.1. A propriedade como fonte de deveres jurídicos

É certo que nada se equivale em importância para a alteração substantiva da noção clássica de propriedade em sua matriz jusracionalista ao tratamento que lhe vão oferecer os artigos 27, §3º, da Constituição Mexicana, de 1917, e 153, §3º, da Constituição de Weimar, da Alemanha, de 1919. A norma mexicana vai consagrar, entre outros condicionamentos aos direitos do proprietário, que “a Nação terá em todo o tempo o direito de impor à propriedade privada as modalidades que dite o interesse público (...)” (CARROZA; ZELEDÓN, 1990, p. 19). Já a norma constitucional alemã, de sua vez, indica: “a propriedade obriga. Seu uso também deve servir ao bem da comunidade”¹¹.

Duas as razões principais do profundo impacto dessas normas no modo de conceber-se a propriedade em direito privado. Primeiro, o fato de adotar-se a previsão de um instituto típico do direito privado na Constituição, norma de direito público. A segunda, visível com nitidez sobretudo na

regra alemã – reproduzida em 1949 no artigo 14 da Lei Fundamental de Bonn –, é exatamente que a propriedade, antes vista como fonte exclusiva de poderes jurídicos (*jus utendi, fruendi e abutendi*), passa a ser vislumbrada igualmente como fonte de deveres jurídicos do seu titular em relação à comunidade.

A evolução posterior do conceito é conhecida. Entre nós, a partir da Constituição de 1934 inicia-se a modificação substancial do conceito de propriedade em relação aos contornos originários do direito civil clássico. Em seus artigos 113 e 118, estabeleceu como propriedades distintas do solo as minas e as quebras d'água para fins de exploração ou aproveitamento industrial e, sobretudo, determinou que o direito de propriedade *não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo*¹². A transformação da noção de propriedade em direito brasileiro¹³ veio a se consolidar, contudo, a partir da Constituição de 1946, quando esta estabeleceu que o uso da propriedade deve estar condicionado ao bem-estar social, assim como fez uma primeira referência a que se realize *a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos* (artigos 141, §16, e 147). A expressão *função social da propriedade*, de sua vez, restou consagrada em nosso sistema apenas com a Constituição de 1967, na qualidade de princípio informador da ordem econômica (artigo 157, III).

Na Constituição vigente, de 1988, o constituinte indicou à função social da propriedade um lugar de destaque na morfologia constitucional. A rigor, a previsão normativa da função social determina-lhe duas diferentes qualidades: trata-se ao mesmo tempo de um *dever jurídico* oponível ao titular do direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXIII) e de *princípio informador da ordem econômica* (artigo 170, inciso III), nos termos do que já havia sido consagrado pela ordem constitucional anterior. Ao mesmo tempo, o texto constitucional distingue, no que se refere ao atendimento dessa função social, quanto ao fato de tratar-se de propriedade

urbana ou rural. No primeiro caso, remete-se a aferição do atendimento da função social às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (artigo 182, §2º). Em relação à propriedade rural, o artigo 186 da Constituição estabelece quatro critérios¹⁴ para aferição do cumprimento do preceito.

A pergunta do que seja propriedade, ou seja, a definição jurídica de propriedade no direito brasileiro hoje, não prescinde da exata determinação das coordenadas constitucionais acerca do tema; seja no que se refere à sua função social – conforme já referimos – ou mesmo em relação às limitações estabelecidas em razão do interesse público previstas na Constituição ou na legislação infraconstitucional que lhe conforma.

Em primeiro lugar, passa-se a considerar não mais a existência de conceito uno e abstrato de propriedade, subordinado a um regime jurídico geral (TEPEDINO, 1999, p. 278), passando-se a admitir sua diversificação em novas e diferentes formas de apropriação de bens (RODOTÁ, 1986, p. 253).

Para alguns autores, todavia, a função social prevista pela Constituição para a propriedade privada e o reconhecimento do direito de propriedade como direito humano – com sua correspondente função de proteção da pessoa – determinam a consequência de que “nem toda a propriedade há de ser considerada direito fundamental, e como tal protegida” (COMPARATO, 1997, p. 92-99). O desenvolvimento desse raciocínio leva à distinção entre diferentes espécies de propriedade, sendo algumas merecedoras de um tratamento especial do direito positivo (no caso das próprias normas constitucionais que protegem a pequena e média propriedade rural¹⁵) e outras com definição aplicável apenas ao direito ordinário.

Em consequência, no que se refere à propriedade reconhecida como direito fundamental e à função social assegurada em mesmo nível pela Constituição, sua consideração implica o reconhecimento de deveres fundamentais que lhe são correspecti-

vos (*ius et obligatio correlata sunt*). Esses deveres, de sua vez, teriam sua determinação reconhecida ao legislador ordinário (artigos 182, §2º, e 187 da CR/88) (COMPARATO, 1997, p. 96), que, estritamente vinculado aos preceitos constitucionais, deverá estabelecer que o fato do descumprimento da função social da propriedade retira do proprietário as garantias de proteção judicial e extrajudicial inerentes a esse direito, como por exemplo os instrumentos de proteção possessória e o direito a prévia e justa indenização¹⁶.

Não se desconhece que, ao elevar a propriedade à categoria constitucional, vinculou-se a mesma de modo definitivo ao cumprimento da função social, terminando por diminuir em certo grau o nível de garantia/proteção indicado ao direito, em face da sua própria relativização (RODOTÁ, 1986, p. 324-375 *passim*). Da mesma forma, *funcionalização do direito* significa sua vinculação a objetivos projetados, o que certamente impõe ao titular da propriedade deveres inerentes à realização dos mesmos.

Contudo, não se deve chegar ao limite de condicionar sua proteção jurídica em relação a terceiros ao cumprimento da função social; inclusive pelo fato de que, nessa proteção, incluem-se prerrogativas de outra natureza, independentes da existência do direito de propriedade, como é o caso da posse¹⁷.

A rigor, a função social da propriedade relacionada no catálogo de direitos fundamentais tem como primeira consequência a vinculação, desde o ápice da pirâmide normativa, da correlação entre o direito subjetivo de propriedade e o dever jurídico oponível ao seu exercício, de cumprimento à respectiva finalidade social. Trata-se, assim, de uma espécie de *poder-função*¹⁸ ou *poder-dever* (COMPARATO, 1986, p. 76), cujos condicionamentos específicos serão estabelecidos pelo legislador a partir das coordenadas constitucionais, como é o caso das obrigações relativas ao uso racional e adequado da propriedade rural, na ordenação da ocu-

pação do espaço urbano, ou pertinentes à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

2.2. A propriedade como fonte de deveres jurídicos em matéria de preservação do meio ambiente

O novo Código Civil, ao consagrar o direito de propriedade, o faz em termos mais amplos do que o de 1916. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que seu artigo 1.228, *caput*, tenha praticamente reproduzido o artigo do Código anterior, apenas com o acréscimo de referência expressa à possibilidade de reivindicação pelo proprietário também na hipótese de *detenção*¹⁹, incluiu na mesma disposição conceitual elementos que induzem para uma nova definição de propriedade dentro do direito civil.

O artigo 1.228 do Código Civil, ao tratar de definir a propriedade, o faz de modo coordenado com uma série de outros interesses juridicamente protegidos pela Constituição. É esse o caso da tutela dirigida à posse coletiva e da possibilidade de desapropriação judicial para fins de regularização fundiária (§§4º e 5º)²⁰, ou da previsão acerca da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social (§3º)²¹. E não se trata apenas de a interpretação da norma de direito civil dar-se em acordo com as disposições constitucionais²², senão que estas têm o objetivo de conformar²³, para aplicação às situações concretas, as normas assecuratórias de direitos ou posições jurídicas estabelecidas na Constituição²⁴.

No que interessa a este estudo, contudo, de maior interesse é o §1º do artigo 1.228 do Código Civil. Refere essa norma que: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

Discorrendo sobre a propriedade, refere Pontes de Miranda (1977, p. 18) que “todo o direito subjetivo é linha que se lança em certa direção. Até onde pode ir, ou até onde não pode ir, previsto pela lei, o seu conteúdo ou seu exercício, dizem-no as regras limitativas, que são regras que configuram, que traçam a estrutura dos direitos e de sua exercitação. O conteúdo dessas regras são as limitações”.

No caso, o §1º do artigo 1.228 do Código Civil, ao dispor sobre o exercício do direito de propriedade, incorpora, em termos legislativos, o que já reconhecia a doutrina, ou mesmo a legislação especial em matéria de preservação ambiental, que o exercício da propriedade não pode se dar de modo lesivo/nocivo ao meio ambiente. Isso não se confunde com as limitações ou condicionamentos da propriedade com natureza administrativa (como o tombamento, desapropriação)²⁵, ainda que com eles se relacione. Mas trata-se na verdade de elementos internos da própria definição do direito de propriedade.

Antônio Herman Benjamin (1997, p. 33-41), ao discutir os limites do direito de propriedade em artigo escrito antes da vigência do Código Civil de 2002, distingue seus limites em duas espécies: *limites internos* e *externos*, ambos expressando o desejo do legislador de, ora resguardar o indivíduo isoladamente considerado, ora alcançar objetivos supraindividuais. Os *limites internos* seriam aqueles conceituais típicos do direito de propriedade, como é o caso dos direitos dos outros proprietários, dos direitos de vizinhança, de proteção da saúde pública e do resguardo dos bons costumes. Os *limites externos* seriam decorrência das exigências de convivência em sociedade, refletindo preocupações mais complexas e difusas, tendo por origem comum a função social da propriedade.

Com o advento do artigo 1.228 do novo Código Civil, e em especial de seu §1º, essa distinção parece perder espaço. A primeira consequência dessa nova definição legal é

a eliminação de uma série de aparentes conflitos entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente, porquanto aquele passa a ser reconhecido, em termos conceituais, apenas nas hipóteses em que é exercido de modo a respeitar integralmente este. Daí é que uma segunda questão aparece, como exigência de uma interpretação adequada – compatível com a Constituição – desse novo conceito de propriedade: objetivamente, no que consistiriam os deveres de preservação do meio ambiente, referidos no §1º do artigo 1.228?

Em termos de imposição de deveres e aferição do seu cumprimento por aqueles a quem são endereçados, não é possível ficar adstrito aos termos do §1º do artigo 1.228. Inclusive porque o controle eficiente do cumprimento desses deveres depende da sua razoável precisão em termos normativos.

Não está aqui uma crítica ao legislador. Ao contrário. Em termos conceituais, o artigo 1.228 estabeleceu uma norma até onde o Código Civil deve fazê-lo, ou seja, indicando a natureza dos poderes inerentes à propriedade, as disposições que realizam/conformam direitos ou posições jurídicas determinadas pela Constituição e as pautas indicadas ao exercício do respectivo direito subjetivo. Em relação a essas últimas, contudo, o próprio §1º do artigo 1.228 remete à lei especial o estabelecimento dos deveres jurídicos relativos à preservação da flora e fauna, das belezas naturais, do equilíbrio ecológico e do patrimônio histórico e artístico, assim como para que seja evitada a poluição do ar e das águas.

Daí por que o detalhamento dos deveres jurídicos do proprietário em relação à preservação ambiental só pode ser realizado tendo em vista a legislação especial, ainda que no próprio Código Civil localizem-se disposições que, sob certas circunstâncias fáticas, têm sua aplicação vinculada à realização do meio ambiente – caso, por exemplo, dos artigos 1.277²⁶, 1.291²⁷ e 1.309²⁸. Esses deveres, então, vão se apresentar tanto como deveres relativos à disposição dos bens

móveis e imóveis de modo a não permitir lesão ao ambiente, quanto deveres vinculados às prerrogativas de uso e gozo dos bens. Em qualquer caso, poderá consistir tanto na *abstenção* de uma determinada atuação em que o exercício da propriedade possa gerar espécie de degradação ou dano ao meio ambiente, quanto em um *comportamento positivo*, pelo qual, em face da titularidade do direito sobre a coisa, seja exigida do proprietário a realização de um *dever positivo*, um dever típico de *prestação*.

3. Definição legal de propriedade e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente

A definição legal de propriedade no novo Código Civil, como vimos, condiciona expressamente a regularidade do exercício do direito ao cumprimento de deveres de preservação do meio ambiente. A definição desses deveres, de sua vez, foi indicada à legislação especial de proteção do meio ambiente, por expressa remessa da norma geral do Código.

A proteção do meio ambiente no direito brasileiro é assegurada em razão do direito fundamental estabelecido no artigo 225 da Constituição, que refere: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Para tanto, o §1º do mesmo artigo 225²⁹ remete ao legislador ordinário uma série de providências legislativas, como é o caso da proteção da flora e da fauna (inciso VII) e a exigência de estudo prévio de impacto ambiental, para instalação de obra ou atividade potencialmente lesivas ao meio ambiente (inciso IV).

O direito fundamental ao meio ambiente, nesse sentido, pertence à categoria de direitos fundamentais que Robert Alexy (2001, p. 96) denomina *direitos a algo*, consistente em ações positivas e negativas do Estado,

de abster-se da realização de ações danosas ao meio ambiente (negativa); ou de realizar prestações de natureza fática ou normativa (positivas), visando sua promoção ou proteção (ALEXY, 2001, p. 196) do bem juridicamente protegido³⁰.

A prestação normativa do Estado, nesse caso, além do estabelecimento das definições jurídicas dos bens protegidos, o fará igualmente em vista do estabelecimento dos deveres jurídicos exigíveis da comunidade para efetivação do direito constitucionalmente assegurado (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 160-163). Nesse particular, a interpretação do artigo 1.228, §1º, do Código Civil, no que diz respeito à precisão da definição jurídica de propriedade, guarda relação necessária com as definições estabelecidas na legislação ambiental.

Os conceitos adotados na norma de direito civil pertinentes à matéria ambiental são “a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico”, assim como faz-se expressa referência ao mandamento de evitar “a poluição do ar e das águas”. Desejou certamente o legislador civil ampliar o âmbito de proteção normativo, ao lançar mão de diversas expressões indicativas dos bens jurídicos a serem considerados no exercício da propriedade, com vistas a assegurar-se do respeito ao meio ambiente no tocante às relações jurídicas que lhe digam respeito.

Equilíbrio ecológico

Das expressões utilizadas, talvez a de *equilíbrio ecológico* seja a que maior significado tenha em termos de limitação do exercício do direito de propriedade. A própria Constituição adota o conceito de equilíbrio ecológico quando define o direito fundamental ao meio ambiente. Esta qualificação não deve ser desprezada, uma vez que – no exato entendimento de José Afonso da Silva (2004, p. 87) – “apresenta valor teleológico mais aberto e mais amplo do que o sentido finalístico concreto” do que a opção de outros países, como é o caso da Constituição

espanhola. Conclui, então, indicando que “o termo empresta sentido especial ao equilíbrio ambiental, que não há de ser estático, mas também não puramente natural”³¹.

A concepção de *equilíbrio ecológico*, assim, remete a uma exigência qualitativa, de que não é bastante para o respeito aos limites do exercício da propriedade a manutenção de qualquer equilíbrio, senão daquele em conformidade com os preceitos ecológicos. Tal qualificação remete à noção de coexistência saudável e apta à preservação da vida, entre os interesses do proprietário e a proteção dos bens submetidos a seu poder, bem como em relação aos interesses da comunidade, dados os reflexos da atuação do proprietário no exercício de suas prerrogativas jurídicas.

Fauna e flora

A fauna e a flora, ainda que não se tenha uma definição legal específica, são tomadas em seu sentido comum, com o competente aporte científico, designando todos os seres vivos, animais e vegetais, em suas relações com o ambiente. Em relação à fauna – como anota Paulo Affonso Leme Machado (2003, p. 126) –, a Constituição estabelece três aspectos principais de sua proteção, quais sejam: a vedação de práticas que coloquem em risco sua função ecológica; práticas que possam provocar a extinção de espécies; e práticas que submetam os animais à crueldade.

Patrimônio histórico e artístico

O patrimônio histórico e artístico é determinado, no direito brasileiro, a partir das próprias normas constitucionais, como parte do patrimônio cultural do país. O artigo 216 da Constituição refere: “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Seu inciso V, então, vai incluir no patrimônio cultural “os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico,

artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

A qualificação de determinado conjunto de bens como dotados de valor próprio para integrarem o patrimônio cultural, e daí determinarem limitações ao exercício do direito de propriedade por seus titulares, respeitará a procedimento estabelecido em lei. O que no caso, por se encontrarem vinculados, em nível constitucional, à competência comum dos entes federados (proteção de paisagens naturais notáveis – artigo 23, inciso III), ou à competência legislativa concorrente, no que se refere à proteção do patrimônio paisagístico (artigo 24, VII), vai subordinar-se aos preceitos normativos editados nos três níveis da Federação.

Belezas naturais

Ínsita à determinação do significado de *patrimônio histórico e artístico* previsto no artigo 1.228, §1º, do Código Civil está a de *belezas naturais*, igualmente referida nessa mesma norma. Em nível constitucional, a discussão aproxima-se da interpretação do conceito de *patrimônio paisagístico*, presente nos artigos 216, inciso V, e 24, inciso VII, da Constituição. Examinando a questão, a doutrina especializada (MACHADO, 2003, p. 129) refere que a noção de *patrimônio* é mais larga do que a de *propriedade*, projetando um relacionamento de gerações, na medida em que as gerações presentes conservarão paisagens não apenas para si, mas para as que virão. Nesse sentido, defende-se que tal concepção não serve para torná-la imobilizada, mas, sim, conferir-lhe durabilidade, por processos de desenvolvimento sustentado.

Então que se sugere a definição de paisagem como sendo “a relação que se estabelece entre um lugar e um momento concreto, entre um observador e o espaço que ele abrange com o olhar” (MORAND-DEVILLER, 1994). Trata-se de uma relação entre sujeito e objeto, que não pode ser dissociada, sendo o objeto percebido pelo sujeito, que dele realiza uma descrição subjetiva (MACHADO, 2003, p. 129).

Uma interpretação jurídica da expressão *beleza natural*, como exige o artigo 1.228, §1º, do Código Civil, reclama do intérprete o recurso a um raciocínio semelhante. Tal como se identifica com a paisagem, a noção de *beleza natural*³² é igualmente definição que pressupõe a relação entre o *sujeito* que percebe e a *coisa* percebida, de modo a se encontrar naquele o juízo valorativo de algo como *belo* ou *bom*. Nesse caso, a formação do juízo sobre os elementos naturais não constituirá jamais uma decisão individual, mas sim um *juízo comum*, a partir da Constituição, segundo o qual os elementos do meio natural, existindo em equilíbrio ecológico, são percebidos naturalmente como belos e bons. Daí por que sua preservação (não-degradação) deverá orientar, no sentido da lei, o exercício do direito de propriedade por seu titular.

Poluição do ar e das águas

Em relação à poluição das águas e do ar, o §1º do artigo 1.228 determinou espécie de comportamento negativo, uma vez que indicou ao titular do direito um *dever jurídico* de evitar o fenômeno. Para determinação do conceito, deve ser admitida, com fins de interpretação, a definição fixada em outras leis, como é o caso do artigo 3º, inciso III, da Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabeleceu o Plano Nacional do Meio Ambiente – PNMA. Define essa norma *poluição* como: “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividade que direta ou indiretamente: a) prejudique a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) crie condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afete desfavoravelmente a biota; d) afete as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lance matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.”

Evidentemente que nesse aspecto, ainda que esteja prevista no §1º do artigo 1.228 do Código Civil a proibição para a atividade poluente do ar e das águas, a interpretação dessa norma deve se dar de modo extensivo, alcançando também os outros bens da

vida integrantes do meio ambiente. Para tanto, é extremamente útil o conceito de meio ambiente fixado na mesma Lei Federal nº 6.938/81, que, em seu artigo 3º, inciso I, indica-o como: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Tanto para determinar ao §1º a técnica de *interpretação conforme* a Constituição, quanto para indicar coerência interna com outros elementos da própria norma – como o equilíbrio ecológico –, o §1º do artigo 1.228 do Código Civil não pode admitir outro significado que não seja a vedação expressa de toda espécie de poluição, considerando-se, pois, a degradação da qualidade ambiental em relação a qualquer bem da vida integrantes do patrimônio ambiental.

3.1. Deveres do proprietário e legislação ambiental

Resta ainda a definição dos deveres específicos do proprietário em matéria de preservação ambiental, o que por si só não pode ser retirado diretamente da Constituição³³ ou do Código Civil³⁴, mas sim das diversas normas especiais de proteção ambiental previstas no direito brasileiro. Da mesma forma, esses deveres não se apresentam homogêneos para todas as relações jurídicas de propriedade, dependendo da espécie de bens da vida subordinados ao direito subjetivo, e sua relevância para o meio ambiente.

E, ainda que se possam indicar muitas situações em que a relação jurídica de propriedade de bens móveis ou equiparados a tal apresenta relevância para a preservação do meio ambiente (assim, por exemplo, a propriedade de animais em geral, integrantes da fauna, ou mesmo de produtos poluentes ou perigosos), é no tocante à propriedade imobiliária que o ordenamento jurídico vai tratar de impor um maior número de condicionamentos, sobretudo por sua relevância para preservação do meio ambiente.

É esse o caso das disposições previstas na Lei Federal nº 9.985, de 19 de julho de

2000, que estabelece o Sistema Nacional das Unidades de Conservação. Tal diploma tem por finalidade, exatamente, o estabelecimento, sobre certos territórios cuja extensão será determinada pelo Estado, de deveres jurídicos específicos imponíveis aos proprietários visando sua preservação ambiental³⁵. Para tanto, institui as chamadas unidades de conservação, definidas como o “espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção” (artigo 2º, inciso I).

Trata-se, no caso, de um regime jurídico específico determinado por ato do Poder Público, com o objetivo de impor condicionamentos especiais ao direito de propriedade sobre o bem, limitando assim os poderes de exploração do mesmo. Estabelecem-se, portanto, deveres de maior intensidade em relação aos comumente reconhecidos ao titular da propriedade, tendo em vista, sobretudo, as diretrizes do SNUC, previstas no artigo 5º da Lei e que compreendem, entre outros, que: “no conjunto das unidades de conservação estejam representadas amostras significativas e ecologicamente viáveis das diferentes populações, *habitats* e ecossistemas do território nacional e das águas jurisdicionais, salvaguardando o patrimônio biológico existente (inciso I); assegurem, nos casos possíveis, a sustentabilidade econômica das unidades de conservação (inciso VI); permitam o uso das unidades de conservação para a conservação *in situ* de populações das variantes genéticas selvagens dos animais e plantas domesticados e recursos genéticos silvestres (inciso VII); busquem proteger grandes áreas por meio de um conjunto integrado de unidades de conservação de diferentes categorias, próximas ou contíguas, e suas respectivas zonas de amortecimento e corredores ecológicos, integrando as diferentes atividades de preser-

vação da natureza, uso sustentável dos recursos naturais e restauração e recuperação dos ecossistemas (inciso XIII)”.

As unidades de conservação, de sua vez, dividem-se em duas: as *unidades de proteção integral*³⁶ e as *unidades de uso sustentável*³⁷. Nas primeiras, seu objetivo primordial é a preservação do meio ambiente, razão pela qual, quando admitida a exploração dos seus recursos naturais, esta deverá se dar de modo indireto (artigo 7º, §1º). Já em relação às unidades de uso sustentável, o objetivo principal será “compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais” (artigo 7º, §2º).

Em ambos os casos, note-se que a razão de ser do instituto é a *limitação* do poder do proprietário individual em relação ao bem de sua propriedade, ou mesmo a extinção simples da propriedade pela desapropriação, com vistas à instituição das unidades de conservação.

No caso das unidades de proteção integral – à exceção do *monumento natural* e do *refúgio da vida silvestre*, em que se admite sua instituição em áreas particulares, “desde que seja possível compatibilizar os objetivos da unidade com a utilização da terra e dos recursos naturais do local pelos proprietários”³⁸ –, serão sempre instituídas em bens de domínio público. E mesmo no caso do monumento natural ou do refúgio da vida silvestre, na hipótese de não ser possível, ou não existir a concordância do proprietário em relação às condições impostas, as respectivas áreas deverão ser desapropriadas, passando ao domínio público.

No caso das unidades de uso sustentável, algumas espécies poderão ser constituídas por bens públicos ou privados³⁹ e outras apenas por bens públicos⁴⁰, variando suas diversas espécies previstas na lei em razão dos graus de condicionamento opostos ao titular da propriedade, extensão da área protegida, assim como suas características.

Em relação às áreas de conservação que permanecem sob titularidade privada, a in-

tervenção direta no direito de uso do proprietário (*ius utendi*) é a prerrogativa mais atingida em face da limitação do direito do titular da propriedade. Nesse caso, note-se que o regime das unidades de conservação admite tanto o uso indireto como o uso direto do mesmo. O primeiro, caracterizado como “aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais” (artigo 2º, IX). E o uso direto, como “aquele que envolve coleta e uso, comercial ou não, dos recursos naturais” (artigo 2º, X). Nesse sentido, propõe uma terceira categoria, de uso sustentável, nos seguintes termos: “exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável” (artigo 2º, inciso XI).

A definição de cada um desses usos, de sua vez, terá lugar nas definições constantes do *plano de manejo* (MACHADO, 2001, p. 248), igualmente definido na lei⁴¹. Este compõe-se de duas partes, uma *vinculada* às disposições da lei e da Constituição; outra, *discricionária*, indicada à atuação do agente público segundo seu próprio entendimento ou, quando previsto em lei, decorrente da manifestação dos interessados em audiência pública. Em qualquer caso, entretanto, estarão submetidas aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade entre a restrição imposta e o objetivo de interesse público perseguido – no caso, a preservação do meio ambiente.

Outra restrição típica das unidades de conservação, por expressa previsão legal (com exceção das áreas de proteção ambiental e das reservas particulares do patrimônio natural), é a constituição das *zonas de amortecimento*, consistente em área que permita a separação gradativa entre o meio ambiente antropicamente trabalhado e o meio ambiente natural, ou seja, um espaço destinado a diminuir ou enfraquecer os efeitos das atividades existentes na área circun-

dante de uma unidade de conservação (MACHADO, 2001, p. 258). A adoção e implantação dessas *zonas de amortecimento*, contudo, não podem desconhecer o uso legítimo que antes da instituição da área nela realizavam os titulares da propriedade sobre os bens imóveis integrantes da mesma. No caso, a restrição ao uso do bem não pode ser tal que caracterize a eliminação deste, sob pena de retirar o conteúdo econômico da exploração da propriedade sem qualquer espécie de compensação. Em casos nos quais a instalação da *zona de amortecimento* não admite a coexistência entre o uso econômico do bem e sua afetação à finalidade pretendida pelo Poder Público, a opção deve ser pela desapropriação da área.

De modo geral, sempre quando o Estado, com a finalidade de preservação do meio ambiente, limitar em tal grau que caracterize a própria eliminação de uma das prerrogativas da propriedade – uso, gozo ou disposição –, não se estará propriamente a impor deveres ao titular da propriedade, mas sim retirando parcela do direito. Razão pela qual a hipótese aí será de desapropriação e não propriamente da exigência de deveres inerentes ao domínio em face do dever geral de proteção ambiental.

Outra coisa, certamente, são os limites ou deveres impostos com a finalidade de preservação ambiental que impõe condutas, representadas por deveres de prestação ou abstenção do titular da propriedade. Em tais casos, o que estarão sendo estabelecidos, muitas vezes, são critérios de regularidade do exercício da propriedade, em face de deveres concretamente estabelecidos. É o caso, por exemplo, dos deveres impostos ao proprietário pelo Código Florestal (Lei Federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965), o qual, em seu artigo 1º, parágrafo único, determina expressamente que “as ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas são consideradas uso nocivo da propriedade”. Remete-se, nesse caso, ao conceito típico de direito civil, de *uso nocivo*, *mau uso* ou *abuso*

do direito de propriedade, o que, pela lógica, submete o proprietário às *sanções* de estilo em face do *mau exercício* do direito.

E em relação ao Código Florestal, note-se que sua principal característica é a imposição de um dever de abstenção do proprietário, consistente na manutenção de áreas de floresta nos limites territoriais que estabelece *a priori*⁴² ou ainda nas situações específicas que menciona, quando a extensão desses limites será estabelecida por ato do Poder Público⁴³. Assim como na denominada área e reserva legal⁴⁴, situação em que se exige, inclusive, a respectiva averbação à margem do registro imobiliário para efeito de sua caracterização, assim como para impedir a alteração da sua destinação, pela qual são restringidas do proprietário as prerrogativas de uso e gozo do bem.

Da mesma forma, por ato do Poder Público outras restrições ao exercício da propriedade serão estabelecidas em face da preservação do meio ambiente, como é o caso do direito de usar a área para pastoreio ou decidir as técnicas que devem ser adotadas para fim do controle de pragas⁴⁵. E da possibilidade de declarar-se como imune de corte determinadas espécies de árvores⁴⁶, retirando do proprietário a possibilidade de fazê-lo, ainda que a rigor sejam as mesmas de sua propriedade, na qualidade de bens imóveis por acessão.

Em relação ao direito de percepção dos frutos da coisa (*ius fruendi*), são várias as disposições de restrição ou controle do comércio e do uso industrial das espécies vegetais das florestas⁴⁷, assim como, em certos casos, de obrigação do plantio de novas áreas⁴⁸.

Em todas essas situações, em que a restrição parcial de uma ou mais prerrogativas da propriedade não a desnatura como tal, o que se estabelece a rigor são deveres jurídicos para o exercício do direito, tal qual hoje é expressamente previsto na definição legal do artigo 1.228, §1º. E na medida em que a própria definição legal de propriedade autoriza a imposição de deveres jurídicos es-

pecíficos para seu exercício *de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico*, ao estabelecer a lei especial uma série de deveres que regulam esse exercício de direito, tais não podem ser indicadas como *interferência* no direito de propriedade, mas, sim, *regulação* do seu exercício.

Todas essas situações, como se vê, serão de extrema relevância e, uma vez confrontadas à definição legal de propriedade, deverão ser caracterizadas ou não como limitação/restricção ao direito, cuja conclusão remeterá à qualidade em que serão admitidas pelo direito, assim como suas respectivas conseqüências.

3.2. Deveres do proprietário e o direito de indenização

Ao direito de propriedade, além dos poderes jurídicos sobre a coisa, também se reconhecem quaisquer direitos ou pretensões à indenização em face da intromissão indevida na esfera jurídica do titular do direito (MIRANDA, 1977, p. 13-14). A rigor, o direito à indenização é o corolário do direito de propriedade, porquanto se admite que da retirada das suas condições de proveito econômico seja reconhecida ao titular lesado a correspondente reparação pela prerrogativa que se lhe retira. A Constituição da República assegura, nas hipóteses de desapropriação⁴⁹, a exigência de prévia e justa indenização do particular, no que se presume *de iure* o dano. Em outras hipóteses, como a utilização do bem pelo Poder Público em caso de perigo iminente, admitirá a indenização apenas na hipótese de existir dano⁵⁰.

Entretanto, é necessário precisar conceitos, sobretudo naquilo que nos propomos neste estudo, em face do §1º do artigo 1.228 do Código Civil. A indenização pressupõe, conceitualmente, a existência de uma lesão a direito, razão pela qual, inclusive, discute-se, em termos de responsabilidade civil, sua própria finalidade, se de reparação do

valor de uma perda patrimonial ou da soma necessária para recolocação do bem no estado anterior à lesão (VINEY, 2001, p. 243). No caso da indenização por parte do Poder Público, em face de sua interferência no direito dos particulares, esta nem sempre se dá em face de um ilícito, senão muitas vezes por conta de uma perda econômica decorrente da atuação lícita do Estado (*jus imperii*), em favor de um determinado interesse público que – no caso – sobrepõe-se a certo interesse particular. Continua exigindo, contudo, a lesão a interesse/direito subjetivo protegido pela ordem jurídica, o que no caso importa na interferência em poderes jurídicos, qualificados como tais, de modo a retirar-lhe suas características e possibilidades de fruição e proveito.

A proteção que a ordem jurídica brasileira indica ao meio ambiente, entretanto, impõe sensíveis alterações no conceito de dano indenizável em algumas searas das intervenções estatais na propriedade particular. Conforme ensina Paulo Affonso Leme Machado, com fundamento no artigo 45 da Lei nº 9.985/2000, essa norma “deu novas orientações relativas à regularização fundiária das unidades de conservação, excluindo-se das indenizações, derivadas ou não de desapropriação: as espécies arbóreas declaradas imunes de corte pelo Poder Público; as expectativas de ganhos e lucro cessante; o resultado de cálculo efetuado mediante a operação de juros compostos e as áreas que não tenham prova de domínio inequívoco anterior à criação das áreas de conservação” (MACHADO, 2001, p. 257).

A rigor, o ponto central da controvérsia é a identificação do que se trata de efetiva interferência que causa lesão aos direitos do proprietário e do que se caracteriza como imposição de deveres jurídicos decorrentes da própria definição jurídica de propriedade, decorrentes de sua função social e consignados como pautas do exercício do direito.

Outra questão colocada por Antônio Herman Benjamin (1997, p. 37) é a da exi-

gência ou não da indenização na hipótese de determinar-se a conservação das áreas de preservação permanente e das reservas florestais legais, assim como sua consideração para efeitos de cálculo do *quantum* indenizatório na hipótese de ulterior desapropriação direta ou indireta. Parte, então, do pressuposto com o qual concordamos, de que “a obrigação de resguardar o meio ambiente não infringe o direito de propriedade, não ensejando desapropriação”, para concluir que em tais casos não há inviabilidade do exercício da propriedade, mas apenas sua limitação, nos termos da lei. Por essa razão, defende, na hipótese de desapropriação do imóvel em que estejam presentes áreas de preservação permanente e de reserva florestal legal, que estas sejam afastadas para fins de cálculo do valor do imóvel com vistas à indenização (BENJAMIN, 1997, p. 40).

Em exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observam-se decisões, em matéria de desapropriação, nas quais se reconhece que a cobertura vegetal das áreas de preservação permanente, definidas como tal pelo Código Florestal, não são suscetíveis de indenização⁵¹. Todavia, nas hipóteses em que se caracteriza a supressão do direito de uso e fruição do bem pela imposição de deveres de preservação, há decisões em sentido diverso, pela procedência do pleito indenizatório⁵².

É fato que a influência dos preceitos de direito ambiental – a partir das normas constitucionais que lhe fundamentam – sobre o direito civil vem provocando uma série de modificações no modo de conceber e interpretar os conceitos jurprivatísticos. Um exemplo interessante nesse sentido é a natureza que se vem reconhecendo à obrigação de recomposição do ambiente degradado em razão de dano ambiental pelos tribunais, a qual vem se reconhecendo como espécie de obrigação *propter rem*, uma vez que acompanha a coisa para ser imposta ao titular da mesma, na hipótese de transmissão da propriedade⁵³.

No caso do direito à indenização, é fora de dúvida que a garantia do proprietário de, na hipótese de lhe ser retirado o conteúdo econômico do seu direito, fazer jus à respectiva compensação deve ser interpretada em conformidade com o significado da propriedade que indica o Código Civil. E, nesse caso, vai exigir do intérprete uma postura científica própria para identificar, entre os condicionamentos impostos pela Constituição e pela legislação ordinária que lhe fundamenta, o que representará *restrição ao direito* – indenizável na forma da lei – e o que consistirá em simples imposição de *dever jurídico*, à luz do disposto no artigo 1.228, §1º, do Código Civil. Nesse último caso, uma vez que se tratam de deveres inerentes ao exercício do direito de propriedade, não destacam/afetam seu conteúdo e, portanto, serão insuscetíveis de indenização.

4. Conclusões

A transformação histórica da definição de propriedade em direito ordinário, e sua elevação à qualidade de direito fundamental, demonstra um traçado que remete de um poder jurídico pleno exercido segundo a vontade do titular do direito até sua conformação como prerrogativa indicada a certos fins sociais e econômicos aos quais vinculam-se os titulares desse poder. Igualmente, os conceitos técnico-jurídicos que lhe são correlatos, como a distinção entre *titularidade* e *exercício* de direitos, e a possibilidade de limitação e sanção do abuso em relação a esse último, assim como a eleição de novos bens da vida dignos de proteção jurídica e oponíveis desde logo ao poder jurídico do proprietário, exigem um novo modo de interpretar-se a propriedade; uma nova *mentalidade* sobre a propriedade, retomando o pensamento de Paolo Grossi (1992, p. 58).

A relativização dos direitos subjetivos, a revalorização do interesse social perante a propriedade, as questões urbana e agrária, e a exigência de ações para seu enfrentamento, um novo enfoque sobre a função ju-

rídica da posse e, afinal, a crescente tutela jurídica do meio ambiente alteraram substancialmente o modo como o direito passa a interpretar o conceito de propriedade. Nesse caminho, todos esses interesses protegidos juridicamente, assim como outros aqui não mencionados, em regra foram colocados como contrapostos à proteção jurídica da propriedade, de modo que a solução desses “conflitos” realizava-se mediante uma composição ou coordenação de interesses, no mais das vezes, afastando-se parte do conteúdo de ambos os direitos para alcançar-se um ponto de equilíbrio. Ou seja, a postura do jurista era de identificá-los como elementos distintos que, encontrando-se em dada relação jurídica por expressa determinação constitucional ou legal, deveriam alcançar um nível de interação que, afinal, preservasse a essência de ambos os interesses.

Ocorre que, nesse raciocínio, a propriedade – ainda que de modo disfarçado ou implícito – conservava seu caráter absoluto do direito civil clássico. Tudo o que fosse representativo de um mínimo de deveres jurídicos, sobretudo os de abstenção oponíveis ao titular do direito subjetivo, deveria ser devidamente compensado, ou exigida desde logo a perda da propriedade por desapropriação – sempre com vistas à indenização. Não se vislumbrava, assim, a possibilidade de deveres inerentes ao próprio conteúdo da propriedade, ainda que os antecedentes históricos mais recentes, sobretudo em direito comparado, indicassem nessa direção, como é o caso mais célebre da Constituição alemã de 1919 e sua idéia-força de que “*a propriedade obriga*”.

É aí que a alteração da definição legal de propriedade, hoje prevista no artigo 1.228 do Código Civil, permite um elemento a mais, decisivo até na postura do intérprete mais resistente às transformações conceituais que mencionamos. Com o novo Código Civil, o conceito em direito de ordinário da propriedade se altera. A partir dele, não se trata *apenas* do direito de usar, gozar e dispor da coisa, e de reavê-la de quem quer que

injustamente a possua ou detenha, mas é também isso. Incluem-se, contudo, restrições ao poder de disposição do proprietário e, no que interessa a esse trabalho, a definição de pautas de conduta exigíveis do titular do direito, consistente na imposição de novos deveres jurídicos. Tais deveres não consistem em limitações ou restrições ao direito, mas sim *conformam o direito*, que se reconhecerá legítimo e jurídico, apenas na hipótese de respeitar os deveres ali consignados.

No caso dos deveres de preservação ambiental, a definição jurídica de propriedade expressamente remete à legislação especial sua determinação específica, o que naturalmente permite concluir que o cumprimento dos mesmos, tais como estabelecidos nas normas próprias, será condição de reconhecimento do exercício regular do direito. Nesse sentido, suprime-se a noção de “conflito” entre a propriedade e as exigências de preservação do meio ambiente, no que se refere a eventuais limitações dos poderes do proprietário. Não serão mais *limitações*, com o caráter restritivo que carrega a expressão, mas *deveres de conformação* da propriedade, atinentes ao exercício do direito, razão pela qual não poderão ensejar considerações acerca da perda injusta de qualquer das prerrogativas do domínio. Ao contrário, *as noções de propriedade e domínio, sim, é que incorporam tais deveres de conformação atribuídos a seus titulares*. Razão pela qual é possível concluir que, tal qual está presente em nossa legislação civil, o artigo 1.228 do Código Civil provoca alteração substantiva da definição de propriedade em nosso direito ordinário e, por conseqüência, na própria interpretação das normas constitucionais.

Notas

¹ Mentalidade jurídica, no caso, como “*aquel conjunto de valores que circulan en una area espacial y temporal, capaz por su vitalidad de separar la diáspora de los hechos y episodios aislados y de constituir el tejido conjuntivo escondido y constante de aquella área*”. Prossegue, então, referindo que “*con visual fundamentalmente sincrónica ya que los valores tienden a permear la*

globalidad de la experiencia, con procedimiento fundamentalmente sistemático ya que los valores tienden a permanecer y a cristalizarse, el jurista se siente a su comodidad – casi, se diría, en la propia casa – en el terreno de las mentalidades; es ahí donde lo jurídico tiene su raíz.” (GROSSI, 1992, p. 58).

² Franz Wieacker (1993, p. 717), entre outros historiadores do direito, consigna a renovação da ciência jurídica operada pela filosofia idealista a partir da ética de autonomia de Kant, a qual oferece ao direito privado um esquema lógico que permite vislumbrar como sistemas de esferas de liberdade da personalidade autônoma, em razão da qual uma das conseqüências será o reconhecimento da prerrogativa de livre uso da propriedade.

³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁴ Não era essa, entretanto, a opção de Teixeira de Freitas (1983, p. 575) no seu *Esboço do Código Civil*. Propunha o jurista, no artigo 4.071, uma definição de domínio, nos seguintes termos: “Art. 4.071 – Domínio (direito de propriedade sobre coisas) é o direito real, perpétuo ou temporário, de uma só pessoa sobre coisa própria, móvel ou imóvel, com todos os direitos sobre sua substância e utilidade, ou somente sobre sua substância e alguns sobre sua utilidade.”

⁵ Como assinala Clóvis Beviláqua (1941, p. 133-134), essa opção legislativa, sem prejuízo de outras definições, embasava-se na regra romana de domínio: “*dominium est jus utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*”.

⁶ Art. 525. É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel.

⁷ Art. 527. O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.

⁸ Art. 526. A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los.

⁹ Sobre o tema, veja-se o clássico Josserrand (1927, p. 322 et seq). No direito brasileiro, veja-se, por todos, Martins (1997, p. 81-118).

¹⁰ A vinculação da teoria do abuso do direito com sua origem subjetiva, derivada dos atos emulativos (*aemulatio*) do direito medieval, tem sentido apenas se realizada com vistas aos célebres casos da jurisprudência francesa de fins da segunda metade do século XIX, e que serviram de objetos

da reflexão doutrinária posterior. Essa fase pioneira, diga-se, desenvolveu-se, sobretudo, com casos que reclamavam a limitação do direito de propriedade, como são exemplos os casos *Lingard*, *Mercye Lacante*, relativos a fumos e maus cheiros de fábricas, e o caso *Grosheintz*, que girou sobre escavações no terreno do próprio titular que provocaram o desmoronamento do terreno vizinho. Ainda o caso *Doerr*, dizendo respeito à construção de uma chaminé em terreno próprio com o fito exclusivo de retirar a luz do terreno vizinho; o caso *Savart*, em que o proprietário de um terreno construiu uma estrutura de madeira com dez metros de altura, pintada de negro, com o objetivo de sombrear e enristecer o terreno vizinho; e, talvez o mais citado dos casos, o caso *Clément-Bayard*, em que o proprietário construiu em seu terreno um dispositivo de espigões de ferro com o objetivo de destruir os aerostatos do proprietário vizinho. Contudo, em sua elaboração doutrinária seguinte, desde logo reconhecerá a possibilidade de limites objetivos ao exercício de direitos subjetivos, como será o caso da finalidade econômica e social de um direito. Nesse sentido, veja-se Cunha de Sá (1997, p. 53 et seq).

¹¹ Assim a íntegra do artigo 153 da Constituição de Weimar: “A propriedade será garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites se deduzirão das leis. Somente se poderá expropriar em favor da comunidade e com fundamento de direito, tendo sempre como contrapartida a correspondente indenização, exceto quando uma lei do Reich determine outra coisa. Com relação à quantia da indenização, se manterá aberta no caso de litígio a via dos tribunais competentes, exceto quando uma lei do Reich determine o contrário. As expropriações feitas pelo Reich, Länder, municípios e associações de uso público só poderão efetuar-se mediante indenização. A propriedade obriga. Seu uso também deve servir ao bem da comunidade.” Traduzi de Hattenhauer (1987, p. 123).

¹² Clóvis Beviláqua (1941, p. 136), ainda que identifique nas disposições constitucionais sobre propriedade, a partir da Constituição de 1934, uma inspiração socialista, admite que tais normas não mais permitirão que a noção de propriedade seja compreendida como direito absoluto e ilimitado.

¹³ Note-se, de outro modo, que, tanto na Constituição do Império, de 1824, quanto na Constituição Republicana, de 1899, a referência à propriedade fez-se em sua concepção clássica, como direito pleno. Assim o artigo 179 da Constituição de 1824: “É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude”. E o artigo 72, §17, da Constituição de 1899: “O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude... As minas pertencem aos proprietários do solo, salvo as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria”.

¹⁴ São eles: “I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

¹⁵ Assim os artigos 3º, inciso XXVI, e 185 da Constituição de 1988.

¹⁶ Acerca da desapropriação por interesse social, refere Comparato (1997, p. 97): “Ela constitui na verdade a imposição administrativa de uma sanção, pelo descumprimento do dever, que incumbe a todo o proprietário, de dar a certos e determinados bens uma destinação social. Por isso mesmo, é antijurídico atribuir ao expropriado, em tal caso, uma indenização completa, correspondente ao valor venal do bem mais compensatórios, como se não tivesse havido abuso do direito de propriedade.”

¹⁷ O artigo 485 do Código Civil anterior, reproduzido no artigo 1.196 do Código vigente (“Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”), estabelece que basta para a posse o poder de fato sobre a coisa, a relação de pertinência fática entre o sujeito e o *corpus*, quando se vai afirmar no direito brasileiro que esse poder representa-se por intermédio do exercício fático de uma das prerrogativas do domínio (*ius utendi, fruendi* ou *abutendi*). Nesse sentido, resta consagrado para a maioria da doutrina que nosso direito adota a teoria objetivista da posse, elaborada por Ihering na pandectística alemã do século XIX, em contraposição à teoria subjetivista de Savigny, a exigir, para configuração da relação possessória, o *corpus* e o *animus*. Veja-se o exame de Miranda (1977) sobre as teorias da posse: Tratado de direito privado.

¹⁸ Assim o entendimento, entre outros, de Gomes (1970, p. 12); Rios (1994, p. 19). Da mesma forma posiciona-se André Godinho (2000, p. 1-16), o qual busca salientar que a função social não significa uma negação do direito subjetivo, mas que “é a função social razão de tutela e garantia da propriedade privada”.

¹⁹ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (...).

²⁰ “§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará

a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

²¹ “§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.”

²² No caso, o emprego da técnica da interpretação conforme à Constituição para determinação do significado das normas de direito ordinário do Código Civil de modo compatível com as normas constitucionais. Nesse sentido, veja-se Coelho (2003, p. 25-53).

²³ Nesse sentido, veja-se a lição de Canotilho (1998, p. 647) acerca das normas restritivas e conformadoras de direitos fundamentais.

²⁴ Acerca dessa nova postura do legislador ordinário perante a Constituição, veja-se Tepedino (2000, p. 1-16).

²⁵ Ver-se, por todos, Freitas (2002, p. 133 et seq.).

²⁶ Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

²⁷ Art. 1.291. O possuidor do imóvel superior não poderá poluir as águas indispensáveis às primeiras necessidades da vida dos possuidores dos imóveis inferiores; as demais, que poluir, deverá recuperar, ressarcindo os danos que estes sofrerem, se não for possível a recuperação ou o desvio do curso artificial das águas.

²⁸ Art. 1.309. São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar, para uso ordinário, a água do poço, ou nascente alheia, a elas preexistentes.

²⁹ “§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publi-

cidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

³⁰ Para o exame dessa qualidade no direito brasileiro, veja-se o recente estudo de Anízio Pires Gavião Filho (2005, p. 48 et seq.).

³¹ Prossegue então afirmando: “O ecologicamente refere-se, sim, também à harmonia das relações e interações dos elementos do *habitat*, mas deseja especialmente ressaltar as qualidades do meio ambiente mais favoráveis à qualidade da vida. Não ficará o homem privado de explorar os recursos ambientais, na medida em que isto também melhora a qualidade da vida humana; mas não pode ele, mediante tal exploração, desqualificar o meio ambiente de seus elementos essenciais, porque isso importaria desequilibrá-lo e, no futuro, implicaria seu esgotamento (...) o que a Constituição quer evitar, com o emprego da expressão ‘meio ambiente ecologicamente equilibrado’, é a idéia, possível, de um meio ambiente equilibrado sem qualificação ecológica, isto é, sem relações essenciais dos seres vivos entre si e deles com o meio”. (SILVA, 2004, p. 87-88).

³² A filosofia até o século XVIII não fazia uma clara distinção entre a beleza natural e a beleza artística, uma vez que os artistas em geral concentravam-se, sobretudo, na reprodução/imitação da beleza natural. Com a criação da estética como disciplina filosófica, no século XVIII, faz-se uma nítida distinção entre as duas espécies de beleza. Nesse contexto, o próprio conceito de estética passa a ser cada vez mais reservado à apreciação das obras criadas pelos homens, ainda que exclua totalmente as coisas da natureza.

³³ Ainda que em certos casos, mesmo remetendo a regulamentação da restrição para a lei ordinária, seja possível identificar na norma constitucional o conteúdo do dever jurídico em questão. É o caso do artigo 225, §2º, que estabelece, na forma da lei, em relação ao que explora recursos minerais, o dever de recuperar o meio ambiente degradado; assim como a restrição imposta à localização de usinas que operem com reator nuclear, decisão subordinada à Lei Federal (artigo 225, §6º).

³⁴ Faço nova referência, todavia, aos artigos 1.277, 1.291 e 1.309 do Código Civil.

³⁵ Acerca dos pressupostos técnicos dessas limitações, veja-se o estudo de Bensusan (2001, p. 164-189).

³⁶ São espécies de unidades de proteção integral (artigo 8º): I – Estação Ecológica; II – Reserva Biológica; III – Parque Nacional; IV – Monumento Natural; V – Refúgio de Vida Silvestre.

³⁷ São espécies de unidades de preservação permanente (artigo 14): I – Área de Proteção Ambiental; II – Área de Relevante Interesse Ecológico; III – Floresta Nacional; IV – Reserva Extrativista; V – Reserva de Fauna; VI – Reserva de Desenvolvimento Sustentável; e VII – Reserva Particular do Patrimônio Natural.

³⁸ Artigos 12, §1º, e 13, §1º, da Lei Federal nº 9.985/2000.

³⁹ Será o caso das Áreas de Preservação Permanente (artigo 15), das Áreas de Relevante Interesse Ecológico (art. 16) e das Reservas Particulares do Patrimônio Natural (art. 21).

⁴⁰ Serão constituídas apenas de bens públicos, que, quando for o caso, irão adquirir essa qualidade por intermédio de desapropriação das seguintes unidades de conservação: Floresta Nacional (art.17), Reserva Extrativista (art. 18), Reserva de Fauna (art. 19) e a Reserva de Desenvolvimento Sustentável (art. 20).

⁴¹ Artigo 2º, inciso XVII: “Plano de manejo: documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade”.

⁴² Assim o artigo 2º do Código Florestal: “Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 – de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura; 2 – de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; 3 – de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; 4 – de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; 5 – de 500 (quinhentos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais; c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados ‘olhos d’água’, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive; f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; g) nas bordas dos ta-

buleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.”

⁴³ “Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas: a) a atenuar a erosão das terras; b) a fixar as dunas; c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares; e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; h) a assegurar condições de bem-estar público. § 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.”

⁴⁴ Artigo 16 do Código Florestal.

⁴⁵ Artigo 4º do Código Florestal.

⁴⁶ Artigo 7º do Código Florestal.

⁴⁷ Artigos 12 e 13 do Código Florestal.

⁴⁸ Artigos 20 e 21 do Código Florestal.

⁴⁹ Artigos 5º, inciso XXIV, 182, §3º, e 184 da Constituição da República. Em outros casos, como os em que a desapropriação caracteriza-se como sanção de ilícito, descabe exigir-se indenização, como o previsto no artigo 243 do ADCT em relação às glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

⁵⁰ Artigo 5º, inciso XXV: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

⁵¹ STJ – RESP 259948 / SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 12.04.2004, p. 189;

⁵² STJ – RESP 188781 / PR, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 29.11.1999, p. 125.

⁵³ ADMINISTRATIVO – DANO AO MEIO AMBIENTE – INDENIZAÇÃO – LEGITIMAÇÃO PASSIVA DO NOVO ADQUIRENTE. 1. A responsabilidade pela preservação e recomposição do meio ambiente é objetiva, mas se exige nexo de causalidade entre a atividade do proprietário e o dano causado (Lei 6.938/81). 2. Em se tratando de reserva florestal, com limitação imposta por lei, o novo proprietário, ao adquirir a área, assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para devastá-la. 3. Responsabilidade que independe de culpa ou nexo causal, porque imposta por lei. 4. Recursos especiais providos em parte. (STJ –

RESP 327254 / PR; 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, p. DJU 19.12.2002, p. 355).

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman. Desapropriação, reserva legal e áreas de preservação permanente. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, n. 3, v. 1, p. 33-41, set./dez.1997.

BENSUSAN, Nurit. Os pressupostos biológicos do sistema nacional das unidades de conservação. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1941. v. 1.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARROZZA, Antonio; ZELEDÓN, Ricardo Zeledón. *Teoría general e institutos de derecho agrário*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo código civil e a interpretação conforme a constituição. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coord.). *O novo código civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista de Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, n. 3, v. 1, p. 92-99, dez. 1997.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 63, jul./set. 1986.

FREITAS, Augusto Texeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983. v. 2.

FREITAS, Vladimir Passos. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado*. Madrid: Sociedad Española, 1904.

GODINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. Novas dimensões da propriedade privada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 411, jan.1970.

GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades: un análisis histórico*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1992.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática*. Barcelona: Ariel, 1987.

JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite l'abus des droits*. Paris: [s.n.], 1927.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Áreas protegidas: a Lei nº 9985/2000. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MORAES, Maria Amália Dias de. Do abuso de direito: alguns aspectos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 42, v. 15, p. 11-26, 1985.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Enviroment et paysage. Actualité Juridique Droit Administratif*, Paris, n. 9, set. 1994.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. R. Santos, 1985.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIOS, Roger Raupp. Função social da propriedade. *Lex*, São Paulo, a. 6, n. 55, p. 17-27, mar. 1994.

RODOTÁ, Stefano. *El terrible derecho: estudio sobre la propiedad privada*. Madrid: Civitas, 1986.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada: temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____. (Coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 3, t. 2.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les effets de la responsabilité* In: GHESTIN, Jacques (Dir.). *Traité de droit civil*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2001.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Calouste: Gulbenkian, 1993.

Acesso à Universidade, cotas para negros e o projeto de lei nº 3.627/2004

Leandro Martins Zanitelli

Sumário

Introdução. 1. Cotas para negros são justas?
1.1. O critério do saber. 1.2. O critério racial. 2.
O projeto nº 3.627/2004. Conclusões.

Introdução

Este ensaio trata da seleção de estudantes para as Universidades, debruçando-se sobre dois assuntos em pauta atualmente: o primeiro é o da estipulação de uma cota de vagas para estudantes negros¹, e o segundo, para o qual se voltaram as atenções por força de um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional (projeto nº 3.627/2004), diz respeito à reserva de vagas a alunos que tenham freqüentado escolas públicas durante o período do ensino médio².

Na primeira parte, a questão examinada é a de determinar se cotas para negros em Universidades públicas devem ou não ser instituídas, e por quê. Após algumas considerações sobre o direito ao ensino superior, tratar-se-á de dois critérios para a seleção de estudantes, o do saber e o racial, e de suas possíveis justificativas. Na segunda parte, aproveitar-se-ão algumas das conclusões tiradas na parte anterior a fim de avaliar um terceiro critério, o da procedência escolar, previsto no projeto de lei recém-citado.

O presente estudo se ocupa, portanto, dos critérios para a admissão de estudantes à

Leandro Martins Zanitelli é Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Professor do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter).

Universidade, tanto no que se refere ao Direito em vigor, como em relação a uma eventual modificação legislativa. O objetivo é o de estabelecer quais desses critérios são compatíveis com a nossa Constituição e capazes de se justificar moralmente (duas questões indissociáveis, como se verá).

1. Cotas para negros são justas?

As cotas para negros em Universidades são muitas vezes acusadas de infringir direitos de outros estudantes³. Começar-se-á, pois, com algumas observações sobre um dos possíveis direitos violados por essas cotas, o direito ao ensino superior.

Esse direito pode ser entendido de duas maneiras. De acordo com a primeira delas, tratar-se-ia de um direito a não ter o acesso à Universidade impedido pela única razão de pertencer a um certo grupo. Com tal aceção, o direito ao ensino superior seria contrariado, por exemplo, por uma lei que admitisse o ingresso em Universidades apenas às pessoas de uma raça ou que profesassem determinada religião. Opondo-se a restrições assim, o direito ao ensino superior exigiria que a frequência à Universidade se mantenha como “posição aberta a todos” no sentido do princípio da diferença rawlsiano (RAWLS, 1999, p. 53)⁴, o que é algo assegurado pela Constituição em seus arts. 3º, IV, 5º, *caput*, e 206, I⁵.

Outro modo de conceber o direito ao ensino superior equipara-o ao direito a ser matriculado em uma Universidade. Assim entendido, esse é um direito que não se reconhece a todos, uma vez que a conclusão de um curso universitário não se mostra imprescindível a muitas ocupações úteis na sociedade brasileira, nem é algo indispensável à realização de toda e qualquer pessoa.

Que o direito ao ensino superior como direito a ser matriculado em uma Universidade não se estenda a qualquer um é algo incontroverso. Por banal que seja, tal constatação ressalta, não obstante, a necessida-

de de que o debate sobre o acesso à Universidade gire em torno dos critérios para a seleção de estudantes. Se a frequência à Universidade deve ser uma posição aberta a todos, e se nem todos possuem direito a ser matriculados, a questão que resta a enfrentar é a dos critérios de admissão. A fim de ser justificada, portanto, a alegação de que a reserva de vagas para negros atenta contra um direito dos demais estudantes tem de dizer respeito ao direito a que se empregue um ou alguns critérios de seleção, e não outros.

No restante desta primeira parte, serão examinados dois desses critérios, o do *saber* e o *racial*. De acordo com o primeiro, a escolha de estudantes deve favorecer aqueles que detenham certas habilidades intelectuais. O segundo critério, por sua vez, relaciona-se à raça⁶ do candidato. Os dois critérios podem, é claro, aplicar-se concomitantemente (por exemplo, quando um certo número de postos em uma Universidade se destina aos negros, a ocupação desses postos é feita, geralmente, com base nas aptidões intelectuais dos pretendentes).

O repúdio ao critério racial pode ser fundamentado, em primeiro lugar, com a afirmação de que o critério do saber não só deve ser obedecido, como também *é o único a ser obedecido para a admissão em curso superior*. Essa afirmação será avaliada na próxima seção (1.1). Segundo, é possível dizer que, embora não se tenha de seguir exclusivamente o critério do saber, *o critério racial está, de todo modo, vedado*. Ao exame de tal alegação é dedicada a segunda e última seção (1.2) desta primeira parte.

1.1. O critério do saber

Como visto, o direito supostamente contrariado pela reserva de vagas para negros em Universidades tem de se referir aos critérios de admissão. Ele pode-se apresentar, desse modo, como *um direito a que se observe unicamente o critério do saber*. Para determinar se esse direito subsiste ou não, pode-se indagar primeiro se há um direito ao crité-

rio aludido, e por quais razões. Em caso afirmativo, e definidas essas razões, ter-se-á condições de avaliar se elas também justificam o emprego exclusivo do critério aludido.

É um direito dos candidatos a uma vaga em um curso universitário o de serem avaliados segundo sua capacidade intelectual? Uma das possíveis respostas afirmativas a essa questão tem a ver com a idéia de *mérito*: a entrada na Universidade deve ocorrer por força do saber a fim de que o sucesso de cada estudante dependa de seu próprio mérito.

O apelo à noção de mérito é, no entanto, insuficiente. Mérito é uma palavra à qual se podem atribuir inúmeros significados (DWORKIN, 1985, p. 299). Assim, seria preciso explicar por que se deve entender mérito aqui como algo relacionado à destreza intelectual, e não a outras virtudes, tais como boa condição atlética ou generosidade. Por que o pretendente com melhor desempenho em matemática merece admissão em uma Universidade, ao contrário dos que dedicam seu tempo preferencialmente ao atletismo ou a obras assistenciais?

Além disso, as aptidões mentais de uma pessoa se devem, como é sabido, apenas em parte ao seu empenho. Outra parte, tão ou mais importante, deve-se a dotes naturais (sem falar, é claro, de fatores sociais) pelos quais não se pode reconhecer qualquer mérito. Não somos merecedores de algo, em nenhum sentido moralmente relevante, apenas em razão de nossa disposição genética⁷.

Essas observações sugerem que se procure a justificativa para o critério do saber em considerações que não se prendam à aptidão intelectual em si mesma. Primeiro, porque é preciso apresentar o motivo pelo qual o mérito de alguém deva ser medido de acordo com essa aptidão, e não de outra maneira. Segundo, porque a inteligência possui, entre os seus fatores, alguns (como o da predisposição natural) completamente arbitrários e, em conseqüência, irrelevantes para a argumentação moral.

Em vez de se apegar à noção de mérito, a defesa do critério do saber pode ser feita de maneira pragmática. O argumento é bastante conhecido: as Universidades servem a propósitos relevantes para a sociedade, os quais serão mais bem atendidos com a admissão dos estudantes intelectualmente mais capazes. Uma Faculdade de Medicina, por exemplo, destina-se a preparar bons médicos, e será nisso tão mais bem-sucedida quanto mais inteligentes forem os estudantes que nela ingressarem.

O exemplo basta, no entanto, para que a fragilidade do argumento venha à tona. Supondo-se que não se espere outra coisa de uma Faculdade de Medicina senão a formação de bons médicos, é duvidoso que esse objetivo dependa exclusivamente (ou mesmo primordialmente) da aptidão intelectual apresentada pelos candidatos nos exames vestibulares. Voltar-se-á a isso em seguida. Antes, é conveniente chamar a atenção para uma característica desse argumento (designado, daqui em diante, como argumento da utilidade social) e para a sua relação com uma censura feita à reserva de vagas para negros em Universidades.

Ao se afirmar que os estudantes mais inteligentes devem ser admitidos à Universidade para que, desse modo, o bem-comum seja promovido, procura-se justificar a escolha desses estudantes não em razão de seu próprio valor (ou mérito), mas sim pelas vantagens que essa escolha proporciona à sociedade. Os indivíduos intelectualmente mais aptos devem freqüentar a Universidade para servir a um fim, a utilidade social, que não diz respeito apenas a eles mesmos, mas a toda a comunidade.

No livro *Liberalism and the limits of justice*, Sandel traz à discussão o argumento segundo o qual medidas favoráveis ao ingresso de negros em Universidades devem ser aceitas por força de um objetivo socialmente valioso, o de reduzir o grau de consciência das pessoas (no caso, dos norte-americanos) quanto à sua própria raça e à das outras⁸.

Para Sandel (1998, p. 141)⁹, o argumento parece tratar certos indivíduos (os estudantes negros que ocuparão as vagas) como meios para a satisfação de um fim alheio (o dos demais cidadãos, de viver em uma sociedade tanto quanto possível indiferente à raça) e se opor, por isso, ao imperativo categórico kantiano¹⁰. Note-se, agora, que uma suspeita semelhante pode recair sobre a defesa do critério do saber ora em exame. Se os negros favorecidos pelas cotas são tratados de maneira indigna, porque seu ingresso na Universidade é meio para a realização de um fim¹¹, o mesmo seria de afirmar dos estudantes escolhidos por sua inteligência, supondo-se que a justificativa para essa escolha se baseie no bem-comum.

A verdade é que, diante das dificuldades para o emprego da noção de mérito, não parece haver outra estratégia disponível para a justificação de qualquer critério de admissão à Universidade senão alguma que se reporte ao que é mais útil para a comunidade. É preciso, pois, contar com uma estratégia desse tipo caso se deseje prosseguir.

A esta altura, faz-se conveniente distinguir duas versões para o argumento da utilidade social em favor do critério do saber. Essa distinção tem a ver com o uso exclusivo ou não desse critério. Na primeira versão, que se designará como versão fraca, o argumento aponta para o valor da aptidão intelectual dos estudantes como meio para a realização dos objetivos aos quais se destina a Universidade, sem, contudo, sustentar que essa mesma aptidão seja importante o suficiente para vedar a observância de qualquer critério de admissão que não lhe diga respeito. Nessa versão, portanto, o argumento da utilidade permite que se apliquem outros critérios, juntamente com o do saber, para a seleção de candidatos ao ensino superior.

A segunda versão, ou versão forte, do argumento defende o emprego exclusivo do critério em questão. É dessa versão do argumento da utilidade social que se tem de deduzir o direito mencionado no início da se-

ção, isto é, o direito a que se observe unicamente o critério do saber para a seleção de alunos¹².

Em sua versão fraca, o argumento é plausível. Ainda que outras virtudes possuídas pelos candidatos, como a perseverança e a generosidade, também se mostrem propícias à obtenção de fins socialmente valiosos, é inegável que muitos desses fins dependem da capacidade intelectual dos estudantes. Dos serviços corriqueiros de um médico, advogado ou engenheiro até a pesquisa mais apurada, há inúmeras atividades úteis desempenhadas graças à Universidade para as quais uma boa dose de destreza mental é indispensável.

É possível aproveitar essa mesma observação em favor da versão forte do argumento da utilidade social? Como demonstrar, depois de reconhecido o valor do saber para certos propósitos aos quais se destinam, habitualmente, as Universidades, que a distribuição de vagas nessas últimas deve-se dar *exclusivamente* segundo a aptidão intelectual dos candidatos?

Uma estratégia aqui seria a de aludir a uma dificuldade de ordem prática como motivo para a aplicação exclusiva do critério do saber. Embora haja outras virtudes importantes além da inteligência, e ainda, pois, que os objetivos a serem perseguidos pelo ensino superior não dependam apenas da capacidade mental dos estudantes, essa capacidade é não só o mais crucial dos fatores (ao menos entre aqueles a se considerar na seleção dos pretendentes às vagas), como o mais fácil de aferir se comparado a traços de caráter, como a perseverança e a generosidade, também (mas em menor medida) relevantes. Como um exame vestibular em que se procurem levar em conta a inteligência e outros atributos dos estudantes é mais complicado (e, por conseguinte, mais custoso) do que outro em que somente se avalie a primeira, talvez a sociedade ganhe mais elegendo o saber como única qualidade a considerar (dado, ainda, o risco de que não se julguem corretamente as demais,

ou de que lhes seja atribuído um peso maior do que o devido) para o ingresso na Universidade.

Todavia, a sugestão de que a dificuldade para se observar outro critério que não o do saber leve este último a ser o único empregado só pode ser defendida nos casos em que tal dificuldade é, de fato, constatada. Se for conferida ao ensino superior uma finalidade suscetível de ser perseguida mediante o emprego de um outro critério de admissão cuja obediência se mostre relativamente fácil de obter (e o critério racial parece justamente um critério desse tipo), continuará faltando uma razão para se observar o critério do saber com exclusividade. Reconhecido algum propósito valioso capaz de ser atingido com a reserva de vagas para negros em Universidades, é pouco provável que os custos criados pela imposição dessa medida sejam superiores aos ganhos daí advindos. Apesar da miscigenação brasileira, ainda é muito mais fácil classificar alguém entre nós como negro do que avaliar, por exemplo, sua perseverança ou generosidade.

Deixando-se de lado o apelo à conveniência prática, o emprego exclusivo do critério do saber poderia sustentar-se no que dispõe o art. 208, V, da Constituição brasileira, em que se assegura “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”. De acordo com certa interpretação¹³, ao se referir à “capacidade de cada um”, esse inciso definiria a inteligência como único atributo a ser considerado para o ingresso na Universidade.

Há, porém, sérias objeções a essa interpretação. Primeiramente, repare-se que ela não se impõe pelo texto em si mesmo, isto é, pelo texto, dado às suas palavras o significado que lhes é habitual. “Segundo a capacidade de cada um” não é o mesmo que “exclusivamente segundo a capacidade de cada um”. É verdade que o citado art. 208, V, não menciona outros critérios além do saber, o que pode sugerir deva ser esse o

único a seguir. Essa, no entanto, é tão-somente uma entre várias possibilidades interpretativas, porque a falta de alusão a um segundo critério também é suscetível de ser entendida, diferentemente, como recusa, por parte da legislação constitucional, a tratar exaustivamente do assunto. A questão acerca do modo de escolha dos estudantes universitários pode ser daquelas a se resolver em definitivo pela legislação ordinária, limitando-se a Constituição a exigir que se observe, para tal escolha, a aptidão intelectual dos candidatos. A referência à capacidade no art. 208, V, corresponderia, desse modo, à indicação de um critério a ser necessariamente aplicado, mas não o único.

As afirmações do último parágrafo ressaltam que o art. 208, V, da Constituição admite mais de uma interpretação, e que a sua menção à capacidade não tem, portanto, de ser compreendida como se proibisse a aplicação de qualquer outro critério para o ingresso em curso superior que não o do saber. Há, contudo, razões pelas quais o seu texto deva, e não apenas possa, julgar-se compatível com o uso de critérios de seleção distintos.

Ao se apoiar o critério do saber apenas em considerações relativas à utilidade social (afastada, pois, a idéia de que os mais inteligentes possuam direito a freqüentar a Universidade por outra causa senão a do bem que se proporciona, dessa maneira, à comunidade), debilita-se a interpretação da Constituição pela qual esse mesmo critério é reputado como exclusivo. Como o que é útil à sociedade se modifica com facilidade, não deve a Constituição, à primeira vista, disso se ocupar. Assim, se não põe em risco direitos fundamentais de quem quer que seja, o juízo a respeito dos fins que ao ensino superior convém perseguir (e dos critérios de admissão à Universidade apropriados à obtenção desses fins) deve ser deixado à legislação ordinária. Por fim, também o respeito à democracia requer que sejam os representantes do povo os encarregados de

estabelecer o que há de ser feito pelo bem comum, inclusive, é claro, no que se refere à formação universitária¹⁴.

A interpretação segundo a qual o art. 208, V, da Constituição não proíbe o acesso à Universidade de ocorrer com base em outros critérios além do que lá é indicado se mostra, pois, não só possível, como moralmente desejável. Ela se coaduna com o único argumento aparentemente disponível em favor do critério da capacidade intelectual, o da utilidade social, de acordo com o qual a importância a ser conferida a esse mesmo critério depende do quão apto ele esteja a atender aos objetivos do ensino universitário, os quais, por sua vez, devem ser definidos em conformidade com as circunstâncias e segundo o juízo de legisladores eleitos.

Esta seção foi dedicada às possíveis justificativas para o critério do saber, tratando, ao final, de determinar se há algo que imponha a sua aplicação exclusiva. A resposta é não. Primeiramente, chamou-se a atenção para as dificuldades de se defender o citado critério com o apelo à noção de mérito. Tais dificuldades são deixadas de lado por um argumento de utilidade social, que se refere ao bem-estar geral a ser alcançado com o auxílio das Universidades e ao critério do saber como meio para a realização desse objetivo. O argumento da utilidade não basta, todavia, para descartar o uso de outros critérios, apesar dos obstáculos práticos que a tanto ocasionalmente se oponham. As razões para isso foram expostas ao se tratar da interpretação do art. 208, V, da Constituição, estando ligadas à variabilidade do que é socialmente útil e às atribuições que devem ser conferidas, em uma democracia, ao legislador ordinário.

A recusa a considerar o critério do saber como necessariamente o único a ser observado não assegura, é claro, que as cotas para o ingresso de estudantes negros em Universidades possam ou devam ser estipuladas. A próxima seção se ocupará com o problema da justificação dessas cotas.

1.2. O critério racial

A reserva de vagas para negros em Universidades é justa? Fere a nossa Constituição? Na seção anterior, concluiu-se que, de acordo com a Constituição, a inteligência não tem de ser a única característica a ter em conta para a admissão de estudantes à Universidade. Uma proposta de reforma constitucional a esse respeito seria de se rejeitar pelas mesmas razões que dão fundamento à interpretação do atual art. 208, V. Trata-se, agora, de examinar se, entre os fatores para o ingresso na Universidade, deve ou pode estar, além da aptidão intelectual, a raça do candidato.

O já mencionado art. 3º, IV, da Constituição designa como um dos objetivos do Estado brasileiro o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Daí não se depreenda que toda e qualquer diferença de tratamento baseada em alguma das características citadas deva-se reputar inconstitucional, mas apenas aquelas para as quais falte uma justificativa¹⁵. O mesmo é de afirmar quanto ao direito fundamental à igualdade previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição.

Há uma boa razão para se destinar aos estudantes negros uma cota de vagas no ensino superior? Em favor de medidas de ação afirmativa¹⁶ como essa, invoca-se frequentemente a igualdade (ROCHA, 1996, *passim*; GOMES, 2001b, p. 130-134), não em sua acepção dita formal (de igual tratamento pela lei), mas sim entendida como *igualdade material* (GOMES, 2001b, p. 132; SILVA, 1998, p. 134-141). O significado desta última expressão, contudo, é algo a ser esclarecido.

Igualdade material (ou substancial) tem habitualmente o sentido de igualdade de fato, isto é, de uma igualdade observável empiricamente, em oposição à igualdade de tratamento legal (PERLINGIERI, 1999, p. 44). De que tipo, porém, é a igualdade de fato almejada pela reserva de vagas para negros

em Universidades? Três respostas a essa pergunta podem ser imaginadas. Para a primeira, a igualdade a ser perseguida é a de representação dos grupos raciais. Em uma sociedade na qual cinquenta por cento dos indivíduos são negros, essa espécie de igualdade será alcançada no ensino superior caso um idêntico percentual de vagas seja ocupado por estudantes negros, o mesmo valendo para as demais raças. A segunda resposta se refere à igual probabilidade de acesso à Universidade. Ela não se refere, como a anterior, ao resultado dos testes de admissão, mas, tão-somente, à probabilidade de se obter sucesso nesses testes. A igualdade será realizada caso essa probabilidade seja a mesma, ao nascer, para todos os cidadãos. Por fim, é também possível aludir à igualdade de fato como igual probabilidade de obter posições vantajosas em geral, não necessariamente associadas à formação universitária. Consideram-se, então, as chances para a conquista de bens diversos como renda, postos de trabalho e auto-estima.

Qualquer uma dessas respostas pode-se prestar à justificação das cotas para negros em Universidades, contanto que: a) a igualdade em questão se mostre desejável; e b) as cotas sejam capazes de promovê-la.

A reserva de vagas para negros em Universidades não apenas satisfaz à idéia de igual representação racial, como é, sem dúvida, o meio mais seguro para alcançá-la (ao menos, evidentemente, no que respeita aos negros). Mesmo que surjam dificuldades para a classificação dos candidatos, a melhor maneira de chegar ao resultado ambicionado pela mencionada idéia de igualdade – o de que a ocupação de vagas por um grupo racial se faça de acordo com o seu respectivo percentual populacional – consiste em reservar o número correspondente de vagas a indivíduos pertencentes a esse grupo. A questão se resume, então, a saber se esse tipo de igualdade é algo que valha a pena perseguir.

E a resposta é não. Se a espécie de igualdade material invocada em favor das cotas

para negros em Universidades for entendida como igualdade de participação (isto é, proporcional à população) dos vários grupos raciais nos cursos do ensino superior, essas cotas não se poderão considerar justificadas. Isso porque a separação de seres humanos em grupos de acordo com a raça é arbitrária, tal como seria a que tivesse por base qualquer outra característica de origem genética, como sexo, estatura ou cor dos olhos. Que a lei não deva favorecer ou prejudicar ninguém *somente* em razão de alguma dessas características é algo entre nós incontrovertido, e decorre dos citados arts. 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição. Essa proibição é infringida ao se distribuírem certos bens a grupos (isto é, ao se considerar o grupo, em vez do indivíduo, para a distribuição) constituídos unicamente em virtude da cor da pele, já que, desse modo, dá-se ensejo a que alguém alcance uma vantagem (ou a que deixe de alcançá-la) devido apenas a uma característica pela qual não é responsável.

O ideal da igual representação racial é, portanto, em si mesmo odioso, porque leva a distribuição de bens (no caso examinado, as vagas em cursos de ensino superior) a ocorrer entre grupos formados com base em um critério moralmente irrelevante, que influiria, dessa maneira, sobre a situação de cada pessoa considerada isoladamente.

Atente-se, porém, para uma possível defesa da igual representação de raças no ensino superior, capaz de suscitar dúvida sobre o recém-afirmado. Como a inteligência é o que habitualmente se tem em conta na seleção dos candidatos, e os indivíduos de uma raça são, em média, tão inteligentes quanto os de outras (nada há, pelo menos, que demonstre o contrário), o ínfimo percentual de negros nas Universidades brasileiras deve ser atribuído a outros fatores (como a escravidão, a injusta distribuição da renda, a má qualidade do ensino médio gratuito, etc.) que não a aptidão intelectual. Sendo esses outros fatores perversos, dever-se-ia ignorá-los, destinando aos negros a quanti-

dade de vagas que obteriam, presumivelmente, caso tais fatores desaparecessem.

Essas observações não bastam para justificar o ideal de igual representação racial, e convém explicar por quê. O argumento exposto no parágrafo anterior somente é atrativo porque alude a uma igualdade distinta da que se tinha em vista, e que é perturbada pelos fatores mencionados. Sem esses fatores, a proposta de reserva de vagas perderia sua plausibilidade: suponha-se que o percentual de estudantes ruivos nas Universidades brasileiras fosse, inexplicavelmente, muito inferior ao da população respectiva. Não há nenhuma evidência de que os ruivos sejam, em média, menos inteligentes do que as outras pessoas; nem por isso, pareceria correto destinar-lhes vagas. No atual caso brasileiro, a diferença entre ruivos e negros está em que os últimos reconhecidamente sofrem, com maior frequência, os efeitos de práticas e estruturas sociais que dificultam o acesso de certas pessoas ao ensino superior. É, portanto, da igualdade abalada por essas práticas e estruturas, e não de uma suposta aspiração à igual representação dos grupos raciais, que o argumento tira a sua força.

A conclusão, pois, é a de que as cotas para negros não podem basear-se em um princípio de igual representação racial no ensino superior, já que esse é um princípio espúrio. Daí não é se infira que essas cotas não devam ser instituídas, nem, tampouco, que elas não possam ser fixadas de acordo com o percentual da população negra em cada região, tal como requereria o princípio citado. Para se legitimar, contudo, a reserva de vagas precisa encontrar apoio em algum ideal (ou objetivo) distinto do até aqui examinado.

A espécie de igualdade material perseguida por medidas de ação afirmativa propícias à entrada de negros na Universidade pode ser concebida, em segundo lugar, como igual probabilidade (ou igual “oportunidade”)¹⁷ de acesso ao ensino superior. Dados estatísticos sugerem que as chances de ir

à Universidade no Brasil são muito menores para os negros. Se o aludido ideal de igualdade for genuíno, talvez as cotas raciais se justifiquem como meio para promovê-lo.

Uma igual probabilidade de acesso à Universidade é, todavia, algo difícil de almejar. Mesmo se abolidas as práticas que reduzem hoje em dia as chances de alguns indivíduos, sobretudo negros, frequentarem cursos de ensino superior, a igualdade aludida estaria longe de ser alcançada. A probabilidade de sucesso nos exames vestibulares, tal como atualmente realizados, depende dos dotes naturais de cada um, e não apenas de fatores sociais. Ainda, portanto, que eliminados esses últimos, as chances de admissão à Universidade não seriam as mesmas para todos.

A influência dos fatores naturais somente desapareceria caso se substituíssem os atuais testes de admissão por um sorteio. Em tal solução, todavia, não se cogita, em razão da já lembrada importância que a aptidão intelectual dos estudantes possui para os objetivos do ensino superior.

O inconveniente do apelo à idéia de igual probabilidade de acesso em favor da instituição de cotas para negros em Universidades está, pois, em que essa espécie de igualdade não é desejável. Além disso, as considerações recém-feitas indicam o quanto a adoção dessas cotas se mostra imprópria para que tal igualdade se obtenha. Se a metade da população é negra, e metade das vagas em Universidades for destinada aos negros, ainda assim as chances de ingresso variarão (por força, por exemplo, dos dotes intelectuais de cada um) de indivíduo para indivíduo, não importando se negro ou branco.

Poder-se-ia alegar que a raça é, não obstante, um dos fatores determinantes da frequência à Universidade no Brasil, pois as chances de obter instrução superior são, em média, menores para os negros. Por essa razão, as cotas promoveriam o ideal da igual probabilidade de acesso (ainda que sem re-

alizá-lo de todo), diminuindo a diferença entre os vários grupos raciais. O argumento falha, porém, ao não explicar por que certas diferenças de probabilidade têm de ser eliminadas, enquanto outras não.

Imagine-se que Pedro e João nasceram há exatos dezoito anos, e que haja condições de estimar as chances que cada um possuía, à época de seu nascimento, de um dia ir à Universidade. Suponha-se então que, mantidos os tradicionais testes de admissão, as chances de Pedro sejam duas vezes superiores às de João, e que a razão da diferença, tudo o mais considerado (dotes naturais, renda familiar, lugar de nascimento, etc.), está em que Pedro é branco e João, negro¹⁸. A instituição de cotas serviria, como afirmado, para dar cabo de tal diferença (ou, ao menos, para reduzi-la).

Avalie-se agora a hipótese em que Pedro e João sejam brancos, mantendo-se na mesma proporção a probabilidade (isto é, duas vezes maior para Pedro) de cada um chegar à Universidade, desta vez porque Pedro é intelectualmente mais bem dotado do que João. Qual é a razão para que se suprima (ou atenuie) a diferença entre as respectivas chances no caso anterior, e não neste último? Não pode ser uma razão que diga respeito à aleatoriedade da cor da pele, já que a aptidão intelectual inata também é determinada aleatoriamente.

O ideal da igual probabilidade de acesso à Universidade não pode ser levado a sério, portanto, a não ser que se desejem abolir todas as diferenças verificadas quanto a tal probabilidade (o que não parece ser o caso), distribuindo as vagas mediante um sorteio, ou que se possa explicar por que algumas dessas diferenças, e não outras, têm de ser eliminadas. Obviamente, a raça só determina as chances de admissão à Universidade por força de práticas sociais capazes de ser abolidas, enquanto a desigual dotação de talentos é algo que hoje ainda não se pode (e, no futuro, talvez não se queira) evitar. Todavia, ao se fixar a atenção sobre as chances que cada um possui de fre-

qüentar a Universidade, tratando de igualá-las por meio de cotas, o que alegadamente se persegue não é a supressão das práticas segregacionistas. Ao contrário, é apenas ao persistirem essas práticas que as cotas servirão à citada finalidade. Também a esse respeito, pois, o argumento da igualdade de chances é o mesmo para a raça e outros fatores de acesso à Universidade igualmente arbitrários mas mais difíceis de combater, como inteligência, renda familiar ou grau de instrução dos pais, já que não alude à supressão das causas da desigualdade, mas, tão-somente, à de suas conseqüências. Não importa, assim, que algumas dessas causas estejam sujeitas a ser combatidas, enquanto outras não¹⁹.

O que se acaba de afirmar não é mais uma vez o bastante para rejeitar as cotas em favor de estudantes negros. O propósito foi apenas o de salientar as dificuldades enfrentadas na tentativa de justificar essas cotas com o apelo à igual probabilidade de acesso à Universidade. Tais dificuldades se devem a que, com esse apelo, consideram-se somente os efeitos das práticas de segregação (e, entre esses efeitos, apenas os que se referem às chances de freqüentar a Universidade). Se as cotas para negros se destinam exclusivamente a dar cabo desses efeitos, seu *status* moral é o mesmo de outras medidas (como a do ingresso dos estudantes mediante sorteio) firmemente recusadas.

A terceira concepção de igualdade material propensa a embasar medidas de ação afirmativa favoráveis à admissão de negros em Universidades se refere à probabilidade de ocupar posições vantajosas, vinculadas ou não à formação superior. Essas posições são definidas pela posse de bens diversos, como emprego e renda.

Não se pode esperar, sem dúvida, que as chances de um cidadão ascender a determinado posto sejam as mesmas de todos os demais. Assim como as de ir à Universidade, essas chances variam de acordo com os talentos de cada um, e nenhuma medida capaz de abolir os efeitos da repartição de-

sigual de talentos (como a de designar a ocupação de cada indivíduo mediante sorteio) parece justificável. É admissível postular, no entanto, que a disputa por posições vantajosas não sofra a influência de práticas ou estados de coisas indesejáveis e capazes de ser suprimidos, como, por exemplo, a má distribuição de renda e a segregação racial²⁰.

Esta última concepção de igualdade é, portanto, limitada, já que não alude à total paridade de chances, mas, tão-somente, à desaparecimento das diferenças decorrentes de certos fatores. A defesa de cotas para negros suscetível de ser feita com base em tal concepção é essencialmente distinta da anterior, em razão de não se tratar agora da supressão das diferenças na probabilidade de acesso à Universidade, mas da de suas causas. A reserva de vagas para negros em Universidades se presta a realizar o ideal da igual probabilidade de ascender a posições vantajosas à medida que sirva para pôr fim a um fator, o da discriminação racial, por força do qual a disputa por essas mesmas posições, atualmente, mostra-se desleal²¹.

A instituição de cotas em Universidades é um meio adequado à eliminação da segregação racial? A pergunta tem de ser entendida segundo o princípio de igualdade por último aludido: o que se deseja saber, portanto, é se as referidas cotas farão desaparecer práticas que atualmente dificultam para os negros a obtenção de posições vantajosas.

Para responder a essa questão, faz-se necessária uma investigação empírica acerca dos resultados das políticas de ação afirmativa. Essa investigação, naturalmente, ainda precisa de tempo para ser realizada. Somente haverá condições de avaliar os efeitos da reserva de vagas para negros nas Universidades brasileiras depois que ela tiver sido adotada por alguns anos. Antes disso, qualquer juízo a esse respeito será apressado. Há boas razões para supor que as cotas estimularão práticas perversas de discriminação racial, já que, além de salientar a diferença entre brancos e negros, insi-

nuam a inferioridade destes últimos, podendo disseminar a idéia de que bacharéis de cor negra são menos capazes do que os demais (FRASER, 2001, p. 278). Se isso ocorrer, concluir-se-á que as cotas contrariam, em lugar de promover, a concepção de igualdade por último considerada. Essa, no entanto, é apenas uma suposição. Uma medida que facilite a admissão de negros por instituições de ensino superior, levando-os, após algum tempo, a ocupar posições de prestígio com mais freqüência, também é capaz de contribuir para que se elimine (ou, pelo menos, abrande) o preconceito racial alimentado hoje em dia pela subalternidade a que se vê reduzida quase que invariavelmente a população negra²².

No começo desta seção, afirmou-se que uma diferença de tratamento associada à raça, desde que justificada, é tolerável e não viola a Constituição. Tal justificativa poderia ser obtida por meio do ideal de igualdade material (substancial ou de fato)²³ explorado em três versões diferentes ao longo das últimas páginas. Dessas três versões, contudo, apenas a última, relativa à probabilidade de alcançar posições vantajosas em geral, não necessariamente vinculadas à formação universitária, propicia fundamento à instituição de cotas para negros em Universidades, e mesmo assim sob a condição de que essa medida sirva à eliminação das práticas segregacionistas que atualmente reduzem, para a população negra como um todo, a referida probabilidade.

A razão para a adoção das cotas não se relaciona, portanto, ao bem-estar dos estudantes cujo acesso à Universidade será desse modo facilitado, mas à realização, favorável à população negra em geral, de um direito a que as chances de ascensão a determinadas posições não sofram a influência de práticas sociais perversas como as de discriminação racial²⁴. Até que a experiência convença do contrário, a reserva de vagas para negros em instituições de ensino superior parece um dos instrumentos para a satisfação desse direito. Isso não significa

que esse instrumento deva ser utilizado (e que, em consequência, o não-emprego do critério racial para a seleção dos estudantes universitários seja contrário à Constituição), mas, tão-somente, que é lícito fazê-lo.

2. O projeto nº 3.627/2004

Encerra-se este estudo com uma avaliação do projeto para a fixação de cotas em instituições públicas federais de ensino superior (projeto de lei nº 3.627/2004) apresentado recentemente pelo Poder Executivo. Esse projeto prevê, inicialmente, uma cota correspondente a cinquenta por cento das vagas destinadas aos estudantes que freqüentaram escolas públicas durante todo o período do ensino médio (art. 1º)²⁵. Em seguida, estabelece subcotas (compreendidas na cota recém-referida) para pretos, pardos e indígenas²⁶ de acordo com o percentual das respectivas populações em cada estado (art. 2º)²⁷.

Na parte anterior deste estudo, defendeu-se como admissível o emprego concomitante de critérios diversos para a seleção de estudantes universitários, não obstante o que possa sugerir o art. 208, V, da Constituição. Esses critérios podem levar em conta características dos candidatos tais como sexo, idade, cor da pele e *procedência escolar*, contanto que haja boas razões para tanto.

A respeito da reserva de vagas para negros em Universidades, o citado projeto suscita comentários a dois tópicos: o primeiro é o de essas vagas estarem incluídas na cota destinada aos alunos de escolas públicas, favorecendo, dessa maneira, apenas os estudantes negros que tenham freqüentado estas últimas, enquanto o segundo se refere à quantidade das vagas e à sua relação com o percentual da população negra em cada região.

Quanto ao primeiro tópico, poder-se-ia aduzir em favor do projeto nº 3.627/2004 que os estudantes negros oriundos de escolas públicas são os que possuem menor probabilidade de ingressar na Universidade em

comparação com os estudantes brancos em geral e com os negros saídos de escolas particulares, estando aí a razão para que sejam beneficiados por uma cota. Observou-se na seção precedente, contudo, que a justificativa para o uso de um critério racial na admissão de alunos à Universidade não se relaciona com a igual probabilidade de acesso ao ensino superior, mas, sim, com a igualdade de chances de ascensão a posições vantajosas propiciada pelo fim das práticas discriminatórias²⁸. A hipótese aventada foi a de que a formação universitária leve futuramente um maior número de negros a posições de prestígio (além das já habituais, associadas à música e ao esporte), contribuindo, assim, para o gradual desaparecimento das práticas citadas. Trata-se, em suma, de forjar uma sociedade indiferente à raça (*color blind*) pela promoção de negros a postos geralmente cobiçados.

A reserva de vagas unicamente para os alunos negros formados em escolas da rede pública só seria aceitável, portanto, se houvesse algum indício de que o propósito de pôr fim às práticas de segregação será mais bem alcançado mediante a admissão à Universidade desses alunos, e não de outros, também negros, provenientes de escolas particulares. À falta de um indício assim (é difícil vislumbrar algum), é lícito concluir que as cotas devem ser destinadas aos estudantes negros em geral.

No que se refere ao percentual de vagas atribuído aos negros, correspondente ao da respectiva população em cada estado, o art. 2º do projeto em análise pode parecer influenciado pelo ideal de igual representação racial²⁹. Como esse é um ideal pouco atraente³⁰, deve-se examinar se a norma citada também se coaduna com a espécie de igualdade (quanto às chances de ocupar posições vantajosas em geral, não necessariamente atreladas à formação universitária) capaz de dar fundamento à política de cotas.

A extinção das práticas de segregação mediante o ingresso de um maior número de negros na Universidade (e a sua conse-

qüente ascensão a posições de prestígio) pode ser alcançada sem que o percentual de estudantes negros equivalha ao da população respectiva. Não é preciso observar tal equivalência, a menos que se pretenda levar a sério o ideal da igual representação dos grupos raciais (o que, como já dito, não é o caso). No entanto, se o objetivo das cotas é o de criar uma sociedade indiferente à raça, o número de indivíduos negros bem situados talvez não possa ser muito inferior em proporção ao do percentual de negros na população. Do contrário, corre-se o risco de que esses indivíduos continuem sendo tratados como excêntricos, casos à parte (estigmatizados, possivelmente, pelas cotas) insuficientes para dar cabo da discriminação.

A fixação da cota segundo o percentual populacional pode ser admitida, portanto, com base no princípio da igual probabilidade de acesso a posições vantajosas. Esse princípio não impede, todavia, que o percentual de vagas destinado aos negros seja inferior ao da população respectiva, o que talvez pareça conveniente se forem considerados os outros objetivos do ensino superior³¹.

Examinar-se-á, finalmente, o critério da procedência escolar previsto no art. 1º do projeto nº 3.627/2004. De acordo com esse critério, ao menos cinquenta por cento das vagas de instituições federais de ensino deverão ser ocupadas por alunos advindos de escolas públicas. Deixando de lado a preocupação com a raça (já que parte dessas vagas também se destina a alunos brancos), a questão agora é a de saber se é correto dispensar tratamento diverso aos candidatos à Universidade em razão de sua origem escolar.

Algumas das observações anteriores acerca da reserva de vagas para negros são úteis aqui. Assim como estes últimos, os estudantes provenientes de escolas públicas (muitos dos quais negros) parecem dispor hoje em dia de chances menores de acesso à Universidade se comparados aos alunos de escolas particulares. A estipulação de uma

cota serviria, como no caso dos negros, à redução dessa diferença.

Lembre-se, contudo, que as cotas para negros só devem ser aceitas caso se mostrem aptas a combater a causa da diferença entre brancos e negros quanto à probabilidade de freqüentar a Universidade (a discriminação racial), e não a diferença em si mesma. A razão disso está em que a cor da pele constitui um fator moralmente tão irrelevante quanto outros (como, em especial, a inteligência) cuja influência para a admissão à Universidade não se almeja abolir.

A desigualdade quanto às chances de freqüentar instituições de ensino superior entre os alunos de escolas públicas e particulares também se deve a práticas sociais perversas, relacionadas, por exemplo, à má qualidade do ensino na rede pública e ao ingresso precoce dos jovens de famílias de baixa renda no mercado de trabalho. A exemplo da cota racial, no entanto, a adoção de uma cota em favor dos estudantes da rede pública se justifica se contribuir para o aniquilamento das referidas práticas, mas não se destinada apenas a atenuar-lhes os efeitos.

A disposição contida no art. 1º do projeto nº 3.627/2004 é apropriada ao combate das causas da desigualdade entre alunos das redes de ensino pública e particular no que respeita às chances de acesso à Universidade? É bem provável que o intuito dessa disposição seja outro, o de oferecer uma mera compensação pelo prejuízo advindo da desigualdade. Não se afirma, com isso, que os autores do projeto estejam satisfeitos com as práticas que atualmente põem os estudantes de escolas particulares em vantagem sobre os demais, mas, sim, que, possivelmente, não pretendem eliminar tais práticas por meio da reserva de vagas. Nada impede, porém, que a cota para alunos da rede pública se preste a combater os fatores da diferença entre os dois grupos de estudantes, ainda que outro seja o fim ao qual se propôs. Isso ocorrerá se as vagas reservadas servirem de estímulo àqueles aos quais se

destinam, levando-os a se prepararem mais para os exames vestibulares. Um aumento do interesse pela formação universitária também é capaz de provocar mudança em certos hábitos familiares (animadas pelo aumento das chances de ingresso na Universidade, famílias de baixa renda podem assegurar aos filhos um maior tempo de estudo) e de apressar a melhora do ensino oferecido pelas escolas públicas.

Como as que se referem ao fim da segregação racial, tais conjecturas só poderão ser confirmadas algum tempo depois de implantada a cota em questão (caso ela seja, de fato, implantada). Até que a experiência permita um juízo mais seguro, a reserva de vagas para alunos de escolas públicas deve-se ter como admissível³².

Conclusões

1) O uso do critério do saber para o ingresso de estudantes em instituições de ensino superior não pode ser justificado com apelo à noção de mérito. Se esse critério é defendido com base em considerações utilitaristas, não há nada que assegure seu emprego exclusivo, como também se pode depreender da interpretação do art. 208, V, da Constituição.

2) O princípio da igual representação racial deve ser rejeitado, pois vincula a distribuição de bens (no caso, as vagas em Universidades) a grupos constituídos de acordo com características genéticas e, em consequência, moralmente arbitrarias.

3) A instituição de cotas para negros não deve, tampouco, relacionar-se ao propósito de proporcionar chances iguais de acesso à Universidade. Esse acesso é mais provável para alguns indivíduos do que para os demais em virtude de outros fatores (como, em especial, a inteligência) moralmente tão irrelevantes quanto a raça, cuja influência, entretanto, não se deseja combater.

4) O ideal de igualdade por meio do qual se legitima o uso do critério racial para a seleção de estudantes universitários é o que

se refere à probabilidade de ascender a posições vantajosas em geral, não necessariamente atreladas à instrução superior. As cotas para negros serão de aceitar caso ajudem a pôr fim a práticas discriminatórias que atualmente diminuem, para esses indivíduos, a mencionada probabilidade. A eficácia dessas cotas somente poderá ser avaliada, contudo, depois que elas estiverem implantadas há algum tempo.

5) Ao contrário do que prevê o projeto de lei nº 3.627/2004, as cotas para negros, se estabelecidas, não devem ser destinadas apenas aos alunos oriundos de escolas públicas.

6) O critério da procedência escolar previsto no art. 1º do citado projeto somente é de admitir caso contribua para a eliminação de práticas (tais como as associadas à má qualidade do ensino médio público) que reduzem hoje em dia a chances de ingresso na Universidade para os alunos das escolas públicas, mas não se servir apenas para compensar o prejuízo advindo dessas mesmas práticas.

Notas

¹ Como “negros” se designam, de acordo com o usual, os indivíduos de cores preta e parda.

² Além de destinar cinquenta por cento das vagas de instituições públicas federais aos estudantes oriundos de escolas públicas (art. 1º), o projeto de lei nº 3.627/2004 também determina que parte dessas vagas seja reservada a pretos, pardos e indígenas de acordo com o percentual das respectivas populações em cada estado (art. 2º).

³ Foi o que ocorreu no célebre caso *Regents of the University of California v. Bakke*, apreciado pela Suprema Corte dos E.U.A. no fim da década de 70 (438 U.S. 265 [1978]). Allan Bakke, um estudante branco pretendente a uma das vagas do curso de medicina da Universidade da Califórnia, em Davis, insurgiu-se contra medida que destinava dezesseis dos cem lugares disponíveis a candidatos negros ou de outras populações minoritárias, alegando violação do direito a igual tratamento (*equal protection of the laws*) previsto na 14ª Emenda à Constituição norte-americana. A decisão, favorável a Bakke, considerou proibida a estipulação de cotas, admi-

tindo, no entanto, que a raça fosse tida como um dos fatores para o ingresso em instituições de ensino superior. (Cf. DWORKIN, 2002a, p. 386-387). Uma versão em português desse julgamento se encontra em Gomes (2001a, p. 245-295). Para uma exposição minuciosa sobre o caso, ver Menezes (2001, p. 98-106). Mais recentemente, a Suprema Corte norte-americana confirmou o entendimento recém-aludido no julgamento do caso *Grutter v. Bollinger* (123 S. Ct. 2325 [2003]).

⁴ O princípio da diferença é um dos dois princípios de justiça de Rawls. De acordo com ele, as desigualdades entre os integrantes de uma sociedade devem ser toleradas apenas à medida que se mostrem vantajosas para todos, inclusive para os menos favorecidos, e desde que estejam relacionadas a posições ou ocupações abertas a todos (*open to all*). Além do conteúdo formal expresso no texto, a parte final do princípio da diferença também requer medidas para evitar que a má distribuição de recursos impeça o acesso de alguns indivíduos a certas posições. (RAWLS, 1999, p. 63).

⁵ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)” “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (...)”

⁶ O debate sobre o significado da palavra raça ainda está em curso. No Supremo Tribunal Federal, esse debate foi trazido à tona recentemente no exame do *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS (julgamento encerrado em 17/09/2003, decisão publicada no Diário da Justiça de 19/03/2004), em que a questão, respondida ao final afirmativamente, era a de saber se uma prática ofensiva a judeus poderia ser tida como racista. Não obstante o interesse que é capaz de suscitar, a pergunta sobre se há ou não uma raça negra é irrelevante para o tema deste estudo. Ainda que brancos e negros pertençam à mesma raça, o importante é que haja o costume (como, de fato, há) de assim os distinguir. Essa distinção, tradicional em nossa sociedade, pode servir para justificar medidas em favor de um dos grupos (é de se rejeitar, assim, a sugestão de que, em não havendo diversas raças humanas, a reserva de vagas para negros em Universidades ou na Administração Pública deve ser considerada, apenas por esse motivo, descabida). (Cf. GOMES JR., 2003, p. 93-94).

⁷ É o que salienta Rawls (1999, p. 87) em sua defesa do princípio da diferença (v., “supra”, a nota 5): “No one deserves his greater natural capacity nor merits a more favorable starting place in society. But, of course, this is no reason to ignore, much less to eliminate these distinctions. Instead, the basic structure can be arranged so that these contingencies work for the good of the least fortunate. Thus we are led to the difference principle if we wish to set up the social system so that no one gains or loses from his arbitrary place in the distribution of natural assets or his initial position in society without giving or receiving compensating advantages in return.”

⁸ O argumento é de Dworkin (1985, p. 294).

⁹ Não é objetivo de Sandel (1998, p. 144) o de demonstrar a insustentabilidade das cotas, nem, tampouco, o de refutar o argumento de Dworkin. Para ele, trata-se apenas de chamar a atenção para a necessidade de que esse argumento se faça acompanhar por uma concepção de comunidade capaz de justificar o “sacrifício” de alguns em favor dos demais (SANDEL, 1998, p. 142-147). Barzotto (2003, p. 54), no entanto, vale-se das considerações de Sandel para concluir pela incompatibilidade com a Constituição brasileira da reserva de vagas para negros em Universidades: “políticas de ação afirmativa (...) são inconstitucionais do ponto de vista da justiça social, na medida em que, a pretexto de estabelecer a igualdade, violam a dignidade dos envolvidos, (...) por reduzi-los à condição (...) de meio”.

¹⁰ Kant (1960, p. 69): “O imperativo prático será pois o seguinte: age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”

¹¹ Barzotto (2003, p. 54): “os próprios beneficiários do programa foram tratados, na seleção, como meios para um fim estranho à Universidade.”

¹² Emprega-se a palavra “direito” apesar de se tratar, neste caso, de uma vantagem conferida a alguém tão-somente em razão do benefício que proporciona à sociedade.

¹³ É a que parece apoiar Barzotto (2003, p. 50): “o ensino superior é regulado pelo art. 208, V. (...) Verifica-se que (...) há uma regra de distribuição do bem ‘participação nos níveis mais elevados de ensino’: a cada um segundo a sua capacidade. Ou seja, este não é um bem que a Constituição prescreva como indispensável à plena realização do ser humano, e por conseguinte, como algo que deve ser distribuído a todos. Ao contrário, (...) limita a oferta desses bens somente àqueles que demonstraram a capacidade para aproveitá-los. O direito ao ensino superior é, assim, um direito social de justiça distributiva, regulado pelo critério: ‘a cada um segundo a sua capacidade’.”

¹⁴ O que o texto afirma, em resumo, é que, ao se sustentar o critério do saber apenas em um argumento de política (e não em argumentos de princípio), falta a justificativa para que tal critério se imponha por meio da Constituição. Sobre a distinção entre argumentos de política e de princípio, ver DWORKIN (2002b, p. 129).

¹⁵ Ver, entretanto, Hasnas (2002, p. 516-525). O autor alerta para o risco de que diferenças de tratamento com base em raça, sexo, religião ou origem sirvam, de fato, à opressão de certos grupos, mesmo quando alegadamente estabelecidas para fins legítimos. Propõe, por isso, uma rigorosa interpretação da cláusula de igual tratamento contida na 14ª Emenda à Constituição norte-americana, pela qual se considere proibida quase toda medida discriminatória que se valha das características citadas. Embora fundado o temor manifestado por Hasnas, sua conclusão é, no entanto, exagerada.

Contra a afirmação de que qualquer distinção de tratamento associada à raça é inconstitucional segundo o Direito norte-americano, ver Dworkin (2002b, p. 348-369). Sobre o princípio constitucional da igualdade, consulte-se ainda Alexy (2001, p. 385): "(...) el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los respectos."

¹⁶ Por ação afirmativa se entende qualquer uma praticada em favor de um grupo de indivíduos tradicionalmente em posição de desvantagem, como negros, mulheres ou homossexuais.

¹⁷ Uma referência às ações afirmativas como meio para a promoção do "ideal de concretização da igualdade de oportunidades" se encontra em Gomes (2001b, p. 136). Ver também Junqueira (2002, p. 142).

¹⁸ Em outras palavras, as razões (por exemplo, a baixa auto-estima ou o risco de redução da renda familiar pelo desemprego prolongado) para que as chances de João sejam menores estão todas elas relacionadas à raça.

¹⁹ Uma razão imaginável para se mitigarem as diferenças vinculadas à raça, mas não as que se originam de dotes naturais, estaria em que, sendo as primeiras resultado de práticas sociais perversas, sua eliminação serviria à reparação do mal causado por essas mesmas práticas. Tal reparação seria, contudo, injusta, porque feita à custa de uns poucos (os candidatos à Universidade que teriam suas chances diminuídas em virtude das cotas) e em favor de apenas parte das vítimas da segregação racial (os indivíduos negros beneficiados pelas cotas). (Cf. GOMES, 2001a, p. 65).

²⁰ Assim se satisfaz a uma das partes do princípio da diferença rawlsiano (v., "supra", a nota 5), designada com a expressão *fair equality of opportunity*

(RAWLS, 1999, p. 63). Ela se traduz pela exigência de que não apenas as diferentes ocupações permaneçam formalmente abertas a todos, como também que aqueles com talentos e disposição similares conservem as mesmas chances de obtê-las.

²¹ Admitindo-se que a raça determine, por si só, as chances de alguém frequentar a Universidade no Brasil hoje em dia, é claro que o fim das práticas de segregação racial aumentaria essas chances para os negros. A abolição dessas práticas pode-se destinar, não obstante, a satisfazer à igualdade mais ampla (relativa à probabilidade de alcançar posições favoráveis) mencionada no texto.

²² Os resultados das medidas de ação afirmativa estão atualmente em discussão nos E.U.A., lugar em que as mesmas medidas já vêm sendo implantadas há algumas décadas. A esse respeito, o principal estudo parece ser o de William G. Bowen e Derek Bok, *The shape of the river: long-term consequences of considering race in college and university admissions* (1998), com conclusões favoráveis às ações afirmativas na área educacional (Cf. DWORKIN, 2002a, p. 387-400). Embora instrutivo, o debate norte-americano sobre os efeitos de políticas favoráveis ao ingresso de negros em Universidades (e de outras políticas similares) deve ser avaliado com cautela, já que é nítida a diferença entre as formas de discriminação racial observadas naquele país e no nosso.

²³ A ênfase sobre a igualdade levou a que se deixassem de lado considerações utilitaristas favoráveis às ações afirmativas. Sobre considerações desse tipo, ver Dworkin (2002b, p. 358). Não é verdade, porém, que as razões de Dworkin (2002b, p. 368) em favor das ações afirmativas sejam exclusivamente utilitaristas: "os argumentos favoráveis a um programa de admissões que discrimine em favor dos negros são ao mesmo tempo utilitaristas e de ideal. (...) Os argumentos de ideal não se baseiam em preferências, mas sim no argumento independente de que uma sociedade mais igualitária será uma sociedade melhor, mesmo se seus cidadãos preferirem a desigualdade."

²⁴ Trata-se, como já observado (v., "supra", a nota 21), de um direito decorrente do princípio da diferença rawlsiano.

²⁵ "Art. 1º As instituições públicas federais de educação superior reservarão, em cada concurso de seleção para ingresso nos cursos de graduação, no mínimo, cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas."

²⁶ A subcota para índios merece considerações à parte. Ela será deixada de lado no que segue.

²⁷ "Art. 2º Em cada instituição de educação superior, as vagas de que trata o art. 1º serão preenchidas por uma proporção mínima de autodeclarados negros e indígenas igual à proporção de pre-

tos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.”

²⁸ Empregando os termos de Fraser (2001, p. 265-266), as cotas se justificam como parte de uma política de transformação, não de afirmação.

²⁹ Ainda que esse percentual diga respeito a apenas metade do total de vagas oferecidas.

³⁰ V., “supra”, seção 1.2.

³¹ A preocupação com o desempenho dos estudantes favorecidos pelas cotas poderia ser atendida com a estipulação de um escore mínimo a ser atingido para preenchimento do todo ou de parte das vagas oferecidas.

³² Admissível, não necessária. Assim como as práticas de discriminação contra os negros, é possível tentar suprimir as que atualmente desfavorecem os estudantes da rede pública de várias maneiras, sendo a instituição de cotas em universidades apenas uma delas.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 17, p. 15-56, 2003.
- BOWEN, William G.; BOK, Derek. *The shape of the river: long-term consequences of considering race in college and university*. Princeton: Princeton University Press, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.
- _____. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002a.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.
- FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento?: dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 245-282.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Ação afirmativa: cota obrigatória para a população negra: projeto de lei municipal 111/202 da cidade de Bebedouro-SP: análise da sua constitucionalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 811, p. 89-95, 2003.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade* o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a.
- _____. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 38, v. 151, p. 129-152, 2001b.
- HASNAS, John. Equal opportunity, affirmative action, and the anti-discrimination principle: the philosophical basis for the legal prohibition of discrimination. *Fordham Law Review*, New York, v. 71, p. 423-542, 2002.
- JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Discriminação racial, políticas de ação afirmativa: universidade e mídia. *Linhas Críticas*, Brasília, v. 14, p. 139-153, 2002.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica das costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.
- MENEZES, Paulo Lucena de. *Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 15, p. 85-99, 1996.
- SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Ação afirmativa e o direito: um meio para se eliminar a exclusão social decorrente da discriminação racial. *Ciência & Direito: Revista Jurídica da FIC-UNAES*, Campo Grande, v. 1, p. 125-141, 1998.

A obrigatoriedade da denúncia da lide nas demandas resultantes da responsabilização patrimonial extracontratual do Estado por danos causados a terceiros

João Batista Marques

Sumário

Introdução. 2. Considerações preliminares. 3. Aproximação conceitual. 4. Marco legal. 5. Posicionamento doutrinário. 6. A jurisprudência. 7. Articulação de opiniões. Conclusão. Anexo.

Introdução

Este esforço, sobre o qual resultou o presente texto, responde à necessidade de se produzir uma reflexão que tenha por desiderato servir de base para a promoção de um processo de debate acerca de tema tão candente na seara do Direito Administrativo, com a pertinência relacionada ao conteúdo da necessidade de intervenção legislativa, que propugne por um tratamento mais igualitário na relação do Indivíduo com o Estado-Administração.

O tema a ser tratado, na reflexão em tela, reivindica o aprendizado da sistemática da Ciência Jurídica e a conseqüente posta em prática dos modernos conceitos do Direito Administrativo. Tendo por enfoque a busca de um procedimento que facilite não somente o acesso à Justiça, como também agilize a entrega da prestação jurisdicional do Estado, visando ter como ferramenta útil à implementação de possível solução para um problema suscitado no âmbito da matéria legislada.

O que se pode vislumbrar sobre a temática administrativista é que se trata de um fenômeno multifacetado, complexo, e que não se exaure pela simples verificação dos seus

João Batista Marques é Advogado e Professor, Especialista em Direito Legislativo pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul e Universidade do Legislativo Brasileiro – Unilegis, Brasília, Mestre pela Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas - FIIAPP, Madrid, Espanha, e Doutorado em Direito Constitucional pela Universidad Complutense de Madrid, Espanha.

aspectos intrínsecos. Mas, tal realidade constitui toda uma formulação de premissas, princípios, preceitos, contingências e estruturas que envolvem a entidade estatal e a sociedade.

De modo que, trabalhar com essa perspectiva do Direito Administrativo, demonstra o quanto se pode interferir nos mecanismos postos, a fim de aperfeiçoá-los, aprimorá-los, e dar maior factibilidade a uma atuação da Administração Pública que esteja mais voltada para a consolidação de um eficaz Estado Democrático de Direito.

Em tempo recente, e essa situação passada não se há exaurido, uma vez que os seus efeitos perduram, o ex-presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro Paulo Costa Leite, com ampla divulgação pela imprensa, manifestava-se sobre a atual situação em que se encontrava a Justiça Federal. Diagnosticava, o insigne Presidente, o assombroso volume de causas pendentes de solução judicial, não só naquela Alta Corte, mas em toda a Justiça brasileira. Acrescentava, ainda, que, assoberbada por causas de ações cujos valores, muitas vezes, chegam a beirar o irrisório, a Justiça nacional estava sem condições materiais para bem desempenhar o seu mister.

Diante de quadro tão caótico, o que se pode perceber é que essas causas de pouca complexidade e de valores ínfimos, ao terem que obedecer aos mesmos trâmites de causas mais complicadas, demoram muitíssimo para serem resolvidas, prejudicando seus autores, ao tempo em que, numericamente superiores, emperram o andamento das demais.

É cediço que, a causa da morosidade da Justiça não se prende, única e exclusivamente, ao acúmulo de causas demandadas em face de ofensa a direitos subjetivos. Porém, a questão envolve outros fatores de ordem financeira, econômica, de recursos humanos, de regulação procedimental. O que leva à inferência de que não se trata, apenas, de uma situação contingencial, mas também, diga-se de passagem, estrutural.

Diante de um obstáculo material de incontestável significância, é que se faz mister formular dita reflexão. Notadamente, uma reflexão que seja capaz de gerar e possibilitar a discussão e o debate em torno da criação legislativa de um mecanismo que enfrente, com uma solução inteligente, o problema que constitui a razão de ser deste trabalho, qual seja: o da denunciação da lide, que já se encontra prevista no atual Código de Processo Civil, no âmbito da Administração Pública, quando esta estiver sendo acionada pelo particular que busca ressarcir-se de prejuízo causado por agentes públicos, nessa qualidade.

Naturalmente, que a medida proposta não servirá de panacéia para os problemas estruturais de todo o Poder Judiciário, mas, seguramente, trará maior celeridade na prestação jurisdicional específica, e agilizará a solução dos conflitos que envolvem a Administração, seus agentes e o particular.

Não se pode, sem dúvida, olvidar que já existem alguns projetos tramitando no Congresso sobre a matéria, o que só demonstra a relevância e a pertinência que tem para a sociedade a existência de uma atuação estatal mais célere, no que diz respeito às reparações daqueles danos que leva a efeito.

Entretanto, urge isolar a questão, meditar e propor, o mais rápido possível, as políticas públicas legislativas necessárias, para modernizar a justiça brasileira, desburocratizando-a e resgatando-a em sua nobreza para a opinião pública, e, pragmaticamente, fazendo com que o cidadão lesado pela Administração Pública seja ressarcido. E a sociedade, em razão da atividade estatal governativa, não arque com o prejuízo causado por um de seus agentes.

De sorte que, para buscar e encontrar as soluções que dão eficácia e eficiência às decisões judiciais, há que por de manifesto o problema, o que corresponderia, em última *ratio*, a um diagnóstico. E que como prognóstico idealizar procedimentos que fortaleçam a segurança jurídica e a estabilidade para os jurisdicionados.

Ademais, sendo de boa índole a todos os operadores do Direito, que promovam o bom debate, pois estarão prestando um grande serviço ao aperfeiçoamento da Justiça, possibilitando o atendimento, com maior rapidez, do cidadão que precisa se socorrer da Justiça para o recebimento do que lhe é devido.

2. Considerações preliminares

O tema, evidentemente, ao olhar desarraigado, pode acalantar uma feição tormentosa, em face dos seus mais diversos aspectos políticos, jurídicos, econômicos, etc. Não há, por outro lado, unanimidade no que respeita ao posicionamento da doutrina. A jurisprudência nos tribunais, todavia, ainda não se há firmado.

O proposto exame objetiva fazer uma aproximação conceitual, sob a ótica jurídica, bem como traçar os lineamentos que os institutos da denunciação da lide e da ação regressiva têm merecido na ordem jurídica nacional, no que respeita à responsabilidade do Estado por atos de seus agentes.

O propósito de inovar na legislação pátria vislumbra a iniciativa que visaria a acrescentar ao art. 70 do Código de Processo Civil a figura da denunciação da lide nas ações movidas contra a Fazenda Pública em decorrência do instituto da Responsabilidade Civil do Estado por ato próprio ou de seus agentes.

À guisa de ilustração, a eventual e necessária propositura alteradora o Estatuto Processual Civil disporia, entre outros fundamentos, da virtude de que não é próprio do nosso modelo procedimental a postergação da prestação jurisdicional, pois esta deve almejar celeridade, com base na economia processual. Alusão feita ao fato de que se deve chamar, de pronto, o agente público que causou dano aos particulares, tendo em vista que isso é medida que se imporia para a solução plena, rápida e justa do conflito intersubjetivo de interesses.

A fundamentação cabível, no presente caso, remete ao assoberbamento do Poder

Judiciário no que concerne ao volume de litígios. E que a intervenção no ordenamento jurídico redundaria em uma interessante diminuição do fluxo de processos em todas as instâncias de julgamentos. Por uma razão muito simples, haja vista a junção, em um mesmo feito, da ação proposta pelo particular lesado, pela administração pública e pelo agente causador do dano. Desde logo, trazendo um aspecto pragmático, qual seja, a concentração em uma mesma linha de raciocínio a decisão final, facilitando e reduzindo, sobremaneira, o deslinde e o tempo com o curso do processo na via judicial.

3. Aproximação conceitual

A propósito da temática em questão, objeto do presente trabalho, três assuntos merecem destaque, pois constituem o cerne do problema que se pretende ver resolvido, a saber:

- a) a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, que, por ato de seus agentes, nessa exata qualidade, em razão de suas condutas, provoca diminuição no patrimônio do particular;
- b) a ação regressiva do Estado, que já restou condenado na ação principal e já indenizou a vítima, perante seu agente público causador do dano; e
- c) o instituto da denunciação da lide, quando o Estado é acionado pela vítima buscando reparar o seu prejuízo.

De acordo com Bandeira de Mello (2000, p. 853), a responsabilização do Estado deve ser assim enunciada:

“entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.

Em igualdade de pensamento, concorre Di Pietro (2000, p. 524), para quem:

“a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

A Ação de regresso, por sua vez, consiste na sub-rogação legal do direito de acionar legitimado em razão de uma condenação a que teve que arcar, em razão da responsabilidade que cabia àquele legitimado originariamente.

De acordo com Carvalho Filho (2001, p. 436), por direito de regresso, levando-se em consideração a órbita estatal, deve-se entender como aquele:

“assegurado ao Estado no sentido de dirigir sua pretensão indenizatória contra o agente responsável pelo dano, quando tenha este agido com culpa ou dolo”.

A denúncia da lide, segundo Nelson Nery Jr. (1997, p. 348),

“é a ação secundária, de natureza condenatória, ajuizada no curso de outra ação condenatória principal”.

No mesmo diapasão, Humberto Theodoro Jr. (1996, p. 125) preleciona que a denúncia da lide:

“é medida obrigatória, que leva a uma sentença sobre a responsabilidade de terceiro em face do denunciante, de par com a solução normal do litígio de início deduzido em juízo, entre autor e réu”.

Note-se, por oportuno, que já existe parâmetro jurídico-conceitual sobre a temática exposta, o que autoriza a tentativa de articulá-los em prol da empreitada jurisprudencial que redunde em solução para a temática suscitada.

4. Marco legal

A Constituição Federal albergou e possibilitou o direito de regresso a ser exercitado pela Administração Pública quando so-

frer condenação à reparação de danos oriundos da ação de seus agentes públicos ou privados, nessa qualidade, que derem causa a prejuízo a terceiros, conforme se depreende do dispositivo inserido sob a égide do art. 37, § 6º, CF/1988, que se transcreve, a seguir:

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

.....
§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A ação regressiva de que trata a Constituição Federal, no artigo retromencionado, tem disciplina infraconstitucional, regulada na Lei nº 8.112/90, Regime Jurídico Único dos Servidores Cíveis da União, em seu capítulo IV, Das Responsabilidades, do Título IV, que trata do Regime Disciplinar conforme o art. 122, § 2º, abaixo transcrito:

“Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º ...

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.”

Também se recorre ao conteúdo da Ação de Regresso¹, na esfera federal, cuja legitimação ativa cabe à Advocacia Geral da União, perante Tribunais Superiores e demais Tribunais. Nos Estados Federados e no Distrito Federal, cabe a propositura da respectiva ação às Procuradorias Regionais.

A denunciação da lide, a seu turno, encontra-se sob o pálio da legislação Processual Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, no capítulo VI, que trata da Intervenção de Terceiros, sob o Título II, que cuida das Partes e dos Procuradores, artigos 70 a 76.

5. Posicionamento doutrinário

O que se tem entendido, e aqui são renomados os autores que assim pensam, é que o Estado somente pode exercer o seu direito de regresso em ação própria (Ação Regressiva) contra o agente causador do dano após a finalização de processo judicial, caso não se resolva na órbita administrativa, após o trânsito em julgado da condenação. E mais, apenas após o efetivo pagamento do valor a que foi condenado, possivelmente, em créditos precatórios.

Dessa maneira, os autores que se vinculam a tal postulação afastam *in limine* a possibilidade do instituto processual da Denunciação da lide, previsto no art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil, por considerarem inaplicável à espécie em face de expressa vedação constitucional inserta no art. 37, § 6º, da Carta de 1988.

Entre esses renomados autores, pode-se citar Lúcia Valle Figueiredo (2001, p. 286), que entende que a Constituição Federal estaria sendo aviltada, caso fosse permitido que o instituto da denunciação da lide viesse a integrar para a solução do conflito intersubjetivo de interesses manifestado entre o Estado, por sua Administração, e o particular.

De igual opinião é o ilustre processualista Vicente Greco Filho, para quem o disposto no art. 70, III, do Estatuto Processual Civil é inaplicável ao caso concreto do agente, nessa qualidade, causador do prejuízo ao terceiro, considerando que tal instituto tão-somente poderia ser aplicado em face da figura do Garante, pois a culpa desse agente (subjetiva) só poder ser verificada posteriormente à solução do con-

flito instaurado entre a Administração e o lesado.

Bandeira de Mello (2000, p. 849), revendo o posicionamento anteriormente esboçado, envereda pela mesma linha de raciocínio, e afirma que trazer o agente causador do dano, pela denunciação da lide, para compor o mesmo processo instalado entre o Estado e o Particular redundaria em excessiva e desnecessária perda de tempo, o que causaria, certamente, maior prejuízo à parte que suportou o dano.

Socorre tal grupo de juristas com os argumentos relacionados com o fato de que tal conflito está albergado pela figura da Responsabilidade Objetiva do Estado pelo dano causado, ou seja, nesse tipo de responsabilização não se exige a comprovação de culpa da Administração, apenas o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo causado ao terceiro, enquanto que, naquilo que diz respeito à atuação do agente, a responsabilização deste somente poderia dar-se em processo judicial que lhe imputasse e comprovasse a culpa.

Impende colacionar, por lealdade intelectual, o entendimento oposto, que admoesta ser possível a utilização do instituto processual da denunciação da lide aos casos que envolvem a atuação da Administração Pública que, por seus agentes, ocasionam prejuízo a terceiros.

Embora não se possa, até o presente momento, dizer-se obrigatória essa espécie de chamamento ao feito em relação ao agente público, há de se convir que não é totalmente despicienda, e até mesmo recomendável e desejável, que se possa fazê-lo, como bem a clara Theodoro Jr. (1996, p. 128), como se transcreve:

“Se o art. 70, nº III, do CPC, prevê a denunciação da lide ‘àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda’; e se o texto constitucional é claríssimo em afirmar que o Estado tem ‘ação regressiva contra o funcionário respon-

sável' não há como vedar à Administração Pública o recurso à litisdenúnciação”.

Pedro Soares Muñoz, citado por Theodoro Jr. (1996, p. 128), afirma o pensamento autorizado de que não deve restar dúvida sobre a possibilidade de denúncia da lide, pois estar-se-ia tratando exclusivamente o art. 70, III, do Estatuto Processual Civil de uma norma de direito material, e não apenas processual, razão pela qual subsistiria a obrigatoriedade do dito comparecimento forçado ao processo daquele que causa o dano.

Nessa mesma linha de raciocínio, Lopes da Costa (1956) e Gasparini (1992, p. 612) que declinam da real necessidade de impor-se a denúncia do funcionário ao processo, em virtude do caráter eminentemente material do instituto que disciplina o tema, mesmo em se tratando da possibilidade de ação regressiva do Estado perante àquele servidor.

6. A jurisprudência

As decisões, no âmbito da Suprema Corte, estão-se consolidando, e indicam a direção de que não cabe a obrigatória denúncia da lide ao agente público que der causa ao dano quando a responsabilidade civil é dirigida contra o Estado², restando a via facultativa, isto é dizer que, ao fim e ao cabo, apenas não incorre em nulidade a ação indenizatória que se vale da denúncia da lide para trazer ao litígio o servidor público que causou o prejuízo.

No âmbito de competência do Superior Tribunal de Justiça, podem-se citar decisões que vislumbram a possibilidade, como se transcreve a seguir:

“Na ação reparatória, pode a entidade pública promover a denúncia da lide ao seu preposto, sem necessidade de atribuir-lhe, desde logo, culpa pela ocorrência”³.

Em outra feita, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP firmou entendimento que:

“Em ação de indenização por acidente de trânsito, a municipalidade deve denunciar a lide ao motorista, seu funcionário, para os fins de ação regressiva”.

Também cabendo invocar o instituto não só a Administração Pública do Estado, mas também ao terceiro lesado, conforme a seguir descrito em decisão do mesmo TJSP:

“o proprietário do veículo, sendo réu em ação de indenização por acidente de trânsito, tem o direito de chamar a juízo o seu preposto, apontado como causador do dano”.

7. Articulação de opiniões

O que decorre quando se provoca a denúncia da lide é que, procedimentalmente, há um acúmulo de ações, mais precisamente duas. E o que se pretende é o encurtamento da via decisória.

Pelo princípio da economia processual, as decisões proferidas judicialmente, em que estejam resguardados os elementos essenciais da precisão, da clareza e da objetividade jurídicas, sem embargo de prolação abreviada, redundam em uma prestação jurisdicional mais eficaz. Em consequência disso, evitar o gasto desnecessário com tempo e recursos, em relação à propositura de uma segunda ação judicial com o mesmo fundamento fático. É de importância extrema ressaltar que a questão controvertida já poderia ter tido o seu deslinde no curso do processo principal de reparação do dano.

Razão outra, bastante e suficiente, para a articulação de argumentos diante da obrigatoriedade de inserção da denúncia da lide para a solução da ação regressiva contra agente público em face da condenação do Poder Público nas ações de reparação de danos por responsabilidade patrimonial extracontratual é a aceitação do princípio processual da concentração dos atos, posto que parece mais consentâneo com o modelo procedimental adotado na legislação instrumental pátria.

Ainda, em socorro da proposta ora aventada, deve-se postular ao Poder Judiciário que preste, de forma justa, segura e rápida, a tutela dos direitos dos jurisdicionados, posto pelas máximas do Direito *quod non est in actis no est in mundo*, e ainda, *da mihi factum dabo tibi jus*. Ou dito de outra maneira, o que não está nos autos, não está no processo, e *a contrario sensu*, os problemas que já foram levados aos autos, até por autorização legal, merecem ser objeto de decisão judicial; e ao magistrado cabe o supremo saber extrair dos fatos que lhe foram dados a conhecer o direito cabível na espécie.

Portanto, e como bem ressalta Theodoro Jr. (1996, p. 127):

“o entendimento de que o fundamento da responsabilidade do Estado é o nexó objeto do dano, enquanto o da responsabilidade regressiva do funcionário é a culpa, *data venia*, não impede o exercício da denúncia da lide”.

Salta à vista, pelo que restou exposto, é que se deve propugnar, por ser medida salutar, pela inserção no ordenamento jurídico pátrio da figura da denúncia da lide, com caráter de necessidade, no caso em que couber, a ação regressiva do Estado em razão de eventual condenação em demandas oriundas da responsabilização patrimonial extracontratual do Estado.

Conclusão

A oportunidade de reflexão que defluiu da esquematização do tema, albergada pelos conceitos e ferramentas dados pelo Direito Administrativo, possibilita, sem sombra de dúvida, uma visão horizontal e vertical do fenômeno relacionado ao Estado e seus administrados. Pode-se imputar à feitura de tal esforço de reflexão uma racionalização do aprendizado, ou seja, à medida que se apreende o conteúdo da matéria objeto do Direito Administrativo, esse mesmo conteúdo serve de ferramental teórico para

a intervenção por meio de proposituras tendentes a transformar o estado de coisas instalado.

Resulta, certamente, em um processo de aquisição do conhecimento específico mais abalizado, em cujos instrumentos teóricos podem-se buscar as resoluções de dificuldades da gestão da coisa pública, ademais de tornar possível um aprofundamento nas questões relacionadas às funções estatais de gerir o bem-estar da coletividade.

É necessário, portanto, criar mentes atentas à busca do conhecimento abstrato, filosófico e indagativo. Ainda, deve-se por de manifesto que os postulados resultantes da formulação epistemológica deverão dar conta de provocar evolução significativa nas estruturas da realidade. E haverá que acenar os processos de transformação necessários para a melhoria dos relacionamentos em sociedade.

Indubitavelmente, refletir a disciplina mostra-se gratificante, pelo nível de aprendizado e pela real necessidade de idealizar uma intervenção no *modus operandi* da realidade brasileira. A partir de uma base teórica sólida, é possível construir uma solução prática e por demais interessante.

Pontualizando no presente caso, quer isso significar que, em última análise, naquelas ações em que o Estado é demandado para reparar dano oriundo de atuação lesiva de seus agentes ao patrimônio do particular, este deve chamar, de pronto, no mesmo processo, o servidor causador do dano.

Sendo que, nesse particular, a criação da possibilidade jurídica advinda com o presente instituto, na órbita da responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos, faz-se indeclinável, e objetiva agilizar as causas intentadas contra a Fazenda Pública quando esta está obrigada a indenizar pela objetividade de sua responsabilidade, ou seja, naquelas ações que independem da comprovação de culpa.

A conseqüência natural dessa reflexão deve propugnar e encontrar os meios e ins-

trumentos que, efetivamente, respondam à intenção de desafogar a Justiça, estabelecendo um rito, um procedimento muito mais ágil e menos burocrático que aquele que atualmente existe para a solução das denominadas ações regressivas do Estado contra o servidor. E, por via direta, possibilitar ao particular ressarcir-se com maior brevidade dos danos que lhe foram impingidos pela Administração e seus agentes.

E, por fim, com o modesto intento de colaborar, e resguardando-se a devida abertura para as críticas que, certamente, pode ter cabida, é que se faz a presente proposta de alteração na legislação federal, podendo a mesma servir de subsídio à eventual intervenção legislativa.

Anexo

PROJETO DE LEI

Acrescenta o parágrafo único ao art. 70, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O Art. 70 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

I –

II –

III –

Parágrafo único. A obrigação de que trata o inciso III, deste artigo estende-se ao Servidor Público, quando das ações intentadas contra a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios e os municípios, em razão da responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos”.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Notas

¹ Lei nº 4.619, de 28 de abril de 1965.

² RE nº 95.091, Relator Ministro Cordeiro Guerra (DIÁRIO DA JUSTIÇA, 1983).

³ Recurso Especial nº 526299/PR; Recurso Especial 2003/0047872-5, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116), Órgão Julgador: T1 – PRIMEIRA TURMA, data do julgamento: 18/11/2004, publicado no DIÁRIO DA JUSTIÇA DA UNIÃO. Brasília: Imprensa Nacional, 17 dez. 2004. 423 p. RPsp 44503/SP; RECURSO ESPECIAL 1994/0005398-3, Relator Ministro HÉLIO MOSIMANN (1093), Órgão Julgador T2 – SEGUNDA TURMA, data do julgamento 05/02/1998, Publicado no DIÁRIO DA JUSTIÇA DA UNIÃO. Brasília: Imprensa Nacional, 16 mar. 1998. 76 p., REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Brasília: STJ, n. 106, v. 10, 1998. 167 p.

Referências

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2003.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 12 dez. 1990. Seção 1, p. 23935.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Retifica dispositivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o código de processo civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 10 out. 1973. Seção 2, p. 10281.

_____. Lei n. 4.619, de 28 de abril de 1965. Dispõe sobre a ação regressiva da União contra seus agentes. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 de maio 1965. Seção 2, p. 4341.

_____. Recurso especial n. 95.091, de 18 de março de 1983. Ementário n. 1287/1. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. *Diário da Justiça*, 18 mar. 1983.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Manual elementar de direito processual civil*. Rio de Janeiro: 1956.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1992.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Manual de direito administrativo*. Brasília: Prosegraf, 2002.

MUÑOZ, P. S. Da intervenção de terceiros no novo código de processo civil. In: _____. *Estudos sobre o novo código de processo civil*. [S. l: s. n.], 1974. v. 1.

NERY JÚNIOR, Nelson.; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JÚNIOR. H. *Curso de direito processual civil: teoria do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

O consenso compreendido a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito

Uma crítica ao conceito de Justiça Consensual

Flaviane de Magalhães Barros Pellegrini
Marius Fernando Cunha de Carvalho
Natália Chernicharo Guimarães

Sumário

1. Introdução. 2. Breve exposição sobre as teorias. 3. O consenso a partir do modelo de mediação e conciliação em matéria criminal. 4. O problema da compreensão do consenso pela Escola Instrumentalista. 5. Uma proposição a respeito do consenso. 6. Conclusão.

1. Introdução

A procedimentalização do instituto do consenso vem sendo objeto de estudo dos presentes autores a partir de um projeto de pesquisa financiado pelo FIP (PUC-MINAS) e CNPq, denominado “Justiça consensual e devido processo legal”. Este artigo é fruto das primeiras conclusões implementadas pelo grupo de pesquisa.

A metodologia utilizada possui como marco teórico o realismo crítico ou falibilismo popperiano (Cf. POPPER, 1977). Logo, sistematizaremos um problema e elaboraremos uma teoria em grau de tentativa para conseguirmos eliminar o problema. Durante esse percurso, analisaremos algumas teorias concorrentes que propõem solucionar o mesmo problema. A argumentação crítica é o instrumento para demonstrarmos a insuficiência teórica de cada uma delas. Por fim, pretendemos apresentar à comunidade jurídica uma teoria mais resistente às críticas elaboradas.

No concernente à base teórica para formulação do problema e da teoria em grau de tentativa, utilizamos como marco teórico

Flaviane de Magalhães Barros Pellegrini é Doutora e mestre em direito processual – PUC-MINAS. Professora adjunta da PUC-MINAS, no curso de graduação e pós-graduação. Professora da Universidade de Itaúna, no curso de graduação e pós-graduação. Coordenadora técnica de direito processual penal da Escola Superior de Advocacia da OAB-MG.

Marius Fernando Cunha de Carvalho é Graduando em direito pela Faculdade Mineira de Direito PUC-MINAS e bolsista de iniciação científica do programa PIBIC/CNPq Brasil.

Natália Chernicharo Guimarães é Graduada em direito pela Faculdade Mineira de Direito PUC-MINAS e bolsista de iniciação científica do programa FIP/PUC-MINAS.

a teoria do processo como espécie de procedimento realizado em contraditório (Cf. FAZZALARI, 1996), a teoria do discurso ou procedimentalista (Cf. HABERMAS, 1997) e a teoria do modelo constitucional do processo (Cf. ANDOLINA; VINGERA, 1997). A escolha dessas teorias para o desenvolvimento da pesquisa está comprometida com a adequabilidade que cada uma possui com os enunciados da Teoria do Estado Democrático, sistema normativo constitucionalmente assegurado para a sociedade brasileira.

Ressaltamos que esse tema foi objeto de estudos anteriores (Cf. BARROS, 2000)¹, mas que ora pretende ser revisado, haja vista que as conclusões anteriores não suportaram a argumentação crítica posteriormente implementada, surgindo, assim, a necessidade de revisão da teoria, principalmente a partir da análise da teoria procedimentalista de Habermas.

2. Breve exposição sobre as teorias

A Teoria do Processo como Espécie de Procedimento realizado em Contraditório implementou uma mudança no critério de distinção entre processo e procedimento. Ao contrário da Escola Instrumentalista que propõe a distinção por meio do critério teleológico, ressaltando o instituto do processo ao impregná-lo de fins e destituindo o procedimento desses, levando a uma diluição do conceito do procedimento no processo (Cf. GONÇALVES, 2001, p. 66), Fazzalari (1996, p. 71-93) propõe o critério lógico de inclusão. Logo, o processo está contido no procedimento.

O processo, agora, não é mais concebido como um instrumento da Jurisdição, mas o requisito do exercício legítimo da atividade jurisdicional (Cf. LEAL, 2004, p. 249). Por ser uma estrutura preparatória do provimento final, que assegura a participação dos envolvidos na elaboração desse ato, por meio do contraditório, que enseja simétrica paridade, trata-se de um instituto ne-

cessário para o implemento do Estado Democrático.

A Teoria do Discurso, por outro lado, firma-se no conceito que pressupõe uma coesão interna entre a autonomia pública e a privada. A autonomia dos cidadãos deve existir tanto na esfera de organização da sociedade – autonomia pública – quanto no exercício dos seus direitos fundamentais – autonomia privada. A importância do Direito não se faz notar, portanto, somente na questão da legalidade da norma, mas também na questão da própria legitimidade.

Habermas (2002, p. 293-294), dessa forma, afirma que essa autonomia só pode ser exercida se o sujeito de direito, destinatário da norma, reconhecer-se como seu autor, ou seja, se a norma for legítima.

Urge destacarmos a Teoria do Modelo Constitucional do Processo, que se faz uma das mais importantes no estudo da teorização do Estado Democrático, uma vez que eleva o processo à categoria de direito-garantia, assegurado na Constituição. São três as suas características gerais: a) a expansividade, consistente na idoneidade de condicionamento dos procedimentos constitucionais e infraconstitucionais de acordo com a fisionomia mínima assegurada pelo modelo constitucional; b) variabilidade, que é a possibilidade de assunção de formas variadas, respeitando-se o mínimo constitucional; c) perfectibilidade, consistente na idoneidade de aperfeiçoamento do modelo de acordo com as necessidades (Cf. ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 7-11). Assim, todo processo é constitucional, uma vez que todos são oriundos do modelo mínimo assegurado na Constituição.

3. O Consenso a partir do modelo de mediação e conciliação em matéria criminal

O tema consenso ganha contornos a partir da disposição constitucional que, no art. 98 da CR 88, autoriza a organização dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, po-

dendo nesse último objetivar uma nova solução distinta da prisão, por meio da transação penal e da composição civil do dano.

A introdução de um modelo de mediação ou conciliação em matéria criminal tem como objetivo retomar o diálogo entre o autor do fato e a vítima. A Vitimologia, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito², ressalta o valor terapêutico (Cf. LARRAURI, 1993, p. 95) da mediação e da conciliação, já que a solução do conflito penal passa pela retomada do diálogo entre os protagonistas do fato criminoso, aproximando a solução penal da questão relativa à reparação do dano.

O que distingue a mediação da conciliação é o papel do mediador e do conciliador, já que este é agente ativo na formulação do acordo e aquele é agente catalisador da solução efetivada pelas partes, ou seja, o conciliador intervém no diálogo entre as partes para auxiliar na solução do conflito, ao passo que o mediador somente estimula o acordo, sem atuar ativamente na construção da solução (Cf. TAVARES, 2002, p. 47-51).

No paradigma do Estado Democrático de Direito, a participação dos atingidos é decorrência da compreensão dos sujeitos de direitos como autores e destinatários da norma jurídica a partir da equi-primordialidade (Cf. HABERMAS, 2002, p. 291); assim, o movimento vitimológico³, no referido paradigma, ressalta a importância do consenso para a solução do conflito penal e da reparação do dano.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, a análise do movimento vitimológico exige a participação da vítima de um delito, que não pode ser excluída da solução do conflito penal pela atuação estatal; assim, são sujeitos de direitos a vítima e o autor do fato. Desse modo, o processo penal é construído participadamente não só pelo acusado e pelo Ministério Público, mas também pela vítima. Revela-se, nesse paradigma, a possibilidade da construção de uma solução consensuada entre o protagonista

do delito e a vítima ou o Ministério Público, conforme o caso, assim como uma solução adequada e possível.

4. O problema da compreensão do consenso pela Escola Instrumentalista

O entendimento da Escola Instrumentalista baseia-se na noção da desformalização a partir de duas acepções: desformalização do processo por meio da simplificação da técnica processual e desformalização das controvérsias. Como relata Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 179), baseada em estudos de Denti, a desformalização das controvérsias busca, “de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para solucioná-las mediante instrumentos institucionalizados de mediação”. Portanto, a desformalização se enquadra entre as possíveis soluções para a questão relativa ao acesso à justiça, compreendido pela autora como acesso a uma ordem jurídica justa.

Assim, para a Escola Instrumentalista a desformalização das controvérsias possui importante papel como forma de pacificação social, como ressalta Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 221):

“Revela, assim, o fundamento social da conciliação, consistente na sua função de pacificação social. Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto; (...)

Por isto mesmo, foi salientado que a Justiça tradicional se volta para o passado enquanto a Justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia, a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo.”

Desta feita, antes do processo penal, a fase da composição civil do dano e da transação penal seriam etapas pré-processuais. Grinover (1990, p. 206) ressalta que é possí-

vel distinguir a conciliação judicial, realizada pelo juiz no processo, como a prevista no art. 331 do CPC, da conciliação pré-processual, realizada como instrumento alternativo de solução de litígios. (Cf. GRINOVER, 1990, p. 206).

Dinamarco (1995, p. 114) também salientou a distinção, observando que a conciliação processual é um “instrumento moderno destinado a promover o diálogo entre o juiz e parte, *vis a vis*, na tentativa de eliminação autocompositiva dos conflitos”. Assim, o juiz, além do papel de julgador, exercerá o papel de conciliador.

Importante ressaltarmos que o tema relativo à composição ou conciliação no processo e à conciliação fora do processo, que se dá por meio da transação, renúncia ou submissão, é discutido pelos instrumentalistas. Sugere Dinamarco (1995, p. 125): “a transação em si é um negócio jurídico (contrato segundo muitos), é seguramente ato de direito material. Feita em juízo ou não, sua natureza é sempre a mesma”.

Humberto Theodoro Junior (1998, p. 41), por sua vez, estabelece o seguinte posicionamento: a autocomposição é um substituto da Jurisdição que pode ser obtida pela transação ou conciliação. O que distingue as duas classes é o momento de sua realização. Ressalta o autor que “a conciliação nada mais é do que uma transação obtida em juízo, pela intervenção do juiz junto às partes”.

Parece-nos relevante a análise crítica da posição da Escola Instrumentalista a partir, primeiramente, de sua base conceitual. Haja vista a compreensão do processo como instrumento de pacificação social, coloca-se a conciliação como um instrumento alternativo de pacificação social, nas palavras de Grinover, até mais eficiente, pois é fundada no consenso e não no conflito. Contudo, demonstra-se inadequada a compreensão que o pretendido no consenso seja a busca da pacificação social. Da mesma forma que o processo não pode ser compreendido por escopos metajurídicos, notadamente pelo

escopo social, a conciliação também não pode ser estabelecida a partir dos contornos relativos à função do juiz de julgar levando em consideração não só o direito discutido e pretendido pelas partes, mas a decisão que se enquadra dentro da melhor solução a partir da realidade socioeconômica. Da mesma forma que o processo não possui caráter teleológico, não pode a conciliação ser vista dessa maneira.

Principalmente quando se confunde a conciliação com o direito pretendido e discutido pelas partes. Deve-se ressaltar a inadequação da compreensão de que a transação é um direito material. A conciliação ou a transação, como preferirem, são estruturas procedimentais que visam à obtenção do consenso, elas não se confundem com a questão jurídica controvertida que será solucionada pelo consenso.

Essa compreensão instrumentalista aproxima-se da teoria de Chiovenda (1965, p. 26-27) a respeito do direito de ação. Segundo o autor italiano, o direito de ação e a satisfação da obrigação voluntariamente pelo devedor, mediante a prestação, são direitos subjetivos concorrentes, pois ambos remetem à vontade concreta da lei que lhe garante um bem determinado. Em outras palavras, a vontade concreta da lei se exerce por meio do cumprimento da obrigação pelo devedor ou no processo, por meio da Jurisdição.

Desta feita, ou o devedor cumpre espontaneamente a prestação, e esta se daria pela transação, ou então surge um direito de ação, autônomo, de se exigir um determinado direito no processo. Assim, o processo somente existiria se houvesse o conflito e se esse não fosse realizado consensualmente.

Mister se faz, neste ponto, ressaltar que existe distinção entre o direito que se discute no processo, direito material para a Escola Instrumentalista, e o direito ao processo. A compreensão instrumentalista parte da noção de que o juiz no processo atua para dizer o direito no caso concreto, realiza a vontade concreta da lei, e, quando atua como

conciliador, foge de sua atuação jurisdicional, porque conciliação e a transação são realizações do direito material.

Esse pensamento não pode subsistir no paradigma do Estado Democrático de Direito, pois o processo é uma garantia, que se exerce independentemente da procedência ou não do direito alegado. Como ressalta Aroldo Plínio Gonçalves (1993, p. 127), o contraditório – logo, concluímos, o processo por consequência – não pode ser compreendido como o “‘dizer’ ou o ‘contradizer’ sobre matéria controvertida, não é discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final”. Assim, não é o consenso ou o dissenso que irão distinguir a atuação jurisdicional, e sim a existência do contraditório, assegurado constitucionalmente pela característica da expansividade do modelo constitucional processual.

Por essa razão, quando a escola instrumentalista distingue entre a justiça conflitiva e a justiça consensual (Cf. FERNANDES, 2003, p. 203), a primeira realizada a partir do processo e a segunda pelo consenso, ela utiliza a expressão para afirmar não a respeito do processo em si, mas a respeito do conteúdo do provimento final. Aclara-se, portanto, a compreensão da referida Escola a respeito da composição civil do dano e da transação penal, compreendidas como integrantes da justiça consensual penal que visa um acordo a fim de evitar o processo penal, de natureza conflitiva.

5. Uma proposição a respeito do consenso

Na compreensão do Estado Democrático de Direito, o consenso surge como possibilidade de formulação de questões jurídicas, que passa pela compreensão do papel de seus participantes. Ou seja, a atuação do conciliador e do mediador é apenas para estimular a formulação de uma decisão con-

sensuada, mas, para que esta exista, é imprescindível a participação daqueles que serão atingidos pelo acordo.

Observando a análise feita por Habermas (1997, p. 208) a respeito do consenso, resalta-se:

“O caminho do princípio do discurso, que deve garantir o consenso não-coercitivo, é indireto, desdobrando-se através de procedimentos que regulam as negociações sob o ponto de vista da imparcialidade. Desta maneira, o poder de negociação não-neutralizável deve ser disciplinado, ao menos através da distribuição igual de partidos. Se a negociação de compromissos decorre conforme procedimentos que garantem a todos os interesses iguais chances de participação nas negociações e na influenciação recíproca, pode-se alimentar a suposição plausível de que os pactos a que se chegou são conformes à equidade.”

Assim, a formação do consenso exige a participação recíproca daqueles que serão atingidos pelo acordo, como já ressaltado acima, mas exige também um espaço procedimentalizado, que pode ser estruturado como conciliação ou mediação, conforme o caso.

Esse espaço procedimentalizado, a partir da teoria fazzalariana, poderá ser compreendido como um processo ou um procedimento?

A partir da crítica feita à teoria instrumentalista, que confunde o processo com o conflito, que exige o contraditório como ação e reação apenas quando não for possível o acordo, e da reflexão do consenso a partir da noção da participação dos sujeitos de direito como autores e destinatários da norma jurídica, podemos formular a proposição que a conciliação e a mediação somente podem ser compreendidas como processo; este compreendido no conceito de Fazzalari, ou seja, um conjunto de atos e posições subjetivas dirigidas a um provimento final realizado em contraditório pelos afetados pelo ato final (Cf. FAZZALARI, 1996, p. 73-76).

Isto é, na mediação e na conciliação, os formuladores do acordo serão as partes que serão também afetadas por ele, logo se exige a simétrica paridade, ou seja, a construção participada do provimento, que somente poderá ser realizado se as partes possuírem no espaço procedimentalizado da negociação posições subjetivas simétricas, ou seja, direitos, deveres, faculdades e ônus simétricos. Nesse processo, não se admite a coerção ou mesmo a superposição de papéis entre negociador e conciliador. Se hoje, no processo pela compreensão procedimentalista, não se admite mais o juiz como superparte, nos processos de mediação ou conciliação, os mediadores e conciliadores não podem também ocupar esse papel, eles são agentes catalisadores do acordo; os verdadeiros formuladores do acordo são as partes que atuam em contraditório.

Como ressalta Jean-François Six (2001, p. 165), na mediação não se julga, não é esse o seu papel. Assim:

“O mediador não tem nenhum poder, não tem espada, não tem divisões, não pode exercer nenhuma pressão, seja ela psicológica ou judicial. Ele está lá, desarmado; esta lá, não é inerte, pode sugerir, propor, incitar. Seu efeito ‘catálise’ pode ser precioso, mas o papel do mediador não substitui, em nenhum momento, o do juiz”.

6. Conclusão

A Constituição da República Brasileira de 1988 assegura o processo como direito-garantia dos cidadãos. Trata-se de um modelo mínimo de regência das decisões, expansivo a todas as esferas estatais, o qual pode sofrer modificações para ser aperfeiçoado. Nesse diapasão, garante-se a participação dos destinatários da norma como autores da mesma, por meio da coesão interna entre autonomia pública e privada, a equíprimordialidade, no espaço de argumentação procedimentalizado; espaço esse

que deve ser entendido como procedimento realizado em contraditório, no qual as partes encontram-se em simétrica paridade e atuam como protagonistas na elaboração do provimento final, o qual irá atingir as suas esferas jurídicas. Logo, deve-se extirpar o conceito de relação jurídica como grau de sujeição do réu à vontade do autor, e destes aos ditames do juiz.

Portanto, a mediação é um processo que exige a atuação das partes e do mediador, e se distingue do processo jurisdicional, não em razão do conflito como pretendem os instrumentalistas, mas em razão da atuação do juiz e das partes no processo, pois, no primeiro, o provimento final é construído pelas partes, no segundo, pelo juiz a partir da atuação das partes. Há, é claro, uma semelhança, a existência do contraditório como simétrica paridade, como elemento definidor da atuação das partes.

Notas

¹ Ressaltou-se, então, que a fase consensual dos Juizados Especiais Criminais tratava-se de um procedimento conforme à distinção de Fazzalari entre procedimento e processo (Cf. BARROS, 2000).

² A respeito da reconstrução do movimento vitimológico a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, ver Pellegrini (2003).

³ O movimento vitimológico tem como objetivo estudar a vítima do processo e reconstruir seu papel como sujeito de direitos.

Referências

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *As garantias processuais da vítima na composição civil do dano*. Belo Horizonte, 2000. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000.

CHOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.
- FERNANDES, Antonio Fernandes. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teorias do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. *Direito e democracia: entre a faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo, 1997.
- LARRAURI, Elena. *Victimología: presente y futuro: hacia en sistema penal de alternativas*. Barcelona: PPU, 1993.
- LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados da teoria do processo*. São Paulo: IOB Thonsom, 2004.
- PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. *A participação da vítima no processo penal e sua sobrevivência: em busca de uma interpretação constitucionalmente adequada*. Belo Horizonte, 2003. Tese (Doutorado em direito processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.
- POPPER, Karl. *Autobiografia intelectual*. Tradução de Leônidas Hegenberg, Octanny Silveira da Motta. São Paulo: Cultrix, 1977.
- SIX, Jean-François. *A dinâmica da mediação*. Tradução de Aguida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, Gisele Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- TAVARES, Fernando Horta. *A intermediação como forma alternativa de solução de controvérsias: mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

A sociedade de risco e o Direito Penal

Pedro Braga

Hobbes era um homem amedrontado. Não é por acaso que intitulou sua obra com o nome do monstro bíblico – Leviatã. Bela metáfora para designar o Estado tentacular. Para Hobbes, a transição do estado de natureza para o estado de sociedade deu-se mediante a delegação da liberdade de todos e de cada um para o soberano, garante dessa liberdade. Sua constatação tristemente realista: *homo homini lupus*, numa tentativa de explicar racionalmente o absolutismo. Assim, para ele, surgiria a sociedade civil.

O risco não é um fato recente, obviamente. Ampliou sua natureza e adquiriu novas facetas. Mudou, ou melhor, adaptou-se, em uma sociedade mais complexa. Os romanos, criadores da ciência jurídica, consideravam o risco sob o conceito de *casus fortuitus*, igualmente denominado *vis maior* (força maior). Evoquemos os formuladores romanos, que assim definiam o dano e sua causa, genericamente:

“*Casus fortuitus* (também denominado *vis maior*, força maior) é o evento danoso devido a uma causa natural (exemplo: morte de um escravo em razão de doença ou senectude) ou a intervenção de terceiros (exemplo: roubo por um único ladrão ou por um grupo de ladrões).

O risco de perda (*periculum*) de uma coisa ou de uma prestação resultante de caso fortuito deve em princípio ser suportado pelo proprietário da coisa

Pedro Braga é servidor do Senado Federal.

ou o credor da prestação. No último caso, o devedor da prestação tornada impossível de executar é liberado da obrigação, à condição da perda não ser devida a nenhuma culpa de sua parte, o que implica, em princípio, que o evento danoso tenha sido imprevisto e inevitável.” (DROIT ROMAN, [2001?]).

Às vezes as fontes romanas faziam distinção entre os dois tipos:

“*Casus fortuitus*: evento externo ao devedor, porém entrando em sua esfera de controle e, pois, em certa medida, previsível e evitável (exemplo: roubo por um único ladrão).

Vis maior: evento escapando ao controle do devedor e que, mesmo se ele havia sido previsto, não poderia ter sido evitado (exemplos: terremoto, naufrágio, inundações, incêndio causado por raio, etc.)” (DROIT ROMAN, [2001?]).

Donde se conclui que o risco de perdas, o evento danoso (*periculum*), é *imprevisto e inevitável*. No caso fortuito, tal evento é, *em certa medida, previsível e evitável*. Finalmente, na força maior, *mesmo previsto, não pode ser evitado*.

Ou seja, tudo que acontecesse independentemente da vontade humana os romanos denominavam *casus fortuitus* ou então *fortuna* (acaso).

Modernamente, risco foi objeto de tratamento sob o prisma sociológico. Há quem diga que risco não é necessariamente um conceito da esfera jurídica. Mas ele diz respeito muito de perto ao mundo jurídico, como veremos adiante. E entrou, por motivos óbvios, na ordem do dia. Quem o trouxe à baila foi o sociólogo alemão Ulrich Beck em sua obra *Risikofesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, editada em Frankfurt em 1986¹.

Paulo Silva Fernandes (2001, p. 33), em seu livro *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*, referindo-se ao pensamento de Niklas Luhmann, que identifi-

ca três fases na história do risco, este louvado em Beck, fases que foram esquematizadas pelo jurista português Augusto Silva Dias, na obra *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, enumera: “a primeira corresponde ao advento da idade moderna, em que, todavia, os riscos são ainda ‘incipientes e controláveis’; a segunda, que se estende ‘de finais do séc. XIX até à primeira metade do séc. XX’, surge da vontade de ‘conter e domesticar estes riscos mensuráveis e controláveis’, com o fim de reduzir tanto a sua ocorrência como a sua gravidade, e que corresponde ao *Welfare State*; a terceira fase, por fim, corresponde ao nosso tempo, coincidente com o fracasso do *Welfare State* e o aparecimento de novos, graves e incontroláveis riscos, fruto do desmedido desenvolvimento da sociedade industrial tardia.”

A essa altura, poder-se-ia avançar uma definição de risco para efeito de trabalho: poder-se-ia defini-lo como *o perigo mais ou menos previsível*. Ou seja, *perigo*, um conceito sempre associado ao *risco*. Paulo Silva Fernandes define o risco afirmando que “o tópico central do discurso do risco é a *existência* de algo que *não existe ainda*, algo que *não aconteceu*, mas pode *vir a acontecer* se continuarmos a seguir pelo mesmo trilho”. Ele, porém, distingue riscos de perigos, atribuindo a estes um caráter natural, como as catástrofes, e àqueles o fato de serem “fabricados”, decorrentes do ato humano. Donde se conclui que há o risco e o perigo iminentes e o risco e o perigo potenciais. A catástrofe do Tsunami, a rigor, era previsível, uma vez detectados seus indícios por sismógrafos instalados em diferentes partes do mundo, devendo, portanto, a população ser evacuada a tempo. Falta de comunicação adequada entre os Estados? Incúria pura e simples das autoridades dos países afetados? Despreparo cultural para lidar com catástrofes iminentes e/ou potenciais? Na história da humanidade, risco houve, há e sempre haverá – e o pior, doravante, cada vez mais amplo em extensão e em efeitos danosos. Seria ingênua utopia acreditar-se ou

tentar-se abolir a existência de risco, transformá-lo em risco zero. Trata-se, no entanto, de trabalharmos com a hipótese do risco aceitável. A gestão do risco consiste em determinar-se o limiar que não pode ser ultrapassado. Para isso, impõe-se uma ação preventiva baseada no acordo entre pessoas, participação e informação, e isso não nasce de geração espontânea, devendo ser objeto de política pública em nível mundial. O risco advindo de fenômenos da natureza ou produzido pela sociedade deve ser gerido pelo poder público, pelos que detêm o poder de decisão política, pelo fato de que o interesse subjetivo dos cidadãos confunde-se com os interesses gerais.

Em meados do século XVII na Europa, já na sociedade moderna, a explicação do mal-estar no mundo (tema depois tratado por Freud) centrava-se em argumentos religiosos e mágicos. No século XVIII, surgem as soluções científicas no bojo da produção industrial, emergindo, do ponto de vista político, o sistema liberal, em que o risco tecnológico é distribuído de maneira desigual entre a população.

O risco entra na esfera do jurídico pelo viés da responsabilidade civil e penal, após os contratos de seguro, inicialmente marítimos, que são uma forma mais antiga de precaver-se contra os danos resultantes de riscos potenciais. Os juristas debruçam-se sobre a explicação científica das causas do dano, donexo de causalidade. Intervém uma transformação na cultura do risco, ligada à questão do destino coletivo.

Nos países onde existe a democracia assegurada pelo Estado de Direito, surge uma forma particular de organização política: as decisões são precedidas por diferentes opiniões, inclusive com a possibilidade de contestar-se as decisões tomadas pelo Poder Público. O princípio da transparência adquire, em muitos países, dignidade constitucional. *Idem* o princípio da vigilância. Experiências de iniciativa da própria cidadania surgem aqui e ali. Na Dinamarca é criado o sistema de vigilância conhecido como

“Conferência dos Cidadãos”, que compreende um *panel* de especialistas. Em 1998, inaugura-se na França a “Primeira Conferência de Cidadãos”. É a cidadania assumindo supletivamente a prevenção dos riscos.

Embora tenha havido sociedade sem Estado, é obvio que o Estado distingue-se da sociedade civil. A ambigüidade na acepção entre sociedade civil oposta ao estado de natureza perdurou desde a Antiguidade até o século XII, como se sabe. Hegel, no século XIX, fazia a distinção, separando, no seio da sociedade civil, a esfera civil da esfera política.

Com a crise do Estado-providência (*Welfare State*), o cidadão emancipa-se da tutela estatal, para o bem ou para o mal. A sociedade civil não é um ente homogêneo: existe uma sociedade civil organizada (ONGs, as entidades do terceiro setor, tanto privadas quanto estatais) e outra desorganizada. Em todo caso, a sociedade civil não decide, apenas influi. A esse propósito nem o orçamento participativo adquiriu *droit de cité* entre nós.

É razoável pensar-se que a prevenção de catástrofe incumbe tanto à sociedade civil quanto ao Estado, principalmente a este, que recebeu delegação para tal e conta com os meios e instrumentos necessários. O que se constata é que é quase inexistente, *máxime* no Brasil, a mobilização da sociedade civil na prevenção de riscos. Basta ver os resultados com o aumento da pluviosidade nos grandes centros urbanos.

O risco, porém, não se resume tão-somente ao aspecto do meio ambiente. A violência, o tráfico de pessoas, os delitos de natureza econômica e os eletrônicos praticados via *internet* compõem o quadro da sociedade pós-industrial em que vivemos. E todos esses aspectos envolvem matéria que tudo tem a ver com o direito. Surgiu até o direito Penal Econômico, de que trataremos mais adiante.

As responsabilidades não são apenas individuais, há também responsabilidade de pessoas jurídicas, de entes coletivos. A

abordagem dessa questão, embora muitos pensem o contrário, não é recente.

A noção de sujeito de direito ou pessoas administrativas, criadas pelos romanos, ganha vigor com os glosadores e canonistas. A *universitas* compreende um conjunto de direitos individualizados sob a égide de uma instituição. Já na Idade Média, a *universitas* podia contrair obrigações, adquirir bens e agir em juízo, sendo-lhe reconhecida a responsabilidade penal.

A discussão sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas voltou à pauta entre doutrinadores brasileiros. Antônio José da Costa e Silva (2004, p. 155-157), em sua obra *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, de 1930, analisando o parágrafo único do art. 25, faz uma síntese histórica da possibilidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Em que pese ser longo, vale a pena a transcrição:

“A questão de saber se as pessoas morais ou jurídicas podem praticar ações criminosas e por elas responder tem atravessado diversas fases. Após longo período de quietude, que parecia ser definitiva, voltou de novo a ser objeto de porfiadas discussões. Ainda agora figura ela no programa do segundo congresso de direito penal, a realizar-se no mês de outubro, em Bucareste (relatores: os professores Pella e Cuello Calón).

O caráter puramente individualístico da imputabilidade no direito romano não permitia que se estendesse às pessoas coletivas a responsabilidade penal. Nada obstava, entretanto, a que às mesmas se aplicassem as medidas de natureza preventiva, nomeadamente as multas. Isso se deu, mas já nos tempos da decadência. Só em sentido impróprio e por uma analogia muito fraca se poderiam considerar como penas as providências de ordem política ou legislativa que se tomavam com relação a uma ‘civitas’ por certos atos praticados contra o Estado.”

E continua o eminente mestre:

“O direito canônico admitiu a responsabilidade penal dos entes coletivos (capítulos, conventos, congregações, cidades, municípios). Sob o influxo do direito germânico, a prática medieval reconheceu que tais entes eram capazes de perpetrar crimes e podiam por causa deles sofrer punição. Essa capacidade foi combatida por Sinibaldo dei Fiechi (depois Inocêncio IV), que, afirmado ser a *universitas* uma pessoa meramente ideal ou fictícia (*nomen juris*), concluiu que ela não podia praticar ato algum, principalmente ilícito: – ‘*impossibile est quod universitas delinquat*’. Semelhante doutrina, lógica e sedutora, não alcançou, entretanto, senão escassas e tímidas adesões. A quase unanimidade dos canonistas continuou a admitir a referida capacidade.”

Prossegue Antônio José da Costa e Silva (2004):

“Foram, porém, os pós-glosadores que deram à idéia da responsabilidade penal das *universitates* e do delito corporativo seu maior e mais brilhante desenvolvimento. Os preceitos de Bartolo atravessaram vários séculos como a derradeira palavra da ciência jurídica no assunto. No direito estatutário italiano e na jurisprudência francesa estiveram em pleno vigor os princípios da escola bartolina. Só em fins do século XVIII e começo do seguinte se operou a reação que trouxe como resultado as vitórias das idéias contrárias até hoje dominantes. Dentre os escritores que mais contribuíram para essa transformação merecem especial menção o romanista Savigny e o criminalista Feuerbach. O código bávaro (1813), obra deste último, de modo expresso estabeleceu o preceito da não punibilidade das pessoas jurídicas (art. 49).”

Continua o nosso jurista:

“Modernamente, entre outros motivos, pelo dos novos estudos a respeito da natureza dessas pessoas, reacenderam-se as antigas disputas. Os escritores que têm tratado do assunto se dividem em dois grupos.

Os partidários da doutrina comum se baseiam em que a pessoa coletiva não tem vontade própria e, portanto, não pode agir. Que só o homem é capaz de querer e de executar a sua vontade. Que, por isso, quando os indivíduos que compõem uma *universitas*, no interesse desta, resolvem e põem em prática uma ação criminoso, só eles podem ser chamados a responder perante a justiça punitiva. Que as medidas empregadas às vezes contra pessoas jurídicas não são verdadeiramente penas, no sentido do direito criminal, mas simples providências de ordem administrativa ou política. Que a pena imposta aos entes coletivos (corporações) vai refletir-se em seus sócios, culpados ou inocentes, indiferentemente. Que esta justiça sumária repugna até ao senso comum. Que poucas espécies de penas poderiam ser aplicadas a tais entidades. Estes são os principais argumentos invocados.”

E junta Antônio José da Costa e Silva (2004), elencando as razões dos que são favoráveis:

“Os escritores que sustentam a capacidade criminal das pessoas coletivas e a respectiva punibilidade alegam que essa capacidade não é diferente da que se reconhece às mesmas pessoas em outros domínios do direito público e privado. Que elas possuem bens jurídicos próprios, nos quais pode perfeitamente incidir pena. Que os atos praticados por uma coletividade têm um alcance especial. Que eles podem ser tentados ou executados em uma escala e com uma força que não guardam proporção com o número dos respectivos membros. Que

é incompatível com o sentimento da justiça e com os princípios de uma sã política criminal deixar impune o verdadeiro culpado – a *universitas* – e lançar exclusivamente a responsabilidade sobre quem é o órgão da vontade alheia. Que a história demonstra de sobra a possibilidade do delito corporativo e da respectiva punição.” [Aqui o nosso autor refere-se a Liszt-Schmitd, na obra *Lehrbuch*, e Achilles Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*].

Paulo Silva Fernandes (2001, p. 104) referindo-se ao princípio *societas delinquere potest*, preconiza que este deve ser “entendido como responsabilidade (penal) da própria empresa”. E arrola as razões em que se baseiam os defensores da imputação penal de entes coletivos, naqueles países em que isso ainda não ocorre:

1. “Em primeiro lugar, as dificuldades penais decorrentes da persecução da justiça penal, em termos satisfatórios, em relação às pessoas físicas atuantes no seio da sociedade, resultante de princípios como o *in dubio pro reo*, da causalidade, da culpa, entre outros, dada a, *v.g.*, diluição das responsabilidades em entrelaçados hierárquicos, a dificultar geralmente a prova necessária, em sede processual penal, para que se atinja uma condenação.

2. Em segundo lugar, o reduzido efeito preventivo das sanções penais meramente pessoais que, pode dizer-se, dilui-se também ele no emaranhado das organizações e hierarquias empresariais – pune-se uma parte (nem sempre a ‘mais’ responsável) e não o todo, criando um efeito de ‘bode expiatório’. Ao contrário, requer uma vera punição da entidade, ‘no seu todo’ e enquanto tal, a fim de se poder afirmar ter sido a *entidade coletiva* a cometer um determinado crime, tornando-se ela mesma objeto de censura jurídico-penal.”

O desembargador federal Carlos Fernando Mathias de Souza (2004, p. 27), em artigo publicado na *Revista de Informação Legislativa* sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas, menciona um trabalho científico apresentado pela professora titular do Largo do São Francisco Ivette Senise Ferreira, em que ela, referindo-se à Lei 9.605/1998, assevera: “Essa lei resultou de discussão acerca da necessidade de unificação e de harmonização de uma dúzia (de várias) leis que dispunham antes sobre as infrações ao meio ambiente no Brasil, de modo desordenado e contraditório, posto que o Código Penal, datado de 1940, não apresentava nenhuma solução dos conflitos nesse domínio.” E continua a eminente professora: “Uma lei penal mais completa sobre o meio ambiente era portanto reclamada pela comunidade jurídica desde a promulgação da nova constituição federal de 1988, onde foi proclamado que o meio ambiente de qualidade é um direito fundamental, tanto do indivíduo quanto da coletividade [...]”².

A referida lei, com efeito, deriva do § 3º do art. 225 da CF, que estabelece: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Por outro lado, Carlos Fernando Mathias de Souza (2004) chama a atenção para o § 5º do art. 173, que se encontra no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira –, Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, *verbis*: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

Consoante Carlos Mathias, esse dispositivo de nossa constituição porventura recebeu influência do direito francês, cujo

Código Penal de 1994 prevê a responsabilidade penal das pessoas jurídicas (Cf. SOUZA, 2004, p. 29).

E o que diz o art. 3º e parágrafo da Lei 9.605/1998? Citamos *ipsis litteris*: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade. Parágrafo único – A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”

O princípio da punibilidade das pessoas jurídicas é fortemente preconizado por um dos maiores penalistas portugueses, Figueiredo Dias ([200-?]), como forma de prevenção dos megarriscos, subprodutos da sociedade pós-moderna em que vivemos, não só no aspecto da proteção ao meio ambiente, mas também na aplicação do Direito Penal Econômico. E aí insere-se a *criminalidade organizada*, ou o crime organizado, em que o Estado, em seus diferentes poderes, está infiltrado por delinquentes, autores e partícipes de delitos que são objeto de abordagem do que agora se chama igualmente de “direito penal do risco”.³ Citamos como exemplo do enfrentamento dessa situação de risco, que põe em perigo a própria tessitura social e o próprio futuro da humanidade, a *Operação Mãos Limpas* na Itália. Em escala mundial, impõe-se urgentemente o combate sem tréguas ao narcotráfico, ao tráfico de armas e materiais de extinção em massa (como urânio, por exemplo), à lavagem de dinheiro, aos crimes econômicos, “de colarinho branco”, à corrupção sistêmica, ativa e/ou passiva, às catástrofes ambientais, que, sabe-se, têm repercussão em escala planetária, a exemplo de Chernobyl, do derramamento de petróleo nos mares e da transformação destes em uma grande lixeira do mundo, ao tratamento dos dejetos nucleares, ao desmatamento predatório da Amazônia, à biopirataria, à contaminação dos

recursos hídricos, como é o caso do Lençol Guarani, que atravessa grande parte do Brasil, à poluição do subsolo, ao processo de “crescimento” de nossas cidades, que se faz de maneira urbanística e ecologicamente cruel, à ausência do Estado em enclaves dominados por quadrilhas de narcotraficantes...

No Brasil, onde existe uma pletora de leis inúteis e ineficazes, leis ruins, pode-se contar, não obstante, com leis que, se devidamente aplicadas, podem contribuir em muito para a redução dos riscos, que têm como aliado a impunidade. Citemos algumas: Leis 8.002/1990 e 8.078/1990 (Defesa do Consumidor), Lei 6.368/1976 (Lei de Entorpecentes), Lei 9.605/1998 (Lei de Meio Ambiente), Lei Delegada 4/1962 (Lei de Intervenção no Domínio Econômico), Lei 8.666/1993 (Lei das Licitações), Lei 9.807/1999 (Lei de Proteção à Testemunha), Lei 1.521/1951 (Lei de Economia Popular), Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste), Lei 7.492/1986 (Lei do Colarinho Branco), Lei 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), Lei 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública), Lei 4.717/1965 (Lei de Ação Popular). Outro avanço legislativo foi a introdução em nosso ordenamento do instituto da desconsideração da pessoa jurídica, que surgiu louvado no “juízo de equidade” e com fundamento no princípio que nos foi legado pelo direito romano, que é o *enriquecimento sem causa*. Com efeito, o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor afirma, *expressi verbis*: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

O art. 18 da Lei 8.884/1994, bem assim o Código Civil em seu art. 50 prevêm igualmente a desconsideração da personalidade jurídica.

Por outro lado, impõe-se urgentemente a reforma de nossos Códigos Penal e de Processo Penal, por inadequados, cujo sistema prescricional deita por terra o muitas vezes árduo trabalho de alguns membros do Ministério Público como órgão de defesa do patrimônio público e dos direitos sociais indisponíveis, e até mesmo da Controladoria-Geral da União, por exemplo.

O Prof. Mário Ferreira Monte (2001, p. 22), em seu “Apontamento Introdutório” ao livro de Paulo Silva Fernando, baseando-se em Silva Sánchez, no livro *La Expasión*, escreve muito a propósito:

“Pode dizer-se que quer o direito penal clássico quer o direito penal secundário (*Nebenstrafrechth*) são uma vez mais postos à prova. Mas não só. Também o direito administrativo sancionador, o direito de mera ordenação social e, porque não dizê-lo, todo o Direito, enquanto sistema de regulação da sociedade e em particular dos conflitos de interesses, é questionado. [...] Já se fala no direito penal do risco ou no direito penal da globalização.”

E busca a causa de tal fato:

“Trata-se de um fenômeno hodierno emergente da sociedade pós-moderna, pós-industrial, e que se caracteriza fundamentalmente pela imprevisibilidade, pelo risco ou, *rectius*, o aparecimento de novos riscos, a insegurança, a globalização, a integração supranacional, a identificação dos sujeitos-agentes com as vítimas, a identificação da maioria social com a vítima, o predomínio do econômico sobre o político, o reforço da criminalidade organizada, o descrédito nas instâncias de proteção, a maior relevância do crime macrossocial, etc.”

É despiciendo afirmar que o risco decorrente de decisões humanas representa grave ameaça à própria sobrevivência da humanidade. Silva Dias (200-?), outro grande jurista lusitano, assevera que “a sociedade de risco começa onde termina a disposição

das seguradoras privadas para cobrir certos domínios de risco”. E acrescenta: “As companhias de seguros, orientadas essencialmente pela razão calculadora, tendem a cobrir apenas os riscos calculáveis e não embalam, por isso, no discurso de segurança dos produtores de risco. Onde estes diagnosticam risco nulo, aquelas prevêm risco máximo.”⁴

As esperanças do homem comum frequentemente recaem sobre o direito penal em face dos novos desafios, o que aliás é compreensível; quando não sobre o direito administrativo sancionador. Se no passado os riscos advinham sobretudo de fenômenos naturais, hoje têm origem na própria ação ou omissão humana. E, concluindo na esteira de Figueiredo Dias ([200-?] apud FERNANDES, 2001, p. 10), “o bem jurídico individual, concreto, não faz aqui o menor sentido. A responsabilidade individual, muito menos. O perigo é uma categoria que ganha cada vez maior importância, associada porventura a uma ‘criminalização expansiva dos delitos de negligência ou omissão’”. O aparecimento de novos bens jurídicos está a exigir uma tutela diferente. Daí ser legítimo afirmar que o direito penal clássico, se servira à sociedade industrial do final do século passado, já não responde satisfatoriamente a este novo estágio de desenvolvimento social e econômico da sociedade pós-moderna. Para os fenômenos naturais danosos, a experiência tem demonstrado que a tutela do direito penal não os alcança (quando na realidade, em alguns casos, poderia alcançar), resumindo-se a proteger os bens jurídicos clássicos, como a vida, a integridade física, o patrimônio... Fala-se em direito penal intermediário ou secundário (*Nebenstrafrecht*), que tutelaria os bens jurídicos de natureza social e a organização econômica e utilizar-se-ia, em grande medida, de normas penais em branco, caracterizando-se como direito especial e constituído basicamente por leis extravagantes, o que para Mario Ferreira Monte (2001, p. 27) seria de alguma utilidade, desde que fei-

tas “algumas alterações de ordem dogmática” para adequar suas respostas aos novos problemas. O que ele preconiza é “encontrar soluções que passam eventualmente por algumas alterações mesmo dogmáticas” dentro do próprio direito penal, ainda seguindo as reflexões do penalista Figueiredo Dias, discutidas na obra *Algumas Reflexões*.

Aqui surge a importância dos interesses difusos dispostos no texto constitucional e incorporados nesta que é uma das melhores leis que já produzimos: o Código de Defesa do Consumidor. Se o antigo bem jurídico tutelado de cariz individual, liberal, pelo direito penal clássico, agora é questão da tutela dos “bens jurídicos sociais, supra-individuais, coletivos, difusos”, isso não implica o abandono da tutela subsidiária do bem jurídico individual, até porque o Código de Defesa do Consumidor surge no bojo da economia neoliberal como interface da lei sobre a livre concorrência.

Há que se admitir com Paulo Silva Fernandes (2001) que

“o crime por excelência da era global é o *crime econômico*. É o multiplicar, em termos inéditos, tanto da *criminalidade econômica* como da *delinquência de colarinho branco*, como ainda e por último, dos *crimes of the powerful*, em larga escala, de circuitos criminosos que englobam a circulação de grandes capitais e a movimentação de inúmeras pessoas e organizações, frequentemente à escala internacional ou global, em prol de um fim comum, a obtenção de *lucros fabulosos* provenientes da prática criminosa, tudo isto a colocar novos e difíceis problemas ao direito penal de cunho ‘clássico’.”

A sociedade da *insegurança* é subproduto da sociedade de *risco*. A todos aflige, aumentando a aflição dos aflitos: a ela nada escapa, o indivíduo, a família, o direito, o Estado. E não só: o risco, hoje, mais do que nunca, é um risco globalizado. Assevera Paulo Silva Fernandes (2001) a esse propósito:

“Decisões de peso, em matéria de ambiente, economia ou armamento, para só citar alguns dos mais flagrantes contextos, são hoje tomadas à escala internacional, se não mesmo mundial, dada a capacidade das consequências de tais decisões poder vir a afetar se não todos os estados envolvidos, pelo menos uma significativa parte deles.”

Nas pegadas de Beck, Fernandes (2001) afirma que a produção ou potencialização destes novos riscos *decorre sempre de decisões humanas*, ou ainda, citando Beck ([200-?] apud FERNANDES, 2001) *como danos que a coletividade se inflige a si mesma*, embora como algo que é *independente da intenção humana*.

Beck ([200-?] apud FERNANDES, 2001, p. 48-49) faz a distinção entre os riscos antigos (fome, epidemia, catástrofes...) e os novos riscos, posto serem estes decorrentes de decisões “que se baseiam em vantagens e oportunidades tecno-econômicas e que aceitam os desastres [*hazzards*] como simplesmente o lado obscuro do progresso”. Os riscos tecnocientíficos, uma nova categoria de riscos, que nasce com o *homo oeconomicus* surgido com o capitalismo e detentor dessa nova forma de poder: a ciência e a tecnologia.

O Brasil, é escusado dizê-lo, é um país vulnerável a ambas as formas.

Diante de tal quadro de aumento de criminalidade de todos os matizes, a população, como já foi assinalado, deposita suas esperanças no direito penal. E não só. No endurecimento das cominações (veja-se a esse propósito a lei dos crimes hediondos). É uma quimera. Maquiavel afirmara em um de seus escritos que são as leis que fazem os homens bons. Nesse ponto, aquele que fora o pai da ciência política e da proposta da ética do Estado separada da ética individual se equivocara. Sabe-se sobejamente que o direito penal não é remédio para os problemas sociais nem para a deformação moral das elites que se criaram no caldo da cultura da ilicitude. A essa tendência, Paulo Silva

Fernandes denomina Direito Penal *simbólico*. Para ele, acertadamente, não são as sanções rigorosas que vão proteger de modo eficaz o bem jurídico: “uma vez que se criminaliza a conduta, mas sabe-se que será muito difícil, ou mesmo impossível, punir os infratores (...) cria a imagem de um direito penal por um lado *incapaz* e, por outro lado, de *pura intimidação*, que acaba por punir, de quando em vez, alguns infratores, que não passarão de ‘bode expiatório’”.

Helena Fragoso (1991, p. 288), do alto de sua experiência e sabedoria, já afirmara: “Quanto mais graves são as penas e as medidas impostas aos delinquentes, maior é a probabilidade de reincidência. O sistema será, portanto, mais eficiente se evitar, tanto quanto possível, mandar os condenados para a prisão nos crimes pouco graves, evitar o encarceramento demasiadamente longo.” Essa criminalização, consoante Paulo Silva Fernandes, por ser *simbólica*, resulta no *descrédito geral do direito penal*. E há várias consequências decorrentes desse fenômeno: os cálculos da taxa de segurança, a dificuldade de identificar os agressores e a diluição *à outrance* da responsabilidade civil e penal dos autores, como se dá, por exemplo, na modificação do estado do ecossistema, muitas vezes por ação ou omissão criminosa, outras vezes por abuso de direito. Essas leis penais *simbólicas* apenas redundariam no “recurso freqüente à criminalização de condutas de perigo abstrato em detrimento dos crimes de dano e mesmo de perigo concreto, o que – afirma Fernandes (2001), agora citando Costa Andrade ([200-?]) –, aliado à ‘eleição de bens jurídicos vagos ou de amplo espectro’, resulta numa excessiva antecipação da tutela, um determinado *efeito analgésico ou tranqüilizante* do direito penal.”⁵ Outra questão que transcende o âmbito nacional: os desastres ambientais (vazamento de óleo, destruição da camada de ozônio, desmatamento, poluição dos recursos hídricos...) não têm fronteira e estão a exigir uma ação em nível transnacional. Não de ocupação ou de guerra, mas de preven-

ção e de incorporação aos ordenamentos jurídicos de cada país dos tratados internacionais ou multilaterais que visam a medidas protetivas.

Como já foi dito – e insistimos –, a agressão ao meio ambiente, o crime organizado (a infiltração do aparelho de estado por delinquentes), a lavagem de dinheiro, a corrupção ativa e passiva dos agentes públicos, o crime do colarinho branco, o narcotráfico que estabelece uma relação promíscua com detentores de poder político, os megarriscos, todos comprometem a saúde mental da população, que perde as certezas e até as ilusões, e colocam em xeque o próprio futuro da humanidade como um todo.

Creemos ser consenso entre especialistas que não se trata de abolir o direito penal clássico, que, bem ou mal, serve para tutelar certos bens jurídicos. Mas nem todos os bens jurídicos são protegidos, devendo-se reconhecer-lhes o *status* de bens jurídicos penalmente relevantes; há que se aprofundar o debate sobre o que hoje se designa como Direito Penal Econômico, que diz respeito ao intervencionismo do Estado, ao direito à livre concorrência e aos direitos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor. Silva Sánchez ([200-?]) escreve que a “combinação da introdução de novos objetos de proteção com a antecipação das fronteiras da proteção penal propiciou uma transição rápida do modelo ‘*delito de lesão de bens individuais*’ para o modelo ‘*delito de perigo de bens supraindividuais*’”⁶. Deve-se refutar a falácia do chamado “crime sem vítima”, já que todo crime possui vítimas potenciais ou difusas. Afetam interesses não só subjetivos, mas igualmente supra-individuais, de grupos de indivíduos. Geralmente trata-se dos *crimes de perigo*, perigo abstrato, para o qual há também as normas extra-penais, de natureza administrativa, ou as normas penais em branco, já referidas. É óbvio que não se deve abusar do Direito Penal – cuja natureza é de *ultima ratio*, que só deve ser operado onde os outros meios de tutela jurídica se mostrarem ineficazes. A questão do crime de peri-

go abstrato é um assunto controverso. Herzog e Hassemer a ele se opõem. Os argumentos a favor desse tipo de imputação podem assim ser resumidos, citando Paulo Silva Fernandes (2001):

“A *contrario sensu*, em favor deste tipo de incriminação tem-se dito nomeadamente que facilita a aplicação da norma pelo julgador, ao mesmo tempo que se reduz a arbitrariedade judicial na determinação de uma situação de risco, facilitando igualmente a questão da punição objetiva; também que elimina as situações de azar, uma vez que não é necessário esperar pela concreta colocação em perigo do objeto de tutela, para desencadear a atuação do aparato sancionatório, o que, em sociedades de risco como as hodiernas, constitui um expediente inarredável se se quiser obter algum sucesso, não tanto na debelação mas sim na prevenção da ocorrência de danos gravíssimos, em escala e portanto incomportáveis para o emaranhado societário.”

E continua o nosso autor:

“De fato, este gênero de crimes – de perigo abstrato – distinguem-se, desde logo, dos crimes de *dano*, desde logo porque estes pressupõem uma efetiva lesão, real, objetivável, ao bem jurídico protegido pela norma, como também se afastam dos crimes de perigo concreto, uma vez que estes exigem a criação de condições tais que se possa afirmar ter estado o referido bem jurídico próximo da lesão, daí ser um perigo concreto.”

E conclui:

“Já os crimes de *perigo abstrato* supõem, em comum com os delitos qualificados como de perigo concreto, uma antecipação da tutela a um ponto anterior à lesão, bastando-se com a probabilidade da mesma, mas diferenciando-se daqueles na medida em que bastam-se com a mera ação, generica-

mente perigosa do agente, adequada a, *abstratamente* e mercê de um juízo *ex ante* de perigosidade (ao contrário dos delitos de perigo concreto, baseados em uma racionalidade *ex post*), provocar uma possível lesão do bem protegido pela norma. Daí que, por não se exigir qualquer resultado material, se diga frequentemente serem *delitos de mera atividade* ou de *infração de um dever objetivo de cuidado*.”

Em suma: os crimes de perigo abstrato devem estar em relação direta com um bem jurídico concreto.

Kindhäuser ([200-?] apud BARJA DE QUIROGA, 1997) avança uma argumentação que leva a ampliar o conceito de dano. Senão vejamos, na síntese feita por Paulo Silva Fernandes (2001):

“Para Kindhäuser, o dano que uma pessoa pode sofrer consiste não só na efetiva violação ou ofensa, ou lesão concreta de um determinado bem, mas também na *privação da possibilidade de dispor de forma segura* desse mesmo bem. O perigo abstrato surge ‘quando se vêem afetadas condições de segurança que são imprescindíveis para um desfrute despreocupado dos bens’, idéia que decorre da observação de que a impossibilidade de desfrutar, de forma despreocupada, de um bem implica a impossibilidade de retirar dele todas as utilidades potenciais de desfrute e, por isso, há lesão.”

E ajunta Paulo Silva Fernandes (2001) na síntese da tese do autor em questão:

“A preocupação de Kindhäuser parece ser, portanto, a da *segurança geral na disposição dos bens jurídicos*, havendo, por palavras outras, uma situação de ingerência na esfera de liberdade alheia sempre que seja criada, por um determinado agente, uma situação de perigo abstrato para um determinado bem. Aqui pode, com propriedade, surpreender-se (e defender-se) *um con-*

ceito amplo de dano, a servir de esteio à defesa da utilização dos delitos de perigo abstrato.”⁷

Aqui o círculo se fecha. Ultrapassado o dogma da responsabilidade meramente individual em matéria penal, podendo ser imputáveis criminalmente as pessoas jurídicas, os entes coletivos, pode-se então falar em direito penal do risco, atingindo este sobretudo bens jurídicos de natureza econômica e do meio ambiente, o que não significa tutelar perigos indeterminados, pela diluição do bem jurídico individual, abolindo-se *in totum* o direito penal “clássico”. Cremos que o direito já tenha resolvido essa questão ao estabelecer os interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, no que diz respeito à titularidade do bem a ser tutelado pela ordem jurídica.

É válido, portanto, o princípio *societas delinquere potest*. É despidendo afirmar que hoje, mais do que nunca, o delinqüente econômico utiliza-se de pessoas jurídicas, tanto no Brasil quanto no exterior (nesse caso, muitas das vezes *off shore*, desvirtuando-lhe a finalidade original), para evadir divisas, praticar sonegação fiscal ou lavar dinheiro advindo da corrupção.

É necessária uma atuação em concerto entre os diferentes países, com envolvimento de instituições especializadas, como Ministério Público, Poder Judiciário, Polícia Federal, Interpol, Receita Federal, a fim de dar-se combate ao megacrime econômico, que tantos danos causa à sociedade, correndo-lhe os princípios morais não só ao fortalecer a “cultura da ilicitude”, mas ao punir a população com o mais cruel dos impostos, que é a corrupção.

É imprescindível, igualmente, a indignação ética da sociedade contra tais crimes. Mas é bom lembrar que somos vítimas e algozes de tais condutas, quando nos equivocamos ou nos iludimos no momento da escolha de nossos mandatários. Princípios éticos devem presidir nossas escolhas, e a sociedade civil organizada deve aperfeiçoar seus mecanismos de vigilância e prevenção.

Não há que, como bem asseverou em sua autobiografia o monge francês da Igreja Ortodoxa Grega Jean-Yves Leloup, “viver alegremente no meio da catástrofe”. Ou ainda, jamais olvidar a homilia de John Donne, poeta e clérigo anglicano do século XVII, em que ele afirmara que “nenhum homem é uma ilha em si mesmo. Todo homem é parte do continente. Se um pedaço for levado pelo mar, a Europa fica menor, como se um promontório fosse, ou como se fosse a casa de teus amigos, ou a tua própria. A morte de qualquer pessoa me diminui, porque faço parte da espécie humana; portanto, nunca perguntes por quem o sino dobra: ele dobra por ti”.

Notas

¹ Cf. BECK, Ulrich. *Risikofesellschaft: auf dem Weg in eine andere moderne*. Frankfurt: [s.n.], 1986 apud FERNANDES, 2001, p. 19.

² Cf. FERREIRA, Ivette Senise. *La responsabilité morale des personnes morales* apud SOUZA, 2004, p. 27.

³ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Algumas reflexões sobre o direito penal e a sociedade de risco* apud FERNANDES, 2001.

⁴ Cf. DIAS, Augusto Silva. *Proteção jurídico-penal de interesses dos consumidores* apud FERNANDES, 2001, p. 21.

⁵ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal* apud FERNANDES, 2001, p. 72.

⁶ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política crimi-*

nal em las sociedades postindustriales apud FERNANDES, 2001, p. 85.

⁷ Cf. KINDHÄUSER apud BARJA DE QUIROGA, Jacobo Lopez. El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, v. 48, p. 301, 1997. Resumo feito por Fernandes (2001, p. 95).

Referências

BARJA DE QUIROGA, Jacobo Lopez. El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos. *Revista del Poder Judicial*, [S. l.], n. 48, 1997.

DROIT Roman. Université de Liège, Liège, [2001?]. Disponível em: <<http://vinitor.egss.ulg.ac.be/index.html>>. Acesso em: 11 out. 2001.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MONTE, Mario Ferreira. Apontamento introdutório. In: FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

ROXIM, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. (Coleção Vega Universidade).

SILVA, Antônio José da Costa e. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Brasília: Senado Federal, 2004, v. 1.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 41, n. 162, abr./jun. 2004.

Ordem urbanística e a prevenção da criminalidade

Paulo José Leite Farias

Sumário

Introdução. I – Urbanismo e Direito Urbanístico: normas cogentes garantidoras do bem-estar dos habitantes. 1) Cidade, Urbanismo e Direito Urbanístico: preocupação com o coletivo. 2) Patologias das cidades e análise da criminalidade. 3) Ecologia humana e a análise da criminalidade urbana pela Escola de Chicago e pelo comportamentalismo. II – Novo substrato biológico da violência urbana: a desordem urbana. 1) Aspectos biogenéticos da violência: o nascimento da criminologia. 2) Aspectos bioambientais da violência: a desordem urbana e a criminologia oriunda da Ecologia Humana. 3) Desordem urbana como agressão às funções urbanísticas garantidoras da qualidade de vida na cidade. III – Crimes cometidos no ambiente urbano: tipologia segundo a teoria das atividades rotineiras. 1) Teoria das atividades rotineiras: explicação socioambiental contemporânea da violência. 2) Pressupostos da teoria da atividade rotineira para a ocorrência de um delito urbano. 3) Relação entre os espaços urbanos utilizados pelo cidadão (vítima) e as taxas de crimes. IV – políticas públicas protetivas das funções urbanísticas e minimizantes dos delitos urbanos. 1) O mapeamento da violência em Belo Horizonte: exemplo concreto de aplicação da ecologia humana e da teoria da atividade rotineira no Brasil para prevenção de crimes. 2) O planejamento urbano como política eficaz no combate à criminalidade urbana. 3) O lazer e a recreação: exemplo de respeito à função urbanística eficaz no combate à violência urbana sofrida e praticada por jovens. 4) Garantia de trabalho e de moradia digna: políticas públicas sociais eficazes para o combate da violência. Conclusão.

Paulo José Leite Farias é Promotor de Justiça da Ordem Urbanística do MPDFT. Doutor em Direito pela UFPE, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Professor de Pós-Graduação na Universidade Católica de Brasília, UniUDF e IDP. Examinador do Concurso de Promotor de Justiça do MPDFT. Visiting Scholar na Boston University School of Law.

“Se em uma rua escura se cometem mais atos violentos do que em uma rua clara, bastaria iluminá-la e isso se tornaria mais eficaz do que construir prisões (...)”

Enrico Ferri

Introdução

O estudo da violência urbana apresenta-se como desafio constante nas sociedades mundial e brasileira. Em futuro próximo, praticamente todo o crescimento da população mundial ocorrerá em áreas urbanas. Entre 2000 e 2030, há expectativa de que a população mundial urbana aumente em 2,1 bilhões de habitantes, aproximadamente, praticamente o mesmo que será acrescentada toda a população mundial (2,2 bilhões de habitantes em áreas urbanas e rurais) (BRENNAN-GALVIN, 2002)¹.

Em médio prazo, toda a população humana se concentrará no ambiente urbano. É possível e necessário correlacionar o planejamento urbano com a violência urbana, nesse contexto.

A Constituição Federal, ao tratar da função social das cidades, estabelece o imperativo do estabelecimento de plano diretor nas urbes brasileiras com mais de vinte mil habitantes, objetivando, assim, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182 da Constituição Federal).

Sobre esse tema, dispõe Ricardo Lira (1997, p. 10) que:

“a Constituição de 1988 avançou muito e pela primeira vez a Cidade foi alçada ao patamar constitucional, prevendo-se que as cidades com mais de vinte mil habitantes tenham um plano diretor obrigatório, aprovado pela Câmara Municipal”.

A busca das causas endógenas (oriundas do próprio ser humano (características internas), objeto de estudo da psicologia e das ciências criminais, em especial da cri-

minologia tradicional, nas obras de Ferri, Garófalo e Lombroso) e das causas exógenas (fruto de características do ambiente urbano, enfatizadas no presente trabalho por meio da “ecologia humana”), constitui objeto de conflitos no âmbito acadêmico (quais são as verdadeiras causas da violência na sociedade cidadina?) e político (qual a melhor política pública para combater a violência urbana?).

Na diagnose da violência urbana e na busca de soluções para o combate, o urbanismo, ao contrário do que vem ocorrendo atualmente, terá importante papel, conforme se almeja demonstrar no presente trabalho.

Os romanos já possuíam sistema de planejamento urbano, desenvolvido para a *defesa militar* e para a *facilidade de garantir espaço público para o exercício da cidadania* em suas cidades. O plano básico compunha-se de uma praça central (centro da cidade) com a administração da cidade e com a sede do poder governante, que se envolvia por uma grade de ruas que, por outro lado, eram cercadas por muros para a garantia de defesa contra ataques externos. Com algumas modificações, os valores urbanos de segurança, cada vez mais queridos atualmente, foram mantidos nas cidades da Idade Média. Le Goff (1998, p. 71) ensina:

“A cidade da Idade Média é um espaço fechado. A muralha a define. Penetra-se nela por portas e nela se caminha por ruas infernais que, felizmente, desembocam em praças paradisíacas. Ela é guarnecida de torres, torres das igrejas, das casas dos ricos e da muralha que a cerca. Lugar de cobiça, a cidade aspira à segurança. Seus habitantes fecham suas casas à chave, cuidadosamente, e o roubo é severamente reprimido” (grifo nosso).

Não seria, ainda, o momento de uma concepção de planejamento urbano que visasse à diminuição da violência na cidade para garantir o valor constitucional do bem-estar de seus habitantes.

Infelizmente, no Brasil, poucos trabalhos se fizeram nesse sentido. Tal, entretanto, não ocorre em outros países, como os Estados Unidos da América, em que a Escola de Chicago, desde a década de 30, procurou relacionar a vida em comunidade com a violência.

As estratégias que o Estado adota para combater a violência não podem flutuar ao sabor das preferências pessoais dos Governantes. O conhecimento científico deve ser levado em consideração, assim como o é para o tratamento das doenças dos indivíduos.

I – Urbanismo e Direito Urbanístico: normas cogentes garantidoras do bem-estar dos habitantes

1) Cidade, Urbanismo e Direito Urbanístico: preocupação com o coletivo

O surgimento dos conglomerados urbanos é fato histórico,² geográfico e, acima de tudo, *social*. Nesse aspecto, surge a preocupação do Urbanismo e do Direito, como ciências ordenadoras dos fatos sociais ocorridos nas cidades.

Leopoldo Mazzaroli, citado por Mukai (2004, p. 13), assim definiu o Urbanismo:

“a ciência que se preocupa com a sistematização e com o desenvolvimento da cidade, buscando determinar a melhor posição das ruas, dos edifícios e obras públicas, de habitação privada, de modo que a população possa gozar de uma situação sã, cômoda e estimada”.

O Direito Urbanístico é o conjunto de preceitos ou de normas de que a administração se vale na coordenação e no ordenamento do território (urbano ou não), em nome do interesse coletivo e dos titulares dos direitos de propriedade. Segundo José Afonso da Silva (1997, p. 30):

“Sua formação, ainda em processo de afirmação, decorre da nova função do Direito, consistente em oferecer instru-

mentos normativos ao poder público, a fim de que possa, com respeito ao princípio da legalidade, atuar no meio social e no domínio privado, para ordenar a realidade no interesse da coletividade”.

As imposições urbanísticas, assim como as normas penais, são preceitos de Ordem Pública, cogentes, fruto do poder de polícia do Estado, que, intervindo na disciplina das relações jurídicas, estabelece o condicionamento do exercício do direito de propriedade ao interesse coletivo.

Nesse sentido, Ricardo Lira (1986, p. 7) ensina: “a localização de uma cidade, sua extensão, sua configuração, sua magnitude não são, nem podem ser, realizações privadas; são realizações coletivas, talvez o fato coletivo por excelência das sociedades humanas”.

Para Max Weber (1958, p. 16-17), as causas sociais para o crescimento da cidade poderiam ser resumidas nas vantagens que a cidade oferece para o homem, a saber: educação, recreação, melhor padrão de vida, ser um pólo atrativo de associações de intelectuais, adequação do homem ao ambiente urbano, difusão dos valores da vida urbana. Para ele, ainda, a cidade, historicamente, surge em decorrência da necessidade de a burguesia comercial (os mercadores) impor-se em relação aos nobres e aos clérigos do meio rural, visando à garantia da propriedade privada e a uma nova e distinta organização da vida social.

Entretanto, a inovação oriunda da teoria sociológica da cidade, de Weber, focaliza-se na noção de que nas cidades se desenvolvem ações sociais, relações sociais e instituições sociais autônomas. Segundo a sua visão, que continua sendo considerada contemporânea, a comunidade urbana desenvolve-se no Ocidente atrelada às relações comerciais, com elementos vinculados a uma fortificação (separação do espaço rural do urbano), um mercado, um poder político-jurídico próprio (Administração, Tribunais e leis próprias), uma organização associati-

va dos seus habitantes (busca do bem-comum), que autonomamente definem a sua forma de organização social.

A cidade em sua origem é, pois, expressão do capitalismo comercial e da busca de novos modelos de convivência dos seus cidadãos (WEBER, 1958, p. 54-55).

2) *Patologias das cidades e análise da criminalidade*

Para os países em desenvolvimento, o brutal aumento da concentração populacional nas cidades não se vincula tanto ao desenvolvimento industrial (fase da evolução capitalista), como assinalava Max Weber, quanto à busca pela população rural de uma melhor qualidade de vida.

Entretanto, a cidade passa a ser, muitas vezes, falsa propaganda do melhor mecanismo de realização da dignidade da pessoa humana. As condições de vida nas grandes cidades, principalmente nas dos países subdesenvolvidos, têm-se deteriorado.

De pólo atrativo que propicia o acesso a uma intensa vida cultural, melhores oportunidades de emprego e um enriquecedor convívio com diferentes experiências de vida, a metrópole, desordenada urbanisticamente, tem-se tornado centro irradiador de falta de moradia, de poluição, de *violência* e de desemprego.

A industrialização do Brasil, após a Era JK, não foge a essa assertiva. O crescente processo de urbanização e de conseqüente aumento do número de habitantes, nas principais cidades brasileiras, vem acarretando degradação da vida urbana. Em 1950, São Paulo e Rio de Janeiro tinham mais de 1 milhão de habitantes. Em quatro décadas, 13 cidades do Brasil atingiram esse patamar. Com o aumento do tamanho das cidades, surgiram novas metrópoles. Além da região metropolitana de São Paulo e do Rio de Janeiro, que engloba 21 cidades, existem hoje, no Brasil, outras dez grandes metrópoles. Juntas, elas abrigam 33,6% da população brasileira.

Nesse contexto de complexidades, encontra-se a *criminalidade* como situação recrudescente, vinculada a problemas próprios do corpo social urbano (endógenos) e a outros (exógenos).

Certamente, grande número de fenômenos vinculados à violência contemporânea relacionam-se com problemas existentes nas cidades, tais como a violência das gangues. Os arrastões, ocorridos no Rio de Janeiro e em São Paulo, ilustram os fenômenos de violência urbana (ainda não existentes em regiões rurais), vinculados à afronta ao direito coletivo de segurança. Nesse aspecto, o Ministério Público Federal (Procuradoria da República no Rio de Janeiro) e o Estadual ajuizaram ação civil pública, em dezembro de 2004, intimando o prefeito Cesar Maia e a governadora Rosinha Matheus a deporem sobre os danos à imagem da cidade causados pelo ataque a turistas acontecido em dia 28 de setembro de 2004 na Praia do Leblon. O episódio, filmado por um cinegrafista amador, foi divulgado amplamente em televisões do mundo inteiro e, segundo o MP, eles teriam afrontado o art. 216 da Constituição, que determina ao Poder Público a obrigatoriedade de tutela do patrimônio cultural, sendo patrimônios culturais imateriais a qualidade de vida do habitante da cidade e a imagem da cidade perante o resto do mundo.

Pesquisando diversas cidades da América Latina, Gaviria e Pages (2000, p. 3) observaram, por meio de pesquisas estatísticas, que o tamanho de uma cidade se relaciona com a violência urbana sofrida naquele local. No estudo, ficou comprovado que os membros de uma família de moradores de cidade com mais de 1 milhão de habitantes possuem o dobro da probabilidade de serem vítimas de violência em relação aos moradores de uma cidade com menos de 20 mil habitantes. Do mesmo modo, o aumento de 1% na taxa de crescimento de uma cidade poderá implicar o aumento de 1,5% na probabilidade de incidência da violência.

Há, pois, relação entre Urbanismo e Violência. A criminalidade é uma das faces

da violência. Nas cidades, pode haver um clima de violência criado, estimulado ou potencializado pela desordem urbana. A falta de um bem urbano, tal qual a água, pode causar inúmeros conflitos entre indivíduos e comunidades vizinhas. Na verdade, nas inúmeras favelas urbanas existentes no mundo, as fontes de água compartilhadas exemplificam essa situação (BRENNAN-GALVIN, 2002).

Assim, cidade mal organizada e mal planejada pode ser fonte ou lente de aumento da violência e da criminalidade. O congestionamento do trânsito (função urbanística da circulação), a inexistência de áreas adequadas ao lazer (função urbanística da recreação), a intranqüilidade do repouso dos seus moradores (função urbanística da residência), a inexistência de espaços de trabalho dignos para todos os cidadãos (função urbanística do trabalho), todas essas disfunções são formas de desrespeito às funções urbanísticas que possuem conseqüências nos índices de violência daquele local.

Exemplificando, não se verifica, intuitivamente, uma relação lógica entre a existência da favela da Rocinha e a criminalidade no Rio de Janeiro? Se aquela população tivesse tido a oportunidade de morar em residências com um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana, em loteamentos regularmente aprovados e urbanizados, existiriam tantos delitos?

A ausência de planejamento urbano municipal, cujo intuito é garantir as funções da sociedade urbana (a de circular, a de habitar, a de trabalhar e a de lazer), constitui, atualmente, uma das maiores causas da violência urbana. Deve-se, portanto, instituir políticas públicas com o intuito de garantir as funções sociais da cidade e da diminuição/prevenção da violência urbana.

3) Ecologia humana e a análise da criminalidade urbana pela Escola de Chicago e pelo Comportamentalismo³

Através da incorporação de conceitos retirados da Biologia e da Ecologia, a Escola

de Chicago⁴ e o Comportamentalismo produziram pesquisas e formularam conhecimentos, então denominados Ecologia Humana e *behavioral science*, que muito contribuíram para a institucionalização e o desenvolvimento da Sociologia Urbana com vistas à implementação de políticas públicas eficientes de combate às mazelas das cidades, tal qual a violência urbana.

A abordagem ecológica da Escola de Chicago enfatizava que o crescimento da cidade deveria ser visto como um fenômeno natural. As cidades não cresciam aleatoriamente; o crescimento ocorria nas áreas mais desejadas e favorecidas, por meio, inicialmente, da competição entre os diferentes grupos situados nas cidades. A ecologia, que destacava a interação entre o ambiente natural e os seres de um determinado local, buscando o equilíbrio, poderia ser transposta para a cidade em termos semelhantes. Assim, as cidades cresciam em resposta às condições favoráveis encontradas no seu entorno. Por exemplo, grandes áreas urbanas desenvolvem-se ao longo de rios e ferrovias, pois tais locais favorecem o crescimento desse organismo vivo artificial.

Uma cidade pode ser caracterizada como um grande ser vivo, sujeito a mapeamento das suas diferentes e contrastantes áreas. Geralmente, a urbe forma-se em círculos concêntricos, sendo que a ecologia social propiciou o armazenamento de inúmeros dados estatísticos da cidade, que passou a ser vista como um todo composto por partes que interagem (visão sistêmica, característica da ecologia). Há, portanto, uma dinâmica na cidade, por meio da qual invasões e sucessões de determinadas partes a tornam um sistema mutável tendente a novos patamares de equilíbrio (GIDDENS, 1999, p. 470).

As informações científicas, acumuladas por meio da visão ecológica, permitem afirmar que a violência tem, também, um substrato biológico, que converge para a importância do planejamento urbano como solução para o ajuste das partes doentes do maior organismo social contemporâneo.⁵

Analisando a ocorrência e a distribuição espacial da criminalidade; propondo a elaboração de mapas e de outros instrumentos que melhor permitissem a visualização da cidade e dos problemas decorrentes da sua urbanização, a perspectiva funcionalista da Escola de Chicago foi pioneira no que hoje podemos chamar de “cartografia urbana”.

O comportamentalismo, de modo convergente, destaca que a história e a organização das cidades registram enorme variação de formas e de finalidades ao longo do tempo: desde as primitivas aldeias de cidades muradas, desde os bairros até às metrópoles e, mais recentemente, desde as megalópoles. Em última instância, os agrupamentos humanos resultam de um comportamento gregário que tem seus antecedentes animais na manada, na matilha, no cardume e em tantas outras formas da vida coletiva que a experiência zoológica permite observar.

Nos agrupamentos animais pré-humanos, a violência dentro da espécie resulta, na maioria das vezes, de uma disputa territorial. A violência das grandes cidades tem uma fisionomia reconhecível e tem vínculos indissolúveis com um conjunto de fatos que só as megalópoles produzem, como: o anonimato, a falta de compromisso afetivo e de uma aceleração desgastante.

Ainda, para a Escola de Chicago e para o “behaviourism”, o adensamento populacional das grandes cidades transgride as normas e os limites do instinto de territorialidade, comum a todos os mamíferos caçadores, de que faz parte a espécie humana; tal como foi provado por John Calhoun, em 1962, no artigo “Densidade Populacional e Patologia Social” (BARNETT, 2001, p. 161). Essa teoria oferece explicação simples para a epidemia de violência que a TV começava a mostrar nas grandes cidades: turbas enfurecidas, polícia, bombas de gás lacrimogêneo, saques e gangues urbanas. Assim como os ratos, na gaiola comportamental, matam-se por uma posição no meio da gaiola, os homens se agredem no centro das cidades

em busca por melhores espaços urbanos (CALHOUN, 1949).⁶

A imagem da “gaiola comportamental” de Calhoun, desdobramento da Escola de Chicago e do Darwinismo Social, ilustra e facilita a compreensão de uma das mais relevantes causas da violência urbana no Brasil: a enorme concentração populacional em centros urbanos com recursos escassos para garantia da qualidade de vida.

A violência é patologia passível de identificação geográfica e de cura/melhoria com a mudança de fatores ambientais urbanos. Embora ocorra em todas as classes sociais, é nos bairros pobres que ela se torna epidêmica.

O ecologismo social permite o desenho de mapas que demonstram a distribuição da violência no espaço e no tempo. Ademais, correlacionam-se elementos como as condições precárias de moradia (função urbanística de residir) com as taxas de delinqüência no local. Mais recentemente, a ecologia social almeja ser menos descritiva e mais preceptiva de soluções para a criminalidade urbana.

II-Novo substrato biológico da violência urbana: a desordem urbana

1) Aspectos biogenéticos da violência: o nascimento da criminologia

A criminologia está preocupada com o crime como fenômeno social. O estudo da criminologia é de grande valia para determinarem-se métodos de prevenção da violência em geral. Ao estudar-se o crime, o criminoso e o seu comportamento, o que se almeja é a compreensão de um fato social complexo. Essa compreensão, por sua vez, permite a formulação de políticas públicas para a prevenção de novos delitos (SHUTERLAND, 1924, p. 11).

No século XVIII, o anatomista austríaco Franz Gall desenvolveu teoria em torno da idéia de que a maioria das características humanas, inclusive o comportamento anti-

social, seriam reguladas por regiões específicas do cérebro.

Assim, cada comportamento humano estaria sob o comando de um centro cerebral específico. Quanto mais robusto fosse o centro, mais intensa seria a expressão do comportamento controlado por ele. Essa teoria ganhou o nome de frenologia ou de cranioscopia. Franz Gall imaginava que, ao crescer, os centros cerebrais exerciam pressão contra os ossos da cabeça, deixando neles saliências que poderiam ser vistas ou palpadas. As pessoas com tendências criminosas poderiam ser reconhecidas pelo exame cuidadoso das protuberâncias e depressões ósseas existentes no crânio.

Cerca de cem anos depois, Cesare Lombroso,⁷ antropologista criminal, criou doutrina que consagrou a associação das características físicas com a índole criminosa. Tais características constituiriam o “stigmata”. De acordo com Lombroso, os tipos humanos com testa achatada e assimetria nos ossos da face, por exemplo, seriam criminosos potenciais. Quem tivesse esses traços era classificado como tipo lombrosiano e visto com extrema desconfiança nos tribunais.

2) Aspectos bioambientais da violência: a desordem urbana e a criminologia oriunda da Ecologia Humana

As informações científicas acumuladas permitem afirmar que a violência tem um substrato biológico, de fato. Para os autores clássicos já referidos, Franz Gall e Lombroso, haveria um determinismo genético vinculado às características físicas do indivíduo.

Já Enrico Ferri [200-?] afirmava que o homem não nasce delinqüente, mas que ele se torna delinqüente. Torna-se delinqüente, ao longo da vida, porque o meio social, o meio ambiente, os fatores externos, os fatores exógenos (ecológicos) convergem no sentido de que essa pessoa venha a ser violenta. Ferri, nesse aspecto, tem uma frase célebre: “se em uma rua escura se cometem mais atos violentos do que em uma rua clara, bas-

taria iluminá-la e isso se tornaria mais eficaz do que construir prisões”.⁸

Demonstrando a contemporaneidade da idéia de Ferri, basta ser lembrado que, na época do Governo de Fernando Henrique Cardoso, foi construído um plano de segurança que tinha como principal meta a iluminação de vias públicas.

Assim, o comportamento humano não se acha condicionado somente às características que herdamos de nossos pais. Ele é resultado de interações sutis entre genes e condições ambientais que originam experiências de vida.

Nesse aspecto, a ecologia humana busca verificar outro aspecto biológico da violência urbana, a interação entre o indivíduo e o seu entorno. A cidade influencia o indivíduo. Além das características biológicas, os fenômenos culturais também são tidos como mecanismos de influência no indivíduo. O ambiente urbano insere-se nesse contexto, sendo a desordem urbana um elemento do entorno que incentiva a violência. Afinal, como ensinou o filósofo espanhol José Ortega y Gasset, o homem é um ser situado e datado!

3) Desordem urbana como agressão às funções urbanísticas garantidoras da qualidade de vida na cidade

O urbanismo caracteriza-se basicamente por quatro funções vitais: habitação, trabalho, circulação no espaço urbano e recreação do corpo e do espírito. Essa concepção surgiu do Congresso Internacional da Arquitetura Moderna, realizado na Grécia em 1933, do qual resultou a edição da Carta de Atenas, repositório das recomendações aprovadas naquele evento (SILVA, 1997, p. 24-25).

Le Corbusier foi signatário dessa Carta e precursor na arquitetura do funcionalismo, corrente consagrada no âmbito do direito urbanístico. Propõe-se uma cidade radicalmente nova, racionalmente ordenada, com separação geográfica de funções (divertimento, residenciais e comerciais, etc.), onde os edifícios de grandes dimensões eram enquadrados por vastos espaços verdes. A li-

gação entre as várias zonas era feita por largas avenidas, susceptíveis de serem rapidamente percorridas por automóveis. No Brasil, com forte simbolismo que deve ser irradiado para todo país, Lúcio Costa e Oscar Niemeyer conceberam Brasília com a mesma filosofia. Desse modo, passou a ser considerada, no âmbito jurídico, como valor positivo a garantia das funções urbanísticas. A vida nas cidades, conforme já visto, é caracterizada por atividades que se desenvolvem em espaços interiores (edificações), quer habitando as casas ou as construções verticalizadas (prédios de apartamentos), quer trabalhando nelas ou as utilizando para os mais diversos fins recreativos, educativos, culturais, religiosos, comerciais, industriais, institucionais, consumistas, etc.

Como afirma José Carlos Freitas (1999):

“mesmo fora das edificações, as atividades são realizadas em razão ou a caminho delas, agora entre portas e janelas, nos veículos automotores ou nos meios de transporte coletivo, sobre as vias de circulação. Sempre alguém estará se dirigindo ou saindo de uma edificação para outra. Mas é necessário que o trajeto ofereça condições básicas para que, durante o itinerário, o objetivo seja alcançado com o mínimo de segurança”.

O controle do uso, do parcelamento e da ocupação dos espaços urbanos – objeto, pois, do Direito Urbanístico –, visam à tutela dessas funções urbanísticas, mediante normas que se destinam a proporcionar, também, ao lado da funcionalidade, a segurança.

III – Crimes cometidos no ambiente urbano: tipologia segundo a teoria das atividades rotineiras

1) Teoria das atividades rotineiras: explicação socioambiental contemporânea da violência

O impacto das teorias ecológicas dos anos de 1930 e de 1940 (ecologia humana e comportamentalismo) ensejou, no âmbito do

estudo da criminalidade, a *teoria da oportunidade e a teoria das atividades rotineiras*, que destacam a influência do ambiente urbano na ocorrência de delitos.

Essas teorias têm sido desenvolvidas por criminologistas contemporâneos. A *teoria da oportunidade* (“theory of consolidated advantages”) de Logan busca explicar a evolução das taxas de crimes por meio das circunstâncias em que os crimes ocorrem. Complementarmente, e de forma mais detalhada, a *teoria da atividade rotineira* (“routine activities”) de Cohen e Felson, objeto de estudo do presente item III, explica a relação entre um *ofensor motivado*, um *alvo disponível* e a *ausência de guardiões* com os delitos urbanos (STAHURA; SLOAN, 1988, p. 1.115).

Assim, a teoria social contemporânea preocupa-se com aspectos de natureza ecológica e ambiental, na determinação de fenômenos sociais, tais como o da criminalidade. Haveria uma interdependência entre o ambiente urbano, as vítimas e os “predadores”.

Jacobs destaca que os ecossistemas urbanos são compostos por processos físicos, econômicos e éticos, em que a diversidade e a interdependência cumpririam a função de revitalização e de controle. O problema da segurança nas grandes cidades estaria diretamente relacionado com o enfraquecimento dos mecanismos habituais de controle, exercidos, naturalmente, pelas pessoas que vivem nos espaços urbanos (JACOBS, 1961). De forma semelhante, no mencionado trabalho, defende-se que tais mecanismos de controle são enfraquecidos pelo desrespeito às funções urbanísticas da cidade.

Das duas teorias complementares apresentadas, detalhar-se-á a teoria da atividade rotineira desenvolvida por Cohen e Felson, que comprova a importância das funções urbanísticas na garantia da segurança da cidade.

2) Pressupostos da teoria da atividade rotineira para a ocorrência de um delito urbano

A teoria da *atividade rotineira* (COHEN; FELSON, 1979) assinala a necessidade de

três circunstâncias para que um crime (“ato predatório”) ocorra. É necessário, pois, que haja uma convergência, no tempo e no espaço, de três elementos: *ofensor motivado* (criminoso), que por alguma razão esteja predisposto a cometer um crime; *alvo disponível*, objeto (crimes patrimoniais) ou pessoa (crimes contra a pessoa) que possam ser atacados; e a *ausência de guardiões* (comunidade vigilante), que são capazes de prevenir violações.

Trata-se de abordagem preocupada com as características ambientais em que ocorrem os crimes, chamados atos predatórios, que mantém algumas ressonâncias com a criminologia mais tradicional, ao enfatizar a motivação dos ofensores como o primeiro dos elementos. A origem dessa motivação, entretanto, é deixada em aberto.

O segundo aspecto é que a ação predatória dirija-se contra “alvos” disponíveis, ou seja, pessoas ou objetos em dada posição no tempo e no espaço vulneráveis ao agir do ofensor. Aqui é destacada a vitimologia, na noção de alvo disponível. Um alvo define-se como coisa ou pessoa que tem algum valor além de algumas propriedades que tornam adequada a ação predatória.

O terceiro aspecto, destacado por muitos governantes brasileiros como o mais importante, vincula-se aos guardiões. Estes não se referem apenas às organizações do sistema de justiça criminal (polícia repressiva e preventiva, Ministério Público, Magistratura) tal como concebido pela criminologia mais tradicional. Destaca, principalmente, os mecanismos de controle social informais. Nas palavras de Clarke e Felson (1993, p. 3):

“Realmente, as pessoas mais aptas para prevenir crimes não são os policiais (que raramente estão por perto para descobrir os crimes no ato), mas antes os vizinhos, os amigos, os parentes, os transeuntes ou o proprietário do objeto visado. Note-se que a ausência de um guardião adequado é crucial. Definir um elemento-chave

como ausência antes do que a presença é claramente princípio fundamental na despersonalização do estudo do crime. Certos tipos de pessoas são mais prováveis de estar ausentes do que outras, mas o fato de uma ausência ser enfatizada é mais um lembrete de que o movimento das entidades físicas no tempo e no espaço é central para esta abordagem”.

Destacando a necessária convergência desses três elementos, Cohen e Felson mostram, como características urbanas vinculadas, que as funções urbanísticas estão relacionadas à incidência de crimes. Desse modo, o local de residência dos ofensores e das vítimas (função de residir), o relacionamento entre ofensores e vítimas (função de circulação, trabalho, residência e recreação), o local dos contatos entre a vítima e o ofensor, a idade das vítimas ou o número de adultos em uma casa (função de residir) e o horário da ocorrência do crime constituem variáveis relevantes para a pesquisa da causa prática dos altos índices de criminalidade em um determinado local. Exemplificando, o aumento de arrombamentos residenciais relacionar-se-ia a mudanças na estrutura de empregos na sociedade (função de trabalho), de tal maneira que o aumento do número de pessoas (incluindo mulheres) que não se encontram diuturnamente nos lares deixa-os à mercê de atividades predatórias.

A idéia simples e lógica de que ofensores e vítimas devem encontrar-se no tempo e no espaço deu origem a estudos de campo que almejam identificar as dinâmicas pelas quais os indivíduos proporcionam oportunidades para tornarem-se vítimas de crimes. Esse tipo de abordagem usa dados de pesquisa centrados nas circunstâncias urbanas da vítima para compreender as diversas maneiras pelas quais a alocação das funções urbanísticas do trabalho, lazer, circulação e recreação influenciam as probabilidades de ocorrência de atos predatórios no espaço urbano.

3) *Relação entre os espaços urbanos utilizados pelo cidadão (vítima) e as taxas de crimes*

A abordagem da atividade rotineira torna a vítima (alvo disponível) e suas circunstâncias (estar próxima a um ofensor motivado e em ausência de guardiões) o objeto de estudo por excelência, investigando como o estilo de vida do indivíduo e os espaços urbanos públicos e privados por ele freqüentados influenciam na probabilidade de vitimização.

Os fatores que mais influenciam a ocorrência de delitos urbanos são: a *exposição* e a *proximidade* entre a vítima e o agressor (alvo disponível), a *sua capacidade de proteção* (espaço urbano coletivo ou privado), os *atrativos das vítimas* (ofensor motivado e alvo disponível) e a *natureza dos delitos* para os quais o ofensor se encontra motivado.

A *exposição* é definida pela quantidade de tempo em que os indivíduos freqüentam locais públicos, estabelecendo contatos e interações sociais. O estilo de vida de cada indivíduo determina em que intensidade os demais fatores estão presentes na vida. Assim, determina em que medida de riscos os indivíduos se expõem ao freqüentar lugares públicos.

A *proximidade da vítima* do agressor diz respeito à freqüência dos contatos sociais estabelecida entre ambos, o que depende do local de residência, das características socioeconômicas e dos atributos de idade e sexo, assim como da proximidade de interesses culturais. Indivíduos com a mesma idade costumam freqüentar os mesmos ambientes nas atividades de lazer.

A *capacidade de proteção* está relacionada com o estilo de vida das vítimas. Indivíduos que têm maior capacidade de resguardar-se, evitando contato com possíveis agressores, têm menor probabilidade de ser vitimados. Por exemplo, indivíduos que andam de carro, em vez de fazê-lo de ônibus, têm maior capacidade de proteção porque diminuem a possibilidade de contato com os agressores. Do mesmo modo, aqueles que contra-

tam segurança privada diminuem a probabilidade de ser vítimas de crime.

As *vítimas* tornam-se ainda mais *atrativas* quando oferecem menor possibilidade de resistência ou proporcionam maior retorno esperado do crime. Os indivíduos que oferecem menor possibilidade de resistência⁹ provavelmente reagem com pouca intensidade, o que representa menor risco de aprisionamento para o agressor (segundo Foucault (1987), a violência é caracterizada pela relação de forças desiguais, configurando, assim, uma relação de poder). Em outras palavras, a violência é o ato de subjugação por forças de exploração e de dominação. Aqueles que proporcionam maior retorno esperado do crime têm maior probabilidade de ser vitimados, uma vez que, por um mesmo risco de aprisionamento, o criminoso pode ganhar mais (trata-se de aplicação utilitarista do princípio da busca da maior felicidade com a menor dor).

A *natureza do delito* é importante para determinar em que proporção cada fator exposto acima influencia a probabilidade de vitimização.

IV – *Políticas públicas protetivas das funções urbanísticas e minimizantes dos delitos urbanos*

1) *O mapeamento da violência em Belo Horizonte: exemplo concreto de aplicação da ecologia humana e da teoria da atividade rotineira no Brasil para prevenção de crimes*

O Centro de Estudos de Criminalidade e de Segurança Pública (CRISP) é um órgão voltado para a elaboração, acompanhamento da implementação e da avaliação crítica de políticas públicas na área da justiça criminal. Ligado à Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), o CRISP é composto por pesquisadores dessa Universidade e de órgãos públicos envolvidos com o combate à criminalidade. Constitui exemplo concreto, e bem sucedido, da aplicação da ecologia social e da teoria da atividade rotineira no Brasil.

A principal novidade do CRISP consiste na introdução de modelo que combina dois ingredientes: de um lado, pesquisa aplicada, multidisciplinaridade e formação sólida em análise quantitativa de dados para efeitos de planejamento e de avaliação; do outro, uma articulação de diferentes instituições e de órgãos públicos que lidam com o problema da criminalidade e da violência, sob a liderança de instituição universitária do mais alto prestígio acadêmico. Merece destaque a organização de dados pontuais de crimes na cidade de Belo Horizonte, que se constituiu em iniciativa inédita no Brasil e que se tornou referência em análises espaciais da criminalidade e no mapeamento de crimes.

O primeiro passo nessa abordagem é o reconhecimento de que é necessário ir além da simples localização dos endereços de ocorrências, para considerar o contexto socioeconômico em que o crime ocorre, a disponibilidade de alvos para a ação criminosa e a ausência de mecanismos de controle (elementos teóricos obtidos da teoria da atividade rotineira).

Embora o CRISP tenha pouco tempo de existência, já produziu resultados importantes. A partir do mapeamento das ocorrências de assaltos a táxi, foi possível identificar áreas críticas de incidência desse crime. Montou-se estratégia de ação que envolveu os motoristas e a polícia, com postos de interceptação e de apreensão de armas nessas áreas. O resultado foi a queda de 34% em assaltos, em 2001, por comparação com 2000. O Centro está ainda envolvido em projetos de mapeamento detalhado da violência em BH, sempre buscando relacionar delitos com condicionantes sociais.¹⁰

Outro exemplo reporta-se à pesquisa mais ampla sobre crimes urbanos, realizada em Belo Horizonte, em 2002 e detalhada na Revista Brasileira de Ciências Sociais. Os dados utilizados nesse trabalho provêm da Pesquisa de Vitimização realizada pelo Centro de Estudos em Criminalidade e Segurança Pública (Crisp) entre fevereiro e

março de 2002. Esse tipo de pesquisa contém informações sobre os acontecimentos criminais sofridos pelos indivíduos, sobre a quantidade e o tipo de perda incorrida e as características dos criminosos. Além disso, engloba informações sobre as características socioeconômicas, sobre os hábitos e sobre as características de residência e vizinhança dos indivíduos (BEATO FILHO; PEIXOTO; ANDRADE, 2004).

A pesquisa de vitimização, realizada em Belo Horizonte, considerou as seguintes categorias de crime: furtos (ato de apropriação de bens alheios sem que a vítima perceba a apropriação na hora da efetivação do ato); roubos (ato de apropriação de bens alheios em que a vítima percebe a apropriação na hora da efetivação do ato); tentativa de roubo (quando o indivíduo é vítima de roubo, mas consegue evitar a consumação do mesmo); furtos em residência (ato de apropriação de bens alheios que estejam dentro da residência da vítima, estando ela presente ou não); tentativa de furto em residência (quando o indivíduo é vítima de furto na residência, que, por algum motivo, não consegue ser efetivado); agressão (ato de ferir outrem com ou sem uso de armas); tentativa de agressão (quando o indivíduo é vítima de agressão, mas não é ferido) (BEATO FILHO; PEIXOTO; ANDRADE, 2004, p. 55).

Observou-se, após a coleta e a análise dos dados, a comprovação da teoria das atividades rotineiras, pois verificou-se a correlação dos dados colhidos com a noção de ofensor motivado, alvo disponível e ausência de guardiões, já que se constatou que:

1. A incidência de vítimas na amostra varia bastante conforme o tipo de crime considerado.

2. Com relação à idade, o grupo de 13 a 24 anos é o de maior incidência tanto de furto como de roubo. Isso pode estar acontecendo devido aos fatores “exposição”, “menor capacidade de proteção” e “proximidade entre vítima e agressor”. Indivíduos mais jovens, em sua maioria, são solteiros, frequentam mais lugares públicos sem se pre-

ocupar com a própria proteção. A proporção de agredidos na amostra vai diminuindo à medida que são consideradas faixas etárias mais elevadas.

3. Indivíduos que trabalham são vítimas preferenciais de todos os tipos de crime. No caso de roubo e de furto, uma possível explicação é o fato de serem mais atrativos, pois proporcionam maior retorno esperado do crime. No caso de agressão, a explicação pode residir no fato de estarem mais expostos, uma vez que transitam mais em locais públicos e mantêm maior proximidade com possíveis agressores, pois o círculo social é maior.

4. Os furtos e os roubos incidem mais em indivíduos com nível superior e nos três grupos de renda familiar mais elevada, mostrando a importância do fator atratividade.

5. Com relação aos hábitos, indivíduos que andam de coletivo, sobretudo à noite, apresentam-se como mais prováveis vítimas de todos os tipos de crime. Em coletivos, os indivíduos têm menor capacidade de proteção se comparados aos que circulam de carro, uma vez que estes têm menor contato com desconhecidos e, ao mesmo tempo, estão mais protegidos no interior de seus veículos (BEATO FILHO; PEIXOTO; ANDRADE, 2004, p. 78-81).

Assim, as pesquisas realizadas em Belo Horizonte pelo CRISP comprovam a eficácia da análise empírica de dados criminológicos feita à luz da teoria da atividade rotineira na realidade cidadina brasileira.

Além disso, destaca a correlação sistêmica entre a deficiência da estrutura municipal urbana e as taxas de violência presentes naquele local. Portanto, lutar por cidades planejadas por meio da gestão democrática garantidora das funções urbanísticas vincula-se ao sucesso do combate à violência urbana.

2) O planejamento urbano como política pública eficaz no combate à criminalidade urbana

O fenômeno da violência requer postura ampla na realização dos diagnósticos e a

implementação de políticas públicas inter-setorializadas. Conforme já demonstrado, a criminalidade é inseparável da problemática urbana, o que confirma a necessidade de conhecerem-se, em detalhes, os reflexos da crise econômica na sociedade e no cotidiano das pessoas. Os assentamentos humanos, feitos sem respeito às relações entre as pessoas, geram violência e criminalidade. Assim, o conhecimento científico e tecnológico deve constituir o suporte para maior eficiência no combate à criminalidade e à violência.

O planejamento urbano é fundamental na elaboração do planejamento estratégico das atividades de uma cidade, instrumentalizando a segurança como direito social, individual e coletivo. O combate à violência, assim como o planejamento da cidade, deve envolver políticas de setores distintos como educação, saúde, *lazer*, *iluminação pública*, *trabalho e moradia*, sendo os últimos diretamente vinculados às funções urbanísticas.

Há que ressaltar que a inexistência de planejamento urbano dificulta e torna ineficiente o combate à violência.

Por outro lado, dados empíricos, colhidos na cidade de Belo Horizonte, impõem a busca de novo modelo de gestão, que passa pela inversão de prioridades, enfatizando-se gastos sociais e de infra-estrutura nas periferias (zonas mais sujeitas à violência, entre outras razões, pela maior concentração de ofensores motivados e pela ausência de guardiões), em oposição às grandes obras centrais e viárias, e o engajamento popular no processo de decisão do poder instituído. São esses os dois grandes pilares da gestão democrática participativa.

A noção de ausência de guardiões nas grandes cidades enseja a participação popular prevista na Constituição Federal e concretizada no Estatuto da Cidade. É o que vem sendo chamado de processo de radicalização do sistema democrático, pelo aprofundamento dos espaços de co-gestão entre governo e comunidades locais para viabili-

zar a concretização do direito à cidade segura (DANIEL, 2001, p. 522).

A partir da Constituição de 1988, as cidades foram alçadas, por meio do *status*, concedido aos municípios, de ente federativo, a centro das políticas públicas de qualidade de vida dos cidadãos. Nesse aspecto, o Governo Federal criou o Ministério das Cidades para coordenar e para agilizar a implantação dos planos diretores municipais previstos na Constituição Federal.

O Capítulo IV do Estatuto da Cidade traz a garantia da participação popular na gestão urbana como a operacionalização de novo ordenamento jurídico-urbanístico. Trata-se de normas de processo político-administrativo que informam o “modo concreto de formulação da política urbana e da incidência dos dispositivos tratados nos capítulos anteriores, para o que se exige sempre a necessária participação popular” (BUCCI, 2002, p. 333).

Visando à concretização dessa diretriz constitucional, o Ministério das Cidades, por meio da Secretaria Nacional de Programas Urbanos, lançou diretivas para implementação do Plano Diretor Participativo. Tal política pública servirá para orientar os governos municipais e a sociedade na construção dos planos diretores já que, de acordo com o Estatuto das Cidades, os municípios com mais de 20 mil habitantes têm, até outubro de 2006, que elaborar ou que atualizar os planos diretores.

3) O lazer e a recreação: exemplo de respeito à função urbanística eficaz no combate à violência urbana sofrida e praticada por jovens

Sistema de lazer é sinônimo de sistema de recreio, traduzindo a idéia de espaço público reservado ao lazer ou a recreação, modalidade de direito social tutelado pela Constituição Federal (art. 6^o), que, na lição de José Afonso da Silva (1997, p. 248), exprime uma necessidade urbana. Para ele, lazer e recreação são funções urbanísticas; daí, são manifestações do direito urbanístico. Acrescenta que o lazer e a recreação reque-

rem lugares apropriados, tais como jardins, parques, praças de esportes, praias, e aí também entram as áreas verdes.

Uma política de esporte e de lazer que mobilize grupos tradicionalmente em risco (risco de tornar-se vítima – alvo disponível – ou ator da violência – ofensor motivado) previne atos predatórios ocorridos na cidade. É conveniente destacar que os jovens de classes populares, se comparados a outros estratos da sociedade, são dos grupos mais atingidos por esses fenômenos. Vários estudos demonstram que a precariedade dos serviços públicos e das condições de vida, a falta de oportunidades, de emprego e de lazer e as restritas perspectivas de mobilidade social contribuem como potenciais motivadores de ações violentas para esse contexto. Assim, tendo em vista a situação em que vivem os jovens de camadas populares, as esferas convencionais de sociabilidade já não oferecem respostas suficientes para preencher as expectativas desses jovens. Nos vazios deixados por elas, constitui-se outra esfera ou outra dimensão de sociabilidade cujas marcas principais são as transgressões.

A omissão estatal no campo do lazer implica o agir favorável à violência. A formação de gangues/galeras dá-se, em sua maioria, nos espaços onde a sociedade não tem respostas efetivas, por parte do poder público, para as demandas e as necessidades.

Esse não cumprimento de atribuições força o Estado a aceitar novo tipo de “ordem” imposta, de maneira geral, pelo crime e pela violência. No livro *Gangues, Galeras, Chegados e Rappers* (ABRAMOVAY; WAISEFISZ; ANDRADE, 1999), discute-se, também, que o “lazer negativo” contribui, efetivamente, para o aumento da violência, inclusive no Distrito Federal. Considerando a hipótese de existência de gangues, propõe-se o conhecimento de quem são os jovens que delas fazem parte bem como da sua representação/percepção sobre temas tais como violência, família, trabalho, educação, consumo, drogas, cidadania, futuro.

A relevância desse trabalho situa-se nos números, que demonstram a altíssima incidência de violência entre a juventude, principalmente nos grandes centros urbanos.

Nesse sentido, almeja-se discutir a relação entre a violência (sofrida e praticada por jovens) e a condição de desrespeito às funções urbanísticas do local em que os jovens se encontram. Esse desrespeito é oriundo da disponibilidade de recursos (materiais ou simbólicos) dos atores e do acesso à estrutura de oportunidades sociais, econômicas e culturais que provêm do Estado, do mercado e da sociedade civil; vincula-se, pois, a aspectos da política social do Estado.

Por meio da pesquisa *Cultivando Vidas, Desarmando Violências*, a UNESCO acompanhou, por meio de complexa rede de pesquisas e de avaliações, programas realizados por governos locais, ONGs e outras entidades da sociedade civil em 10 estados brasileiros (que desenvolveram atividades colaborativas no combate à violência e à construção de uma cultura pela paz, recorrendo ao lazer com e para jovens em comunidades sujeitas a vulnerabilidades sociais, econômicas e sociais).¹¹

A pesquisa concluiu que, por meio do estímulo ao lazer, foram criados espaços alternativos de estímulo à criatividade, à participação, à auto-estima e à formação artístico-cultural, oferecendo alternativas de ocupação do tempo, contribuindo para acentuada crítica à cultura e à prática de violência. Em outras palavras, de acordo com a análise da teoria das atividades rotineiras, diminuiu-se a incidência do “ofensor motivado” e do “alvo disponível”.

4) *Garantia de trabalho e de moradia digna: políticas públicas sociais eficazes para o combate da violência*

Um outro nível de prevenção, também vinculado ao *capital social*¹² de uma comunidade, é a realizada por meio da geração de emprego e de renda para os jovens e adultos, bem como pela garantia de moradia digna à população.

Nessa fase, a responsabilidade pela prevenção depende principalmente do Poder Público: Federal, Estadual e Municipal, com políticas públicas de geração de emprego e de construção de moradias, pois somente assim o cidadão vai sentir-se valorizado e sua auto-estima fará com que ele não tenha motivação para a prática de atos ilícitos (“ofensor motivado”).

O desemprego é fonte de violência urbana. Pesquisa realizada em 2004 pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo indica que a estagnação econômica tem impacto direto no aumento da criminalidade. O estudo foi feito no município de São Paulo, analisando 33 tipos de ocorrências policiais mais frequentes. Acentuada porção delas acompanha, quase mês a mês, a variação nas taxas de desemprego e as quedas no padrão de renda do brasileiro. De 2001 a 2003, o ganho médio dos paulistanos caiu 18,8% e a oferta de trabalho 22%, enquanto, nas ruas, furtos e roubos a transeuntes aumentaram quase na mesma proporção (23%). “Ao cruzar dados socioeconômicos e criminais, foi possível provar que a extrema necessidade pode ser incentivo ao crime”, diz o professor Leandro Piquet Carneiro da Faculdade de Ciências Políticas da Universidade de São Paulo (USP), um dos cinco pesquisadores responsáveis pelo estudo. Como exemplo disso, observa-se que, nos bairros com poder aquisitivo maior, o índice de violência é menor. Georg Simmel (1858-1918) já havia destacado, em 1900, no artigo “A metrópole e a vida mental”, que a vida urbana excita os nervos, intensifica as áreas de atrito entre os moradores da cidade, por meio da proximidade do convívio, pelo anonimato e pela indiferença (SIMMEL, 1973, p. 11-25).

A pesquisa também revelou que o grau de violência dos delitos pode variar de acordo com o nível de desespero econômico de quem os pratica. Os furtos, que não envolvem ameaça ou agressão direta às vítimas, têm relação mais direta com a queda na renda da população. “São crimes furtivos, em

que a ocasião e o risco são mais bem controlados pelo autor, que minimiza o risco”, diz Piquet. “Entre os que tiveram uma queda de renda, o crime mais comum são pequenos furtos no local de trabalho ou na rua”, explica. Eles costumam ser praticados por pessoas com menor propensão à violência, vindas de ambientes sociais mais estruturados, ou por adultos que não querem correr o risco de ser pegos pela polícia.¹³

É necessária a adoção de políticas sérias no campo do desenvolvimento econômico, para a geração de empregos e de habitação, buscando-se evitar o aumento da criminalidade.

O Estado democrático de direito pressupõe políticas públicas garantidoras das funções urbanísticas. A violência nasce da falta de esperança ou de perspectiva de vida melhor. A falta de trabalho, de moradia e de lazer geram vazio no coração, o que permite a instauração da violência. O ofensor pode ser motivado pela falta de esperança de dias melhores. Há, pois, correlação entre a Ordem Urbanística e a criminalidade.

Conclusão

Na *identificação das causas endógenas* (identificáveis por meio da “ecologia humana” e do comportamentalismo) da violência urbana e na *busca de soluções* para esse problema, o respeito às funções urbanísticas da cidade tem papel de destaque, consoante a diretriz pública constitucional de planificação das cidades para garantia do bem-estar de seus habitantes (art. 182 da Constituição Federal).

A falta de estrutura urbana municipal contribui para a existência e para o aumento da violência urbana. A teoria da atividade rotineira destaca a relação entre as taxas de crimes e as circunstâncias em que estes ocorrem. Estudos realizados, no Brasil e no Exterior, comprovam, empiricamente, que a ocorrência de um crime vincula-se à convergência espacial e temporal de um ofensor motivado, de um alvo disponível e da

ausência de guardiões. Tais elementos tendem a não ocorrer em cidades planejadas que garantam o pleno exercício das funções urbanísticas.

A garantia da recreação e do lazer nas cidades diminui as tensões sociais, dificultando o surgimento de ofensores motivados ao cometimento de delitos.

O trabalho e a moradia seguros ensejam a inexistência de alvos disponíveis, na medida em que amparam o exercício das atividades basilares da cidade, evitando situações de risco que tendem a aumentar a incidência dos crimes.

Exemplificando, a necessidade de participação popular na gestão da cidade, prevista na Constituição Federal e concretizada no Estatuto da Cidade, propicia a presença de guardiões nas grandes cidades, na medida em que conscientiza a população quanto aos problemas existentes em sua comunidade, o que minimiza a ocorrência de infrações relevantes para o Direito Penal e a qualidade de vida cidadina.

Assim, o combate à violência pode ser realizado por meio de políticas públicas garantidoras da dignidade da pessoa humana, nos termos da diretriz constitucional de garantia das funções urbanísticas. Protejam-se as funções urbanísticas de uma comunidade urbana para que sejam protegidos os seus habitantes!

Notas

¹ Por outro lado, Le Goff (1998, p. 26) assinala que: “Em 1300, menos de 20% da população do Ocidente reside em cidades e a maior aglomeração é, de longe, Paris, com... 200 mil habitantes, não mais”.

² As primeiras cidades surgiram há aproximadamente 3.500 anos antes de Cristo, nos vales das bacias do Rio Nilo (Egito), dos Rios Tigre e Eufrates (atual Iraque). As cidades nas sociedades da Antiguidade eram bem menores que as atuais. A Babilônia, por exemplo, possuía área de 3 milhas quadradas e a população de aproximadamente 15.000 pessoas. Roma, à época do Imperador Augusto, no primeiro século antes de Cristo, possuía em torno de 300.000 habitantes (GIDDENS, 1999, p. 467).

³ “Conhecida (...) pelo seu nome mundial, *behaviorism*, essa tem sido a escola de pensamento predominante na PSICOLOGIA acadêmica (...) William James supunha que a psicologia estudava os eventos mentais por meio da introspecção. Esse processo era notoriamente destituído de fidedignidade, faltando-lhe os meios de replicar as descobertas relatadas (...) B.F. Skinner tornou popular uma imagem do comportamentalismo como receita para resolver as ansiedades individuais e os males do mundo” (LOUCH, 1996, p. 108-109.)

⁴ “Um número de pesquisadores associados à Universidade de Chicago no período de 1920 a 1940, especialmente Robert Park, Ernest Burgess e Louis Wirth, desenvolveram idéias que por muito tempo influenciaram a teoria e a pesquisa da sociologia urbana” (GIDDENS, 1999, p. 470). “Essa analogia entre a ecologia vegetal e animal e a dimensão não intencional de vida social humana foi mais plenamente desenvolvida e aplicada no campo da sociologia urbana, em que Park e Burgess analisaram os efeitos da competição por recursos escassos entre indivíduos e grupos” (BENTON, 1996, p. 226).

⁵ Deve-se destacar que a violência é fenômeno complexo, constituído por vários elementos em interação. Na presente monografia, foi dada ênfase à questão da violência sob a ótica da filosofia do pragmatismo (a qual vincula-se a Escola de Chicago e o Comportamentalismo) que visa por meio de conhecimento científico amparar soluções para políticas públicas.

⁶ Em sentido oposto há outros estudos da primatologia que contrariam as conclusões da “gaiola comportamental”. Em 1971, B. Alexander, do Oregon Regional Primate Research Center, descreveu brigas ferozes e até mortais entre macacos japoneses, quando os animais previamente mantidos em cativeiro eram libertados num espaço 73 vezes maior (ALEXANDER, 1970, p. 270-285).

⁷ As idéias de Lombroso sustentaram um momento de rompimento de paradigmas no Direito Penal e o surgimento da fase científica da Criminologia. Lombroso e os adeptos da Escola Positiva de Direito Penal rebateram a tese da Escola Clássica da responsabilidade penal lastreada no livre-arbítrio. Com o despontar da filosofia positivista e o florescimento dos estudos biológicos e sociológicos, nasce a escola positiva. Essa escola, produto do naturalismo, sofreu influência da doutrina evolucionista (Darwin, Lamarck); sociológica (Comte, Spencer, Ardig e Wundt) e frenológica (Gall) (PRADO, 1999, p. 47).

⁸ Outra versão moderna de teoria sociológica de cunho ecológico, é dada por Merton, que afirma que a sociedade capitalista constantemente propõem metas de “sucesso” (dinheiro, sucesso, patrimônio, automóveis, roupas etc), sem no entanto oferecer a todas as pessoas os mesmos meios de alcan-

çar tais metas. A desigualdade entre meios e metas gera a violência. O espaço existente entre os meios que a sociedade dá a alguns (classes favorecidas) e as metas ideais, que sugere para todos, é preenchido pela conduta agressiva, que, assim, busca alcançar as metas por mecanismos não convencionais.

⁹ Esta noção encontra-se na política criminal adotada na cidade de Nova Iorque intitulada “tolerância zero” e que teria sido “importada” para algumas cidades brasileiras, tal qual Brasília. A estratégia, implantada pelo então prefeito Rudolph Giuliani, era não ignorar os pequenos crimes do dia a dia – pichações ou desordem, por exemplo – para criar um ambiente de ordem na cidade e, assim, evitar que pequenos problemas se transformassem em grandes crises. Os defensores da tese dizem que, se uma janela for quebrada em uma rua e nada for feito a respeito disso, alguns jovens podem começar a achar que têm carta branca para quebrar outras janelas e cometer pequenos atos de vandalismo. Com o tempo, o bairro ganharia fama de decadente e perigosos. Os cidadãos amedrontados ficariam longe da área e os criminosos ganhariam uma base para suas operações. Para os partidários do Tolerância Zero, a solução é resolver os pequenos problemas da comunidade antes que eles se tornem grandes.

¹⁰ CENTRO DE ESTUDOS DE CRIMINALIDADE E DE SEGURANÇA PÚBLICA (CRISP). Informações colhidas no site <http://www.crisp.ufmg.br/intro.htm>. Acesso em 15 de fev. 2005.

¹¹ Desde 1997, a UNESCO-Brasil iniciou série de pesquisas centradas nos temas de juventude, violência e cidadania. Alguns dos livros que resultaram dessas pesquisas são os seguintes: *Cultivando Vidas, Desarmando Violências – Experiências em Educação, Cultura, Lazer, Esporte e Cidadania com Jovens em Situação de Pobreza* (2001), *Juventude, Violência e Vulnerabilidade Social na América Latina: Desafios para Políticas Públicas* (2002) e *Escolas de paz* (2001).

¹² “O conceito de capital social convida-nos a explorar a infra-estrutura da sociedade civil e sugere que com sua análise se possam encontrar explicações do porque algumas localidades ou instituições apresentam maior vitalidade e eficiência no combate à exclusão social e à violência do que outras” (ABRAMOVAY; PINHEIRO, 2003, p. 4).

¹³ Cf. CRIME E DESEMPREGO, 2004, p. 20.

Referências

ABRAMOVAY, Miriam (Coord.). *Escolas de paz*. Brasília: UNESCO, Governo do Estado do Rio de Janeiro / Secretaria de Estado de Educação, Universidade do Rio de Janeiro, 2001.

- _____. *Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas*. Brasília: UNESCO, BID, 2002.
- _____; PINHEIRO, Leonardo Castro. Violência e vulnerabilidade social. In: FRAERMAN, Alicia (Ed.). *Inclusión social y desarrollo: presente y futuro de la comunidad iberoamericana*. Madri: Comunica, 2003.
- _____; WASELFSZ, Júlio Jacobo; ANDRADE, Carla Coelho; RUA, Maria das Graças. *Gangues, galeras, chegados e rappers: juventude, violência e cidadania nas cidades da periferia de Brasília*. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.
- ALEXANDER, B. Parental behavior of adult male Japanese monkeys. *Behaviour*, [S.l.], n. 36, p. 270-285, 1970.
- BARNETT, S. Anthony. *The story of rats their impact on us, and our impact on them*. Crows Nest, N.S.W.: Allen & Unwin, 2001.
- BEATO FILHO, Cláudio Chaves; PEIXOTO, Betânia Totino; ANDRADE, Mônica Viegas. Crime, oportunidade e vitimização. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 73-89, jun. 2004.
- BENTON, Ted. Ecologia. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom (Org.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Tradução de Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1996. p. 225-227.
- BRENNAN-GALVIN, Ellen. Crime and violence in an urbanizing world. *Journal of International Affairs*, New York, n. 56, p. 1-10, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson (Org.). *Estatuto da cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CALHOUN, J. B. A method for self-control of population growth among mammals living in the wild. *Science*, Washington, n. 109, p. 333-335, 1949.
- CENTRO de estudos de criminalidade e de segurança pública – CRISP. *Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.crisp.ufmg.br/intro.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2005.
- CLARKE, Ronald; FELSON, Marcus. *Routine activity and rational choice*. Londres: New Brunswick, 1993.
- CRIME e desemprego. *Revista Época*, Rio de Janeiro: O Globo, 5 de Abril de 2004, p. 20.
- DANIEL, Celso. A gestão local no limiar do novo século: desafios dos governos democráticos e populares do Brasil. In: MATTOS, Liana Portilho. *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- FERRI, Enrico. Criminal sociology. *Electronic Text Center, University of Virginia Library*, Charlottesville. Disponível em: <<http://etext.lib.virginia.edu/ebooks/Flist.html>>. Acesso em: 15 fev. 2005.
- FOUCALT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FREITAS, José Carlos de. Dos interesses metaindividuais urbanísticos. In: TEMAS de direito urbanístico. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, p. 281-303, 1999.
- GAVIRIA, A.; PAGES, C. *Patterns of crime victimization in Latin America*. Washington, DC: Inter-American Development Bank, 2000.
- GIDDENS, Anthony. *Introduction to sociology*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.
- LE GOFF, Jacques. *Por amor às cidades*. Tradução de Reginaldo Carmello Córrea de Moraes. São Paulo: UNESP, 1998.
- LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- _____. O uso social da terra urbana: sugestões à Constituinte. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 38, 1986.
- LOUCH, Alfred. Comportamentalismo. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom (Org.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Tradução de Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1996. p. 108-111.
- JACOBS, Jane. *The death and life of great American cities*. New York: The Modern Library, 1961.
- MUKAI, Toshio. *Temas atuais de direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SIMMEL, Georg. A metrópole e a vida mental. In: VELHO, Otávio Guilherme (Org.). *O fenômeno urbano*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1973. p. 11-25.
- STAHURA, John M.; SLOAN, John J. Urban stratification of places, routine activities and suburban crime rates. *Social Forces*, North Carolina, n. 66, v. 4, 1988.
- SUTHERLAND, Edwin H. *Criminology*. Philadelphia: J. B. Lippincott, 1924.
- WEBER, Max. *The city*. Translation and edition by Don Martindale and Gertrud Neuwirth. Glencoe, Illinois: The Free Press, 1958.

Aplicação da Lei Federal dos Juizados Especiais Criminais na Justiça Militar Estadual e Federal

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa

Sumário

1. Introdução.
2. Disposições da Lei nº 9.099/95.
3. Justiça Militar e Lei Federal nº 9.099/95.
4. Posição jurisprudencial.

1. Introdução

O art. 98, I, da Constituição Federal preceitua que “a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e o Estado criarão: I- juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau”.

Em atendimento às disposições do texto constitucional, foi promulgada a Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que somente entrou em vigor 60 dias após a sua publicação, ou seja, no dia 27 de novembro de 1995, revogando as Leis Federais nº 4.611, de 2 de abril de 1995, e nº 7.244, de 7 de novembro de 1984.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais trouxe, como bem observa Damásio E. de Jesus (1995), inúmeros avanços ao Direito Penal Clássico, que se encontra em plena concordata com presídios superlotados, sem qualquer infra-estrutura ou condições para dar cumprimento ao disposto na Lei de Execução Penal.

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa é Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, Mestre em Direito pela UNESP e Membro Fundador da Academia Mineira de Direito Militar.

Seguindo as modernas tendências do Direito que foram expostas e discutidas no 9º Congresso das Nações Unidas, realizado no Cairo (Egito), sobre a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, o Sistema Criminal e as Penas Alternativas, a Lei dos Juizados Especiais Criminais criou institutos que permitem a autocomposição entre a vítima e o acusado, tendo como base a reparação dos danos civis sofridos, a possibilidade de transação entre acusado e o Ministério Público, a disponibilidade da ação penal e a suspensão condicional do processo (JESUS, 1995).

No momento em que o Brasil vem sendo influenciado pelas correntes defensoras do movimento de “Lei e Ordem”, que acreditam que a criminalidade pode ser controlada por meio da edição de leis especiais federais que cominem penas mais severas e da supressão das garantias constitucionais, com institutos confusos, a Lei Federal nº 9.099/95 demonstra que existem outras formas de se combater a criminalidade e impor sanções ao cidadão, seja ele civil ou militar, sem retirar a sua dignidade e desrespeitar a Carta Política¹.

2. Disposições da Lei nº 9.099/95

O artigo 88 da Lei Federal nº 9.099/95 disciplina que: “Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas”.

Conforme disposição do artigo 95 da Lei, os Estados, o Distrito Federal e Territórios terão o prazo de seis meses, a contar da vigência da Lei, para criarem e instalarem os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

O fato de os Estados, Distrito Federal e Territórios terem o prazo de seis meses para criarem e instalarem os Juizados Especiais Criminais não impede que os institutos de natureza processual previstos na Lei sejam aplicados de plano ao final de sua *vacatio legis*².

A respeito do assunto, Damásio E. de Jesus (1995, p. 31) preleciona que “o juízo comum pode aplicar imediatamente, a partir de 27 de novembro de 1995, a exigência de representação nos crimes de lesão corporal dolosa leve e lesão corporal culposa (artigo 88 da Lei 9.099/95). O mesmo ocorre no tocante aos institutos da composição civil pela reparação do dano (artigo 74) e da transação (artigo 76), enquanto não foram criados os Juizados Especiais Criminais”.

Assim, os institutos de natureza processual previstos na Lei Federal desde o advento da Lei tiveram aplicação imediata pelos juizes das Varas Criminais e das Auditorias Judiciárias Militares, pertencentes à União ou aos Estados-membros.

3. Justiça Militar e Lei Federal nº 9.099/95

A lei ordinária que criou os Juizados Especiais Criminais é uma lei federal que veio em atendimento a expressa disposição prevista na CF, devendo ser observada e respeitada em relação aos institutos ali previstos. Nesse sentido, surge a seguinte indagação: a Lei Federal nº 9.099/95 é aplicável ao Direito Penal Militar?

No entender de Jorge Alberto Romeiro (1994, p. 40), “o direito penal militar é um direito especial, porque a maioria de suas normas, diversamente das de direito penal comum, destinadas a todos os cidadãos, se aplicam exclusivamente aos militares, que têm especiais deveres para com o Estado, indispensáveis à sua defesa armada e à existência de suas instituições militares”.

Na lição de Grispigni (apud ROMEIRO, 1994, p. 6), “o Direito Penal Militar é uma especialização, um complemento do direito comum, apresentando um corpo autônomo de princípios, com espírito e diretrizes próprias”. A especialidade da Justiça Castrense a princípio não impede a aplicação da Lei dos Juizados Especiais, uma vez que esta ou a Constituição Federal em nenhum momento fizeram restrições aos delitos capitul-

lados no Código Penal Militar (CPM). Assim, não cabe ao intérprete infraconstitucional, como ensina Michel Temer (1990) em sua obra *Elementos de Direito Constitucional*, dar à norma uma valoração que não foi atribuída pelo seu elaborador, que é o legislador.

A Lei, como observa Damásio E. de Jesus (1995, p. 40-41), impede a sua aplicação aos crimes que possuem rito especial, como abuso de autoridade, a propriedade industrial, de responsabilidade própria de funcionário público, contra a honra, tóxicos, de imprensa, que serão processados e julgados pela Justiça Comum.

Portanto, com fundamento em precedentes do Supremo Tribunal Federal e nos princípios constitucionais que foram estabelecidos na Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que, a princípio, a Lei Federal nº 9.099/95 se aplica na Justiça Militar, Estadual ou Federal.

4. Posição jurisprudencial

O Superior Tribunal Militar, desde o advento da Lei Federal nº 9.099/95, colocou-se contrário à aplicação dos Institutos da Lei dos Juizados Criminais na Justiça Militar da União. A respeito do assunto, foi inclusive expedida súmula por aquela Tribuna Superior, no intuito de pacificar a matéria.

O Supremo Tribunal Federal, até o advento do art. 90-A, que proibiu expressamente a aplicação da Lei dos Juizados Criminais na Justiça Militar, entendia que era possível a aplicação da Lei nº 9.099/95 na Justiça Militar, Estadual ou Federal, e por diversas vezes, em sede de *habeas corpus*, modificou as decisões proferidas pelo Superior Tribunal Militar e pelos Tribunais Militares Estaduais, com sede em São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

Após o advento do art. 90-A, o Supremo Tribunal Federal continuou mantendo o seu entendimento a respeito da aplicação da Lei dos Juizados Especiais na Justiça Militar,

observando que a lei federal que proibiu a aplicação dos institutos na Justiça Militar não poderia retroagir aos fatos ocorridos antes de sua vigência.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal tem como fundamento o princípio segundo o qual a lei penal somente retroage para beneficiar o réu e nunca para prejudicar. Esse princípio tem efetiva aplicação tanto no direito penal como no direito penal militar.

Os Tribunais de Justiça Militar, com o advento da lei federal que introduziu o art. 90-A na Lei Federal nº 9.099/95, passaram a entender que os benefícios previstos na Lei dos Juizados Especiais não poderiam mais ser aplicados na Justiça Militar Estadual em razão da especialidade do direito penal militar.

5. Considerações finais

A aplicação ou não da Lei nº 9.099/95, denominada de Lei dos Juizados Especiais Criminais, na Justiça Militar, Estadual ou Federal é uma matéria controvertida, existindo a respeito do assunto basicamente quatro correntes.

A primeira corrente, que vem sendo adotada pelo Superior Tribunal Militar – STM, entende que a Lei nº 9.099/95 em nenhuma hipótese poderá ser aplicada na Justiça Militar independentemente da natureza do crime, militar próprio ou impróprio. O Direito Penal Militar é um ramo autônomo do Direito com seus próprios princípios e fundamentos, que foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

A segunda corrente entende que a Lei nº 9.099/95 pode ser aplicada na Justiça Militar, uma vez que a lei não fez nenhuma exceção e o direito penal militar também se encontra sujeito aos mesmos princípios estabelecidos na Constituição Federal.

Uma terceira corrente, que vem ganhando força, entende que os crimes militares próprios não podem e não devem ficar sujeitos aos princípios estabelecidos na Lei dos

Juizados Especiais Criminais, mas, no caso dos crimes militares impróprios, como por exemplo, o crime de lesão corporal, violação de domicílio, entre outros, é possível a aplicação da lei federal.

A quarta corrente, que também vem ganhando força, entende que a aplicação ou não da Lei nº 9.099/95 depende do caso concreto praticado por militar, se este preenche os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos na lei e se a medida a ser aplicada servirá de reprovação ao ato praticado.

Além disso, para a concessão dos benefícios estabelecidos na Lei, deve-se analisar ainda se houve ou não violação aos princípios de hierarquia e disciplina, que são os fundamentos das organizações militares, estaduais ou federais.

No tocante ao art. 90-A, existem entendimentos de que esse dispositivo seria inconstitucional. O STF, no controle difuso de constitucionalidade, quando da análise de um recurso extraordinário, manifestou-se no sentido de que o artigo seria constitucional, ou seja, que a Lei Federal dos Juizados Especiais Criminais não poderia ser aplicada na Justiça Militar. No controle concentrado, não existe nenhuma decisão do Pretório Excelso a respeito da matéria.

Pode-se afirmar que, enquanto a matéria não for sumulada em conformidade com a nova sistemática adotada pela Constituição Federal de 1988 com base na Emenda Constitucional nº 45/2004, caberá ao Juiz de Di-

reito da Justiça Militar Estadual, e ao Juiz-Auditor da Justiça Militar da União, analisar no caso concreto se é possível ou não a aplicação dos institutos estabelecidos na Lei nº 9.099/95, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, e que os princípios de hierarquia e disciplina sejam efetivamente preservados.

Notas

¹ O Direito Penal Militar é um ramo autônomo do Direito, com princípios e regras que se aplicam aos militares federais ou estaduais. Não se pode esquecer que o direito penal militar também é regido pelos princípios estabelecidos na Carta de 1988 e nos Tratados Internacionais que foram subscritos pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos.

² Apesar do prazo estabelecido na Lei Federal, muitos Estados-membros, como por exemplo São Paulo, não criaram os Juizados Especiais Criminais. Nos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro, os Juizados Especiais Criminais há muito tempo são uma realidade.

Referências

JESUS, Damásio E. de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

A renovação do direito de propriedade

Leonardo Mattietto

Sumário

1. Construindo uma propriedade-função. 2. O renascimento da questão proprietária. 3. O discurso em torno da propriedade e o ensino jurídico. 4. A diversificação do conteúdo da propriedade e a superação do paradigma da propriedade solitária. 5. Conclusão.

1. *Construindo uma propriedade-função*

O Código Civil de 2002 preconiza que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (art. 1.228, § 1º).

De tal modo, o Código Civil, ao dispor sobre o direito de propriedade, admite a noção de *propriedade-função*, ao reconhecer que o direito deve ser exercido de acordo com suas finalidades econômicas, sociais e ecológicas. Abre-se, destarte, a perspectiva de renovação do próprio conceito de propriedade, tarefa que não é fácil, diante de um instituto que tem, por trás de si, séculos de história.

O princípio da função social da propriedade (Constituição de 1988, arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, § 2º, e 186) é o ponto de partida para a construção atual do Direito das Coisas, disciplina que, como se tem percebido, é possivelmente a área mais sensível do di-

Leonardo Mattietto é Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

reito privado¹, suscetível de refletir uma dimensão política do ordenamento, cuja nota de historicidade se faz presente nos textos constitucionais.

A Constituição de Weimar, de 1919, de perfil social-democrata, foi pioneira ao estabelecer que “a propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social” (art. 153). Sob esse prisma, a propriedade se apresenta como fonte de deveres para o titular, para além da perspectiva liberal de feixe de poderes (usar, gozar, dispor, reivindicar) sobre a coisa.

A Constituição brasileira de 1934 teve clara inspiração no modelo alemão da República de Weimar (Cf. GUEDES, 1998, p. 130). As cartas constitucionais seguintes, com destaque para os documentos democráticos de 1946 e 1988, foram fiéis a essa inclinação e a reforçaram, sendo certo que a Constituição vigente foi bastante peremptória ao afirmar, exatamente no rol dos direitos fundamentais, que “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5º, XXIII).

À luz do princípio constitucional, o direito de propriedade se renova e a titularidade dos bens assume formas diversas, não redutíveis a um único instituto jurídico². A função social é um princípio fundamental³, ordenador da propriedade privada, incidente sobre o seu conteúdo, norteador de seu reconhecimento e de sua atribuição, assim como razão de sua garantia.

Pode-se dizer, de outra maneira, que a função social da propriedade corresponde a “uma formulação contemporânea de legitimação do título que encerra a dominialidade” (FACHIN, 1996, p. 108).

Não se trata, no entanto, tão-somente de uma máscara para legitimar a propriedade privada⁴, mas de uma revisão do instituto sob a perspectiva funcional: a estrutura voltada à realização dos interesses do proprietário convive com a imposição de finalidades que transcendem os objetivos individuais⁵.

A propriedade coexiste com fins não-proprietários e mesmo não-patrimoniais,

principalmente os voltados à satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana (Constituição de 1988, art. 1º, III).

2. O renascimento da questão proprietária

O quadro constitucional e legal acompanha o renascimento da questão proprietária, como tema que interessa à política, ao direito e à economia:

“Lentamente, a questão proprietária voltou ao centro das atenções. Posta por longo tempo entre parênteses, colhe-se agora sempre mais claramente nas discussões e nas análises políticas, jurídicas, econômicas. Se sobre ela se prolongam ainda as sombras dos anos de eclipse, todavia os temas da propriedade aparecem de novo como um banco de prova decisivo” (RODOTÀ, 1990, p. 31).

Chama-se a atenção, outrossim, para o reconhecimento dos diversos estatutos proprietários, afirmados historicamente em sintonia com os projetos políticos e sociais correspondentes, impossíveis de se cristalizar em uma noção formalmente unitária de direito real⁶.

Nos dois últimos séculos, a doutrina civilista fez da propriedade *o direito subjetivo por excelência*, o mais completo e absoluto entre todos os direitos subjetivos⁷. O modelo reproduzido, em especial desde o Código Civil francês de 1804, era dotado de grande abstração, mas de caráter extraordinariamente compacto e formulado a partir de uma perspectiva simplificadora dos problemas reais.

A opção pela perspectiva reducionista e simplificadora não era, nem podia ser, decorrente do acaso. A idéia de simplificação implicava, com o mote da legislação soberana, a possibilidade de eliminar toda forma de incerteza no saber, universal e imutável, por se supor capaz do desenvolvimento de um conhecimento definitivo do real.

Com largo prestígio na filosofia e na teoria do direito, a visão crítica, apoiada no

paradigma da complexidade, compreende que a noção de legislação soberana seja substituída por uma pluralidade de discursos racionais ou sistemas interpretativos, a partir de *regras de jogo* distintas, em reconhecimento do singular e do contingente (Cf. VAN DE KERCHOVE; OST, 1992, p. 196).

A propriedade, alvitrada na Constituição da República, “é um direito cujo conteúdo pode variar, como verdadeira função social, nos termos e limites fixados pela lei, como expressão da vontade coletiva, desde que não seja ele esvaziado no seu conteúdo essencial mínimo” (LIRA, 1997, p. 161).

O enfoque empreendido é propositalmente desconstrutivista, desafiador das verdades absolutas e dos modelos pré-concebidos e com pretensão de eternidade. Não houve provavelmente, na teoria civilista, nenhum outro instituto tão glorificado como o direito de propriedade, que chegou a ser alçado, como no Código Napoleão, a centro de todo o sistema de direito privado.

O momento é particularmente favorável a que se empreenda essa atitude, no ensejo do advento do novo Código Civil:

“Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, debruça-se a doutrina na tarefa de construção de novos modelos interpretativos. (...) Afinal, o momento é de construção interpretativa e é preciso retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, à Constituição da República. Esta louvável mudança de perspectiva, que se alastra no espírito dos civilistas, não há de ser confundida, contudo, com uma postura passiva e servil à nova ordem codificada. Ao revés, parece indispensável manter-se um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil para que, procurando-lhe conferir a máxima eficácia social, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil-constitucional” (TEPEDINO, 2002, p. XV).

O direito burguês transformara a pessoa em indivíduo. A propriedade, tal qual o homem, isolara-se, dando azo ao *individualismo proprietário* descrito por Barcellona (1987). O Código Civil, lei burguesa por definição, era a constituição das relações privadas, esteio das relações econômicas, nas quais não devia interferir o Estado, mesmo para não alterar a “ordem natural das coisas” e dos seus mecanismos de apropriação.

O direito romano deixara bases sólidas para considerar a propriedade como o direito subjetivo máximo, como se colhe na definição de *dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*, aliás nem sempre bem compreendida⁸.

O uso moderno do direito romano, como se deu na Alemanha, nos séculos XVIII e XIX, com os pandectistas, retomou a noção de *dominium*, aproveitando-se a fórmula do *direito adquirido*, que na sua abstração delineou o compromisso da burguesia em ascensão com o feudalismo em declínio, tendo a dupla vantagem de recordar o velho e bom direito, ao mesmo tempo em que, por meio da sua indefinibilidade, permitia a concentração da propriedade burguesa (Cf. RITTSTIEG, 2000, p. 169).

No Brasil, o codificador Bevilacqua (1941, p. 114), ao começar o estudo da propriedade, o fez apontando “dados biopsíquicos”, para defender uma concepção evolucionista e naturalística desse instituto⁹.

Enquanto a exaltação da propriedade imobiliária e o aviltamento da *res mobilis* fixaram a tônica da construção jurídica do passado, como disserta o professor Caio Mário, “o assalto à cidadela proprietarista caracteriza a revolução social do presente, o combate aos privilégios assinala a tendência reformista de nossos dias” (PEREIRA, 2001, p. 6).

Como mostra a história, o discurso proprietário é contingente e precisa ser revelado, posto sob a lente de um ensino jurídico que não seja apenas a leitura rasteira das disposições legais, nem a informação, ain-

da que rica, do passado, mas a alma de uma concepção criativa e construtiva do Direito e de suas instituições.

3. O discurso em torno da propriedade e o ensino jurídico

Em excelente estudo, Cortiano Jr. (2002, p. 137) observa, a propósito do discurso jurídico em torno da propriedade, que:

“... a construção do modelo proprietário liga-se à total abstração do sujeito de direito, o que se reflete na conseqüente abstração das formas de exercício dos poderes proprietários e na infinita possibilidade de bens apropriáveis. Ao pretender permanecer intocado, o modelo está sujeito a rupturas, e uma delas pode ser visualizada no reconhecimento de que a propriedade deve ser exercida funcionalmente em razão dos interesses da coletividade”¹⁰.

Esse não é, por certo, um problema apenas brasileiro, mas de abrangência muito mais ampla, que vai além dos lindes da tradição jurídica romano-canônica – na qual proliferaram os códigos civis proprietários – e alcança também o *common law*, essencialmente jurisprudencial, em que a lei não é a fonte primordial do direito.

Para se ter idéia da universalidade do problema, tome-se o exemplo dos Estados Unidos, onde o constitucionalista Ackerman (1977, p. 26) critica a visão consensual existente em torno da propriedade, reprovando o hábito de se mandar os estudantes reproduzirem frases feitas¹¹.

O drama ecoa, lá como cá, no ensino jurídico. Como diz Cortiano Jr. (2002, p. 257), “o discurso proprietário mantém-se, pela via de um ensino jurídico descontextualizado, dogmático e disciplinar”. Prossegue, nesse passo, sustentando que:

“As rupturas que esse discurso sofre são restringidas no âmbito do ensino jurídico. O discurso do ensino, mediante procedimentos de interdição (aos

outros sujeitos e aos outros saberes), de separação/rejeição (da pesquisa e da extensão), da oposição verdadeiro/falso (dogmatismo acrítico), do comentário e do autor (ensino manualizado), da disciplina (o diálogo do direito consigo mesmo), dos rituais e sociedades de discurso (limites à articulação do saber), da doutrina (juridicização plena do mundo e do saber) e de apropriação social (o sistema educacional como um todo), reduz as possibilidades dessas rupturas” (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 257).

Algumas dessas rupturas, gerando uma imensa dificuldade para a doutrina, acostumada ao *numerus clausus* e à tipicidade dos direitos reais¹², bem como à solidez da dogmática acerca da propriedade, voltam-se para o direito de superfície¹³, a multipropriedade¹⁴ e o condomínio de fato¹⁵, por exemplo.

Cumprе alertar que o *numerus clausus* dos direitos reais, em verdade, mais que propiciador de segurança jurídica¹⁶, pode se converter em fenda a segregar, da ordem jurídica, os modelos praticados e socialmente reconhecíveis de apropriação dos bens¹⁷.

4. A diversificação do conteúdo da propriedade e a superação do paradigma da propriedade solitária

É necessário evitar a tentativa de reduzir qualquer regime de titularidade e apropriação dos bens ao paradigma da propriedade solitária (Cf. PUGLIATTI, 1964, p. 195).

O uso, a fruição e a disposição dos bens, assim como os limites a esses poderes do proprietário, são diferentes conforme cada modelo de titularidade albergado pela lei sob o nome de propriedade¹⁸.

Assim se compreendem variadas regras do Código Civil, tais como as de inalienabilidade e imprescritibilidade de bens públicos (arts. 100-102); extensão da propriedade do solo ao espaço aéreo e ao subsolo,

apenas em altura e profundidade úteis ao seu exercício (art. 1.229); na propriedade do solo, exclusão das jazidas, minas e demais recursos minerais, potenciais de energia hidráulica, monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais (art. 1.230); submissão dos bens móveis e imóveis a diferentes modalidades de aquisição da propriedade (arts. 1.226 e 1.227, bem como arts. 1.238-1.274); tratamento diferenciado para usucapião de bens imóveis (arts. 1.238-1.242) e móveis (arts. 1.260-1.261), e ainda rurais (art. 1.239) e urbanos (art. 1.240).

A rigor, é a própria Constituição de 1988 que trata diferentemente a propriedade urbana e a rural, tanto em termos de usucapião (arts. 183 e 191) e desapropriação (arts. 182, § 3º e § 4º, III, e 184), como de cumprimento de sua função social (arts. 182, § 2º, e 186).

A palavra *propriedade* não tem hoje, se é que já teve um dia, um significado unívoco, não se podendo manter “a ilusão de que à unicidade do termo corresponda a real unidade de um compacto instituto” (PUGLIATTI, 1964, p. 309), com o que esse autor descreveu “a propriedade e as propriedades” (*la proprietà e le proprietà*). O discurso plural não é artifício de retórica, porquanto aflora de um pluralismo político que seria ingênuo não se perceber¹⁹.

Na realidade, “não há que falar só em *redefinição da propriedade, mas em diversificação do direito de propriedade, no seu conteúdo*, conforme o bem de vida que esteja em jogo, visando à função social da propriedade, como um dos instrumentos da Justiça Social” (LIRA, 1997, p. 161).

5. Conclusão

A propriedade não é uma só, não sendo correto reduzir a sua dogmática a um instituto monolítico, cabendo, antes, perfilhar um conjunto de situações jurídicas complexas, compreensivas não apenas de poderes, mas também de deveres, que envolvem a titulari-

dade dos bens. Há diversas propriedades, como diferentes também são as destinações econômicas e as funções sociais dos bens.

O princípio constitucional da função social é ordenador da *propriedade-função*, modificando o conteúdo tradicional da propriedade, impondo-se como critério para afirmar ou negar o seu reconhecimento e a sua atribuição, assim como se erigindo em fundamento de sua garantia.

Notas

¹ Na lição do inesquecível professor Caio Mário, o Direito das Coisas “é a província do direito privado mais sensível às influências da evolução social. Em todos os tempos, à medida que a pesquisa histórica os ilumina, avulta a peculiaridade do assenhoreamento dos bens terrenos, como índice dos fenômenos sócio-políticos” (PEREIRA, 2001, p. 6).

² “A propriedade, afirmada pelo texto constitucional, reiteradamente, (...) não constitui um instituto jurídico, porém um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens. Assim, cumpre distinguirmos, entre si, a propriedade de valores mobiliários, a propriedade literária e artística, a propriedade industrial, a propriedade do solo, *v. g.* Nesta última, ainda, a propriedade do solo rural, do solo urbano e do subsolo. Uma segunda distinção, ademais, há de ser procedida, entre propriedade de bens de consumo e propriedade de bens de produção” (GRAU, 1990, p. 248).

³ Não se deixe de ter em conta, ainda que para dela discordar, a posição de Gomes (2000, p. 110): “Como quer que seja, o preceito constitucional que atribui função social à propriedade não tem valor normativo porque não se consubstancia nas normas restritivas do moderno direito de propriedade, mas simplesmente se constitui no seu fundamento, na sua justificação, na sua *ratio*”.

⁴ Novamente se pede vênias para divergir de Gomes (2000, p. 109): “Se não chega a ser uma mentira convencional, é um conceito ancilar do regime capitalista, por isso que, para os socialistas autênticos, a fórmula função social, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito técnico-jurídico, revela profunda hipocrisia pois ‘mais não serve do que para embelezar e esconder a substância da propriedade capitalística’. É que legítima o lucro ao configurar a atividade do produtor de riqueza, do empresário, do capitalista, como exercício de uma profissão no interesse geral. Seu conteúdo

do essencial permanece intangível, assim como seus componentes estruturais. A propriedade contínua privada, isto é, exclusiva e transmissível livremente”.

⁵ “Tanto na Constituição quanto na lei é fácil, hoje, encontrar obrigações ou ônus impostos aos proprietários que desatendem a função social que seus bens podem satisfazer, variando em cada caso, a depender do tipo de propriedade. Aquela, em verdade, ocupa-se muito mais com a fixação dos interesses públicos e sociais que devem ser respeitados por quem quer que seja, como a dignidade humana, o patrimônio público, o patrimônio cultural, o meio ambiente etc., apresentando-se de imediato como obrigações negativas e excepcionalmente positivas. E à lei compete estabelecer os limites, as obrigações e os ônus específicos relativos a cada tipo de propriedade, segundo as conveniências de cada momento histórico e do lugar” (MORAES, 1999, p. 138).

⁶ Nas palavras do autor: “Attraverso il riconoscimento della effettiva funzione storica dei diversi elementi costitutivi del sistema giuridico della proprietà, invece, possono emergere, a un tempo, le finalità perseguite con i diversi statuti e il progetto sociale d’insieme ad essi corrisponde, non più cristallizzato intorno ad un’unica nozione, formalmente unitaria, ma ricavato dall’osservazione diretta di una realtà non più rinsecchita in poche formule dottrinarie” (RODOTÀ, 1990, p. 55-56).

⁷ Exemplo disso está na obra do Conselheiro Lafayette, jurista brasileiro do século XIX: “O domínio (direito de propriedade no sentido estrito) é o direito real em toda a sua compreensão, ou antes é a síntese de todos os direitos reais; manifesta-se por todos os atos que o homem pode praticar sobre a coisa corpórea: é a plena *potestas*, o império exclusivo e absoluto da nossa vontade sobre a coisa” (PEREIRA, 1943, p. 24).

⁸ Explica-se que “il verbo *abuti* ha presso i Latini un doppio significato: il primo, che è il più comune, suona come *abusare*, nel senso di *servirsi od usare anche male di una cosa* e quindi si affermò che la proprietà era il diritto di usare ed anche di manomettere e distruggere per mero capriccio la cosa propria, senza una ragione morale od economica, che ne giustificasse siffatta destinazione; il secondo significato, meno volgare, ma usato non tanto dagli autori classici quanto dai giureconsulti, esprime la idea di *consumare*, nel senso cioè di *servirsi bene della cosa*, anche modificandola e distruggendola totalmente” (PICCINELLI, 1980, p. 1).

⁹ Disse Clóvis: “Naturalmente, esses sentimentos de puros animais, que eram, positivamente, os homens, em sua origem, desenvolveram-se com a marcha da cultura, tomaram feições ideais mais elevadas, mais puras, mais variadas, criaram novas manifestações da sensibilidade, transformaram

idéias e concepções, à medida que os homens se organizavam em círculos sociais de família, de clã, e de povo sob a forma de nação; mas, na essência e nas últimas raízes, estão apontados estados de alma. Esses sentimentos impelem a criatura humana (como também os outros animais) a buscar, no mundo exterior, o que lhe dê prazer e lhe evite a emoção contrária. Formam-se, assim, impulsos, inclinações diversas, entre as quais o denominado instinto de conservação, que é força ativa da apropriação dos bens da vida, e defensiva, para assegurar, com a própria existência individual, a desses mesmos bens. Como, porém, o homem vive em sociedade, a apropriação dos bens e a sua defesa assumem formas sociais, sem todavia eliminar, inteiramente, ou em porção excessiva, o impulso individual” (BEVILAQUA, 1941, p. 114).

¹⁰ O autor observa ainda que “essa ruptura liga-se ao ocaso do Estado liberal e ao surgir do Estado social. Os postulados do Estado liberal não iriam resistir às reivindicações de novos atores, ingressantes no jogo social. A noção de igualdade formal logo refletiria o fantasma da desigualdade material, e a separação entre Estado e sociedade daria lugar a um novo modelo de Estado” (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 137).

¹¹ “For in dealing with the concept of property it is possible to detect a consensus view so pervasive that even the dimmest law student can be counted upon to parrot the ritual phrases on command” (ACKERMAN, 1977, p. 26).

¹² Os dois princípios não devem ser confundidos. Por *numerus clausus*, entende-se que a enumeração, prevista em lei, é exaustiva, não se admitindo a criação, pela via negocial, de novos direitos reais (*Typenzwang*). O sentido do princípio da tipicidade, por outro lado, é o da conformação de cada direito real pelo *tipo* legal próprio, em que se define a respectiva extensão de poderes e deveres do titular (*Typenfixierung*), como se colhe da doutrina alemã (WOLF, 2003, p. 12-13).

¹³ O direito de superfície, envolvendo a titularidade de construções e plantações destacada da propriedade do solo, não era admitido no direito brasileiro desde a Lei nº 1.237, de 24 de setembro de 1864, até o advento do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10/7/2001, arts. 21-24). O Código Civil de 2002 recepcionou esse direito real típico (arts. 1369-1377), posto que de modo mais tímido que o Estatuto da Cidade. Antes desse diploma, Lira (1997, p. 168-169) vaticinou: “A instituição do direito de superfície consoma o acalentamento do sonho dos urbanistas, que é a separação do direito de construir do direito de propriedade, realizada aqui pela via negocial, com as galas de um direito real sobre a coisa alheia. Mas sua valia ganha em significado quando, partindo de terras públicas, pode apresentar-se como instrumento valioso em

uma política de regularização fundiária, sobretudo quando articulado com outros instrumentos, como um usucapião especial urbano, que poderiam ser utilizados na titulação de áreas faveladas, mocambos, palafitas, loteamentos irregulares promovidos a *non domino*".

¹⁴ Na problematização efetivada por Tepedino (1993, p. 82), após percorrer as teorias sobre a natureza jurídica da multipropriedade imobiliária, lê-se que "as dificuldades de enquadramento da multipropriedade no tipo dominical, através das diversas teses antes examinadas, tendentes a compatibilizar os limites ao conteúdo da senhoria, incidentes na multipropriedade, sugeriu a alguns tratar-se de direito real atípico, deslocando sua qualificação do âmbito do domínio, hipótese em que sua admissibilidade dependeria de lei específica, a menos que se entendesse superado o princípio do *numerus clausus*".

¹⁵ Como já tive a oportunidade de dizer, em outra sede: "Vê-se, pois, que o condomínio de fato não há de ser um instituto menos importante para o Direito Civil do que o direito de propriedade ou um outro direito real qualquer. Não é menos jurídico que o condomínio 'de direito', devendo ter os seus efeitos disciplinados, mormente quando se pensa na grave situação social que encerra" e que "não cabe, portanto, sob a alegação de que vigoram os princípios do *numerus clausus* e da tipicidade dos direitos reais, negar-se, *tout court*, a existência e a relevância específica do condomínio de fato" (MATTIETTO, 2004, p. 237-238).

¹⁶ Pode-se afirmar "que não é exclusividade do sistema de *numerus clausus* o poder de afastar a constituição de situações jurídicas reais que venham a demonstrar inconvenientes para a sociedade. Tal afastamento pode igualmente ocorrer em um sistema de *numerus apertus*, uma vez que, há muito tempo, o princípio da autonomia da vontade deixou de ser um paradigma absoluto do Direito, encontrando e conhecendo limitações e vedações as mais variadas possíveis" (GONDINHO, 2001, p. 58).

¹⁷ Sabe-se ainda que "o sistema de *numerus clausus*, por si só, não é suficiente para resolver a tormentosa problemática de tipos reais vigentes, que, dada a evolução social, representam manifesto inconveniente sócio-econômico, como, *v.g.*, a enfiteuse. Por tais razões, é de se questionar, hoje, a exclusão da autonomia da vontade no campo de criação de direitos reais, se este alijamento baseia-se tão-somente em razões de ordem histórica que já foram ultrapassadas desde o fim da Revolução Francesa, com a superação do modelo econômico característico do Antigo Regime, cuja riqueza nobiliárquica encontrava raízes na organização feudal da propriedade" (GONDINHO, 2001, p. 58).

¹⁸ "Il godimento, la disposizione, i limiti, i vincoli sono diversi secondo il tipo di proprietà; si che

non è possibile costruire una teoria delle limitazioni o una teoria del godimento o della disposizione della proprietà, ma è necessario costruire la teoria delle limitazioni di un certo tipo di proprietà, e quindi individuare altri tipi di limiti o di limitazioni che attengono ad altre forme di proprietà. E la pluralità di figure di proprietà, che è possibile rintracciare nel nostro ordinamento, si giustifica essenzialmente con due ampi ordini di motivi: o sotto il profilo del soggetto o sotto il profilo dell'oggetto. In altre parole, le diverse forme di proprietà sono differentemente disciplinate o per il fatto che titolare di quella proprietà occasionalmente o istituzionalmente è un particolare soggetto, o per il fatto che oggetto di quella proprietà sono beni che hanno una particolare funzione sociale e giuridica riconosciuta dal nostro ordinamento" (PERLINGIERI, 1971, p. 138-139).

¹⁹ "Sarebbe ingenuo, infatti, ritenere che il passaggio dalla proprietà alle proprietà significhi un voltar pagina, che consente di non dar più rilevanza alcuna ad una serie di norme, schemi ricostruttivi, concetti ordinatori, foggianti partendo dalla premessa di una proprietà sempre identica nei suoi connotati fondamentali" (RODOTÀ, 1990, p. 54).

Referências

ACKERMAN, Bruce A. *Private property and the constitution*. New Haven: Yale, 1977.

BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo proprietario*. Torino: Bollati Boringhieri, 1987.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 1941. v. 1.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. A cidade nuclear e o direito periférico: reflexões sobre a propriedade urbana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 723, p. 107-110, jan. 1996.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GUEDES, Marco Aurelio Peri. *Estado e ordem econômica e social: a experiência constitucional da república*

- de Weimar e a constituição brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- LIRA, Ricardo Pereira. Disciplina do uso do solo urbano: a propriedade urbanística. In: _____. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MATTIETTO, Leonardo. Do direito de propriedade ao condomínio de fato. In: XXX CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DE ESTADO, 30., 2004, Belém. *Livros de teses*. Belém: Imprensa Oficial, 2004. p. 234-241, v. 1.
- MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a constituição federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 4.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1943. v. 1.
- PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Napoli: Jovene, 1971.
- PICCINELLI, Ferdinando. *Studi e ricerche intorno alla definizione dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*. Napoli: Jovene, 1980.
- PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964.
- RITTSTIEG, Helmut. *La proprietà come problema fondamentale*. Napoli: ESI, 2000.
- RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1990.
- TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: _____. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VAN DE KERCHOVE, Michel; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: PUF, 1992.
- WOLF, Manfred. *Sachenrecht*. 19. ed. München: C. H. Beck, 2003.

A função social do contrato

Conceito e critérios de aplicação

Eduardo Tomasevicius Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Histórico da função social. 3. Significados de função social. 4. A função social do contrato. 5. A função social do contrato em sentido amplo. 6. A função social do contrato em sentido estrito. 7. A função social do contrato em sentido amplo na jurisprudência paulista. 8. Precauções e critérios para a aplicação da função social do contrato. 9. Conclusão.

1. Introdução

A função social do contrato é um dos institutos que melhor refletem a idéia de socialidade no Código Civil brasileiro de 2002.

A socialidade é, ao lado da eticidade e operabilidade, um dos valores que nortearam a elaboração do novo Código. Segundo Miguel Reale (2003), essa consiste no prelevamento dos valores coletivos sobre os valores individuais, sem, no entanto, suprimir a idéia de que o ser humano é o valor-fonte da hierarquia dos valores.

No presente texto, serão traçados os significados do termo “função social”, e qual o alcance dos efeitos desse instituto jurídico nas relações privadas.

2. Histórico da função social

A idéia de função social foi formulada pela primeira vez por São Tomás de Aquino, quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar.

Eduardo Tomasevicius Filho é Doutorando em Direito Civil da Universidade de São Paulo.

Essa idéia, no entanto, ganhou força apenas no século 19, devido às profundas alterações econômicas e sociais que ocorreram naquele período. No entanto, como sempre ocorre na história, as idéias filosóficas surgem com bastante antecedência em relação ao período em que as mudanças ocorrem.

Uma das doutrinas filosóficas que fundamentou as mudanças do século 19 foi o racionalismo, concepção segundo a qual a razão era o centro de todas as ações humanas. A expressão “penso, logo existo” ilustra bem essa visão de ser humano.

No campo econômico, a Revolução Industrial caracterizou-se pela liberdade como fundamento da organização econômica, deixando a “mão invisível” do mercado regular o funcionamento da economia no âmbito interno e internacional. (SMITH, 1981). Em consequência, surgiram alterações na ordem social, formando-se novas classes sociais: a burguesia, detentora do capital, e os trabalhadores.

Em vista dessas transformações, os institutos jurídicos daquela época foram fortemente marcados por um espírito de liberdade ilimitada.

No direito civil, o pressuposto de que o ser humano tem uma racionalidade ilimitada acarretou a igualdade formal entre as partes contratantes; todos os seres humanos são dotados de razão, sendo plenamente capazes de cuidarem da sua própria vida por meio da deliberação racional. Afinal, ninguém em sã consciência procura o pior para si mesmo.

Contudo, essa liberdade conferida pela pressuposição da racionalidade ilimitada, quando exercida em matéria contratual, revelou-se insuportável para o convívio social, porque muitos abusos foram praticados pelo exercício estrito da mesma. O exemplo mais marcante desse período foi o modo como eram celebrados os contratos de emprego, por meio dos quais se escravizavam os trabalhadores com jornadas enormes a baixíssimos salários e condições insalubres de trabalho.

Pouco tempo depois, reações surgiram a todos esses abusos praticados em conformidade com o direito. O socialismo foi a principal doutrina nesse sentido. Mas como esse era o “fantasma que rondava a Europa”, e propugnava a destruição da classe dominante e apropriação dos meios de produção pelos trabalhadores, buscou-se uma conciliação entre os interesses do capital e do trabalho.

O documento mais conhecido nesse sentido foi a encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, escrita em 1891, na qual estão retratadas as condições de miséria e escravidão em que se encontravam os trabalhadores, devido à exploração que sofriam pelos detentores do capital. A idéia central dessa encíclica é que era conveniente promover melhores condições de trabalho, do que correr-se o risco de a classe trabalhadora instituir o socialismo.

De acordo com Leão XIII, o socialismo insuflava o ódio dos trabalhadores contra os patrões; e, ao pregarem o fim da propriedade privada, iam contra a ordem natural das coisas, pois a propriedade seria um direito natural. O fato de uma pessoa ser patrão e outra, operário devia-se à diferença natural de uma pessoa para outra. Por isso mesmo, Deus não impôs a distribuição dos bens entre as pessoas: que cada um, de acordo com suas habilidades e talentos, obtivesse mais ou menos bens.

No item 16 da Encíclica, Leão XIII propunha o seguinte aos trabalhadores:

“(…) cumprir integral e fielmente o que por própria liberdade e com apoio da justiça se estipulou sobre o trabalho; não causar dano algum ao capital; não ofendam a pessoa de seus patrões; abster-se de toda violência ao defender seus direitos e não promover sedições; não mesclar-se com homens depravados, que alimentam pretensões imoderadas e prometem artificialmente grandes coisas, o que leva consigo arrependimentos estéreis e as conseqüentes perdas de fortuna”.

Para os patrões, propunha-se o seguinte: “(...) não considerer os trabalhadores como escravos; respeitá-los, como é justo, a dignidade da pessoa humana, sobretudo enobrecida pelo que se chama de caráter cristão. (...) Tampouco deve impor-lhes mais trabalho do que podem suportar suas forças, nem de uma classe que não seja condizente com sua idade e sexo”.

A importância da encíclica *Rerum Novarum* não está em falar de função social – afinal nenhuma referência a esse termo é feita – mas, sim, de reclamar melhorias nas condições de vida dos trabalhadores com fundamento na dignidade da pessoa humana: “A ninguém está permitido violar impunemente a dignidade humana, da que Deus mesmo dispõe com grande reverência”.¹

Anos mais tarde, o jurista e político Karl Renner², influenciado pelo marxismo, elaborou o conceito de função social. Com base na idéia de Marx de que a economia era a estrutura da sociedade, e o direito, a superestrutura que garantia o funcionamento da economia, Renner definiu que a função social de um instituto seria o reflexo da função econômica no âmbito econômico (RENNER, 1981, p. 49).

“Qualquer processo econômico que observe isoladamente do ponto de vista técnico é por sua vez uma parte da totalidade do processo social de produção e reprodução, separado pelo pensamento. Se esse processo for visto em conjunto, a função econômica torna-se função social do instituto jurídico.”

Portanto, para Renner, função significa-va finalidade. Ou seja, a função social de um instituto jurídico consistiria na finalidade desse instituto na economia. Contudo, na Constituição da Alemanha de 1919, da qual Karl Renner participou como constituinte, o conceito de função social assumiu outra proporção. O art. 153 da Constituição Alemã de 1919 dispunha o seguinte:

“Art. 153. A Constituição garante a propriedade, cujo conteúdo e limites serão fixados pela lei. (...) A propriedade obriga. Seu uso constituirá, também, um serviço para o bem comum.”

Ao falar-se que “a propriedade obriga”, estabeleceu-se ao proprietário a obediência a determinados deveres – no caso, um serviço – em face da sociedade. O direito não pode ser um fim em si mesmo; está a serviço da proteção da dignidade da pessoa humana.

Outro jurista que estudou a função social foi Leon Duguit, expoente do sociologismo jurídico. De acordo com Miguel Reale (1998, p. 441), Duguit encontrava na solidariedade a explicação de todos os fenômenos de convivência. O ser humano não seria auto-suficiente, o que ensejaria uma interdependência inevitável. A atividade particular de cada ser humano deveria harmonizar-se com as atividades dos demais, resultando numa divisão geral do trabalho.

Duguit sustentava que as transformações pelas quais o direito civil passa, levariam a uma alteração dos conceitos jurídicos tradicionais. O direito subjetivo, por exemplo, seria um conceito metafísico, porque teria por base a vontade humana, a qual não pode ser analisada objetivamente e seria substituído pela idéia de função social.

Influenciado pelo Positivismo de Comte, Duguit afirmava que todo ser humano teria uma função social a desempenhar e deveria desenvolver sua individualidade física, moral e intelectual o máximo possível. No mesmo sentido, ao falar da propriedade, disse que essa não seria um direito absoluto. Ao contrário, a propriedade seria condição indispensável para a prosperidade e grandeza da sociedade e, portanto, a propriedade não seria um direito, mas uma função social:

“Pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misi-

ón sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme su destino”. (DUGUIT, 1975, p. 179).

Ele também criticava a forma pela qual o direito protegia a propriedade, extremamente individualista e que não se preocupava com o exercício legítimo desse direito, o que provocava um uso pouco evoluído da propriedade na sociedade, permitindo-se a existência de propriedades meramente usadas para especulação comercial.

Porém, ao definir o conteúdo da função social da propriedade, houve um exagero para o outro extremo da problemática da liberdade: praticamente suprimiu-a. O conceito de propriedade seria transformado em propriedade-função e o direito não protegeria o direito subjetivo de ser proprietário, mas apenas garantiria a liberdade de o proprietário fazer com que sua riqueza cumpra a sua função social, o que levaria a uma socialização da propriedade, tomada no sentido de produção de efeitos para toda a sociedade. (DUGUIT, 1975, p. 240).

Nessa perspectiva, o conteúdo do direito de propriedade, por ser conferido pelo Estado, poderia ficar sujeito à consecução de determinados fins definidos pela ordem jurídica. Por essa razão, é possível exigir do titular desse direito o atendimento a um conjunto de deveres positivos e negativos em face da comunidade. Dessa maneira, “o proprietário não tem o direito subjetivo de usar a coisa segundo o arbítrio exclusivo de sua vontade, mas o dever de empregá-la de acordo com a finalidade assumida pela norma de direito objetivo”. (COSTA, 1997, p. 32).

Porém, surge a dificuldade de determinar o conteúdo dos deveres positivos, decorrentes da função social do instituto jurídico. Porém, como assevera Orlando Gomes

(1975, p. 73), “sob o ponto de vista jurídico, o exercício de acordo com o bem comum é insuficiente para a caracterização da função social”.

O constitucionalista italiano Santi Romano (1975, p. 142-143) desenvolveu o conceito de função a partir da conexão entre poderes, direitos e deveres. Além disso, foi ele quem estabeleceu a idéia de função social como “poder-dever”, que significa o exercício de um direito subjetivo, de tal modo que o mesmo não contrarie o interesse público.

3. *Significados de função social*

Podem-se identificar três significados para o termo “função social”.

O primeiro significado de função social, usado em sentido amplo, é o de “finalidade”³, ou “papel”.

Esse significado de função social refere-se à idéia de Karl Renner sobre a função social, como imagem da função econômica de determinado instituto. Nesse sentido, todos os institutos jurídicos têm função social.

A propriedade, por exemplo, tem diversas funções ou papéis. Pode funcionar como um bem destinado à moradia, ou para a subsistência de quem mora no campo, ou para o exercício de atividade econômica. Também funciona como reserva de valor, como ocorre nos países de tradição ibérica, nos quais as pessoas adquirem “bens de raiz” para investirem suas economias.

O significado de função social como finalidade social está caracterizado no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Dec-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), o qual estabelece que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O Código Civil de 2002 estabelece no art. 187 o seguinte: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. E o art. 1.228, § 1º,

primeira parte, estabelece que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”.

O segundo significado, usado em sentido estrito, é o de serviço realizado em benefício de outrem. A função indica relação entre duas pessoas, sendo que uma delas age ou presta um serviço em benefício da outra. Nesse sentido, o termo “função social” relaciona-se com o seu sentido etimológico, do latim *functio*, de *fungi* (exercer, desempenhar), que significa o *direito* ou *dever de agir*, atribuído ou conferido por lei a uma pessoa, para assegurar o preenchimento de uma missão. (SILVA, 1963, p. 722-723). Na tutela, por exemplo, o tutor exerce uma função, que é a de agir no interesse do tutelado. O administrador de uma empresa exerce seu cargo em benefício dos sócios ou dos acionistas. O funcionário público é uma pessoa cuja profissão é prestar um serviço em nome do Estado.

No caso da função social, o “funcionário” é o titular do direito; o beneficiário da relação funcional é a sociedade. Consiste na exigência de que o exercício de seu direito seja também uma prestação de serviço em benefício da sociedade, ou ainda, consiste na imposição de deveres para quem exerce determinado direito; daí falar-se que a função social é um “poder-dever”. De um lado, o titular do direito subjetivo tem direito – isto é, tem um poder, uma faculdade – em face de uma pessoa, da sociedade ou do próprio Estado. Estes têm a obrigação de sujeitar-se a esse poder, de respeitar esse espaço de liberdade do titular do direito subjetivo. De outro lado, o titular do direito subjetivo também é obrigado a cumprir com determinados deveres de ação e abstenção em face de terceiros. Surge, pois, para o indivíduo, um feixe de deveres que devem ser observados no exercício de determinado direito.

Em relação ao direito de propriedade, o proprietário tem o poder de usar, fruir e dispor de um bem, bem como não ser impedido de exercer aqueles direitos. Ou seja, todas

as demais pessoas, que não sejam proprietárias desse bem, devem sujeitar-se a esse fato.

Como aponta Harold Demsetz (p. 354-357), o direito de propriedade existe para que os recursos sejam usados de forma eficiente. Ele dá o exemplo de uma área destinada à agricultura. Uma pessoa prepara a terra, semeia e aguarda por meses o momento da colheita. Se não houvesse direitos de propriedade, qualquer um poderia aparecer na época da colheita e levar embora toda a produção. Em vista disso, o agricultor não tem garantias de que vai encontrar sua lavoura incólume. O risco de usar a terra para a agricultura será alto demais. Desse modo, direitos de propriedade fracos geram ineficiência na utilização de recursos.

Por outro lado, a exclusão de todas as pessoas do acesso aos bens do titular do direito de propriedade pode causar uma situação injusta. Enquanto uma pessoa se beneficia do uso, ainda que não esteja causando dano a outrem, muitas outras pessoas podem estar sendo privadas do acesso aos bens, como alimentação, moradia e vestuário.

O instituto da função social constitui uma “solução de compromisso” entre esses interesses em conflito. Permite-se o exercício de determinado direito, mas pode-se exigir que esse exercício seja socialmente útil. Portanto, nesse sentido, a essência do termo “função social” implica compensação, a qual se dá por meio da realização de deveres de ação ou de abstenção por parte do titular de um direito subjetivo.

O uso de uma propriedade rural, por exemplo, como reserva de valor não atende à função social, enquanto o seu emprego no exercício de atividade econômica, ao produzir alimentos, atende à função social. Por isso, a Constituição Federal tem normas que estabelecem qual o conteúdo da função social da propriedade urbana e rural:

“Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e

graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

O Código Civil, ao tratar da função social da propriedade, exige que o exercício do direito de propriedade seja compatível com a preservação da flora, fauna, belezas naturais, equilíbrio ecológico, patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (CC, art. 1228, § 1º).

Em relação à empresa, ao mesmo tempo em que a livre iniciativa é um valor fundamental da ordem econômica (CF, art. 170), porque seu exercício é socialmente útil, exige-se do empresário o exercício da atividade econômica de forma não nociva à comunidade. Impõem-se limites a esse direito, como o dever de não ferir a dignidade dos trabalhadores, nem prejudicar a concorrência, o consumidor ou o meio ambiente de forma indiscriminada.

Um problema do conceito de função social em sentido estrito está em estabelecer se todos os bens teriam função social – e, como será posteriormente discutido, se todos os contratos têm função social. Isso porque, sobretudo em relação à propriedade, encontram-se dificuldades em visualizar uma função social para com bens de uso pessoal, duráveis ou consumíveis. Por exemplo, é difícil apontar qual a função social do imóvel usado para sua moradia e de sua família, do automóvel, das roupas, dos eletrodomésticos. Tanto que a Constituição Federal de 1988 não foi capaz de dizer qual é a função social da propriedade urbana. O art. 182, § 2º, tem a seguinte redação: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de

ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Por isso, Stefano Rodotà (apud ALPA; BESSONE, 1980, 243-244) sustenta que nem todos os bens teriam função social. Ele faz a distinção entre bens de consumo e bens de produção, e que somente estes últimos teriam função social. Assim, objetos de uso pessoal, ou o imóvel destinado à moradia, não teriam função social, enquanto o maquinário de uma indústria teria função social.⁴ O conceito de função social da propriedade fica, pois, absorvido pelo conceito de função social da empresa.

O terceiro significado de função social, usado de maneira imprópria, é o de “responsabilidade social”. Nesse caso, que aparece relacionado à função social da empresa, é o de atribuição de deveres não relacionados com a atividade da empresa, tais como auxiliar na preservação da natureza, no financiamento de atividades culturais, ou no combate de problemas sociais, como o trabalho e prostituição infantis.

4. A função social do contrato

A função social do contrato consiste em uma transposição do instituto da função social da propriedade para o âmbito contratual. A função social do contrato recebeu destaque dentro do título que cuida dos contratos em geral. Está prevista no art. 421 do Código Civil:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Parece ser uma criação do direito brasileiro, porque nem os códigos civis europeus nem os códigos civis latino-americanos têm disposição semelhante. O único código civil que tem uma regra cuja estrutura lembra o art. 421 do Código Civil é o Código Civil italiano de 1942, cujo art. 1.322 tem a seguinte redação: “As partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato dentro dos limites impostos pela lei (e das normas corporativistas)”. O controle da liber-

dade contratual é feito apenas pela lei, posto que foram abolidas do direito italiano as normas corporativistas do regime fascista. A função social do contrato, portanto, tem por objeto restringir a liberdade de contratar.

O fundamento da existência da função social do contrato é a dignidade da pessoa humana. No entanto, essa afirmação não passa de mera tautologia, porque é mais que evidente que os institutos jurídicos têm fundamento na dignidade da pessoa humana. Com efeito, a função social do contrato é apenas mais um instrumento de aplicação de justiça ao caso concreto, conforme se verá abaixo.

Assim, para compreender a função social do contrato, é preciso analisar quais são as visões existentes sobre a liberdade de contratar, para, em seguida, compreender de que maneira a função social agirá sobre a mesma.

Existem duas visões sobre a liberdade contratual: a visão realista, e a visão legalista. A visão realista da liberdade contratual é aquela segundo a qual a liberdade de contratar é inerente ao indivíduo. Nessa visão, o indivíduo é capaz de se autodeterminar, no sentido de estabelecer para si mesmo uma conduta determinada e cumpri-la. Foi Kant (2003, p. 79) quem sustentou o fundamento da obrigação da conduta ética ser a autonomia da vontade, a qual, por sua vez, decorria da liberdade humana.

Nessa perspectiva, o direito pode apenas reconhecer que a vontade humana é fonte de direito objetivo. (D'EUFEMIA, 1942, p. 12). Resta ao direito apenas tutelá-la, garantindo-a, como no caso do ato jurídico perfeito, ou então, assegurando exequibilidade à promessa feita por meio da vontade livre. Nessa perspectiva, o direito contratual é o direito que tem por objeto a promessa, garantindo coercitivamente o cumprimento do que foi prometido.

Por sua vez, a visão legalista da liberdade de contratar consiste no fato de que essa somente existe porque o direito a confere.

Essa se torna uma concessão do Estado para o indivíduo. Fala-se em autonomia privada, no sentido de ser uma espécie de “competência legislativa” conferida aos indivíduos para que celebrem negócios jurídicos, no sentido de ato capaz de criar, modificar e extinguir direitos. Por isso, o Estado pode, em tese, não conferir nenhuma autonomia ao indivíduo. Pode ocorrer de o Estado conceder a liberdade de forma controlada, dando ao indivíduo a opção de escolher uma entre várias normas previamente estabelecidas pelo direito. Por exemplo, poder-se-ia estabelecer que somente são válidos os contratos típicos.

Numa concepção ampla da autonomia privada, o Estado pode conferir liberdade de contratar os indivíduos; porém pode impor determinados “encargos” ao exercício dessa liberdade. Nesse caso, o conteúdo da liberdade seria “positivo”. Os Estados que estabeleciam como um de seus fins a solidariedade social optavam por esse tipo de autonomia privada. Na explicação de Giuseppe D'Eufemia (1942, p. 10-11):

“No Estado corporativo, a autonomia privada é portanto conformada de modo que esta se manifeste em função dos interesses nacionais: a iniciativa individual e a capacidade de auto-regramento dos próprios interesses são reconhecidos aos privados, mas ao mesmo tempo são predispostos limites de controle que rendem a autonomia privada um instrumento de consecução de determinados fins do Estado”.

Por fim, o Estado pode conferir aos indivíduos poder para se auto-regrarem, contanto que não estejam em contradição com determinados preceitos estabelecidos pelo próprio direito, ou seja, uma liberdade “negativa”. Nesse sentido, o art. 1.322 do Código Civil italiano e o art. 187 do Código Civil brasileiro.

De acordo com essas perspectivas de liberdade, conclui-se que a função social, no sentido de finalidade social, corresponde à

concepção negativa de liberdade de contratar; se o instituto jurídico for usado da forma como foi criado e produzir os efeitos que dele se espera, sem causar dano a outrem, cumpre-se a função social.

Por sua vez, a função social em sentido estrito corresponde à visão positiva da liberdade de contratar, porque essa impõe a busca de determinados fins. Não basta que o instituto jurídico produza os efeitos que dele se espera, e que não cause dano a outrem. Requer-se, além de tudo isso, a consecução de determinados resultados ou de vantagens concretas para a sociedade.

Assim, na concepção negativa de liberdade, tem-se que a liberdade de contratar é exercida nos limites da função social do contrato. Na concepção positiva de liberdade, a liberdade de contratar é exercida em razão da função social do contrato.

No direito brasileiro, o art. 421 tem uma redação contraditória, pois estabelece, ao mesmo tempo, tanto a concepção negativa, quanto a concepção positiva de liberdade, já que a liberdade de contratar será exercida nos limites (concepção negativa) e em razão (concepção positiva) da função social do contrato.

O art. 421 foi objeto de crítica durante a fase de tramitação do projeto de lei que resultou no Código Civil. O então deputado Tancredo Neves propôs a Emenda nº 371, que sugeria a alteração da redação deste artigo, a seguir: “Ao interpretar o contrato e disciplinar a sua execução, o juiz atenderá à sua função social”. (IMPrensa NACIONAL, 1983, p. 254).

A razão apontada por Tancredo Neves foi a de que, “fora dos limites da função social do contrato, não pode ser exercida a liberdade de contratar”. Isso porque “o conceito de função social do contrato é impreciso”, afetando fundamentamente a liberdade de contratar e causando insegurança aos negócios. A emenda nº 371 foi rejeitada porque o art. 421 seria correspondente à função social da propriedade, prevista no art. 160, III, da então Constituição de 1969, bem como

a redação sugerida não seria capaz de solucionar o problema decorrente da imprecisão do termo. (IMPrensa NACIONAL, 1983, p. 637).⁵

Em junho de 2002, a Câmara dos Deputados organizou o Seminário “Novo Código Civil Brasileiro – O que muda na vida do cidadão”. Nessa ocasião, o Professor Antonio Junqueira de Azevedo apontou falhas na redação do art. 421, no sentido de ser indesejável estabelecer que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato. Para ele, a redação atual permite entender que a liberdade será exercida não em razão dos interesses do contratante limitado pela função social, transformando essa liberdade numa espécie de dever de funcionário.

O Conselho da Justiça Federal organizou em setembro de 2002 a I Jornada de Direito Civil, na qual foram proferidos 137 enunciados para a interpretação do Código Civil de 2002. Em relação à função social do contrato, foram proferidos os enunciados nº 21, 22 e 23:

“21 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

22 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

23 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

Por meio desses três enunciados, constata-se que ora se entende a função social

como finalidade social, ora como função social em sentido estrito, tal como a função social da propriedade.

É preciso, pois, esclarecer em que casos a função social do contrato manifesta-se como finalidade social, e em que casos ela se manifesta como “poder-dever” do contratante.

5. A função social do contrato em sentido amplo

Como mencionado acima, a função social do contrato como finalidade social relaciona-se com a concepção negativa de liberdade de contratar.

O direito procura assegurar que o uso correto da disciplina da liberdade é necessário por dois motivos. O primeiro deles é que o exercício da liberdade pode ser abusivo, e causar danos aos demais indivíduos, o que é socialmente indesejável. O segundo motivo é que os recursos materiais não estão disponibilizados igualmente para todos, o que requer um equilíbrio de interesses entre quem tem acesso aos bens e quem não tem acesso aos mesmos por meio do contrato.

O contrato é um instituto jurídico cuja função – entendida como finalidade – é a de promover a circulação e distribuição dos direitos de propriedade entre os indivíduos de uma sociedade. Tanto em contratos de interesses contrapostos, como é o caso da compra-e-venda, quanto nos contratos de interesses convergentes, como no contrato de sociedade, ocorrerá a circulação e distribuição de bens de acordo com o estipulado pelos indivíduos ou pelo direito. A razão é que uma eficaz circulação de direitos de propriedade entre as pessoas é socialmente desejável, pois esse fenômeno é que produz as riquezas em uma determinada sociedade. Quando a circulação dos direitos é feita de forma inadequada, o direito fornece “remédios” para que se possa corrigir essa situação.

Os códigos civis estabelecem como requisito de validade do negócio jurídico a exis-

tência de objeto lícito, ou, em determinados códigos, que o objeto também não seja imoral ou ofenda os bons costumes.

O primeiro exemplo de ilicitude do objeto (que também é caso de objeto imoral) é a proibição da venda de sangue e órgãos humanos. O Estado não admite a compra-e-venda; somente a doação. Essa proibição visa evitar que pessoas morram por não terem dinheiro para adquirirem um órgão, o que seria uma afronta à dignidade da pessoa humana. Por isso, caso ocorra uma compra-e-venda de órgãos, a circulação desta não ocorre da forma que se esperava; daí a nulidade do negócio, ou, em outros termos, o direito não atribui a esse negócio os efeitos jurídicos necessários à sua concretização.

Outra forma de controle do contrato por meio do objeto do negócio consiste no uso de normas de ordem pública.

A ordem pública consiste no conjunto de valores necessários à manutenção da sociedade. (FARIA, 1980, p. 11). As normas de ordem pública são aquelas que ora impõem uma conduta por parte do indivíduo, ora impõem uma proibição a esse, conforme o caso, de modo a assegurar a ordem pública. (SANTOS, [19 - -?], p. 247). Por essa característica, não podem ter sua eficácia afastada por disposição das partes.

O contrato de trabalho subordinado, antigamente sujeito às normas do contrato de locação de serviços, tornara-se um instrumento de escravização das pessoas. Com o passar do tempo, inúmeras normas de ordem pública surgiram para a proteção do trabalhador, como o estabelecimento de salário mínimo, oferecimento de condições salubres de trabalho, entre outros. Foram tantas normas nesse sentido, que surgiu um novo ramo do direito: o direito do trabalho.

Outro exemplo é a compra-e-venda. Se alguém vende uma casa para outra pessoa, o único interesse social envolvido nesse negócio é que ocorra uma boa circulação do direito de propriedade. Mas, se uma compra-e-venda de uma casa for entre ascendente e descendente sem a concordância dos demais

descendentes e do cônjuge, aí sim o Estado interfere na relação, por meio do direito, permitindo a anulação do contrato ao descendente que se sentir prejudicado (CC, art. 496). Pois, ao negar-se a possibilidade dos demais descendentes de impedir um negócio que lhes será desfavorável no futuro, impede-se a melhor circulação do direito de propriedade.

A recusa de contratar e a venda casada são exemplos em que uma das partes abusa da liberdade de contratar, seja ao impedir a circulação de bens e serviços, seja ao impor a circulação dos mesmos. Afinal, não se deseja que existam dificuldades de circulação de bens ou serviços, ou que se impeça o acesso a estes; ademais, não se deseja que essa circulação seja feita em sacrifício da vontade da outra parte. As cláusulas abusivas dos contratos são exemplos de violação da função social do contrato, porque consistem em distorções do modo por que circulam os direitos entre as pessoas. Essas cláusulas costumam exigir mais vantagens para uma das partes, em prejuízo da outra, devido à desigualdade de poderes na relação contratual. Pelo fato de que essa vantagem obtida é “anormal”, pois um contrato não é instrumento de enriquecimento sem que tenha sido realizada uma contrapartida. Nesse sentido, o direito brasileiro tem os institutos da lesão (CC, art. 157) e da resolução por onerosidade excessiva (CC, arts. 478-480).

A função social do contrato, entendida como finalidade social, está presente em todos os institutos jurídicos. Existem diversos “remédios” jurídicos que asseguram o cumprimento da função social do contrato. Por isso, a função social do contrato, prevista no art 421 do Código Civil brasileiro, aplica-se de forma residual, nos casos em que não previsto um determinado remédio para o problema de má circulação dos direitos de propriedade entre partes. Aliás, esse é o espírito das cláusulas gerais do Código Civil.

Um exemplo é a concessão de crédito às pessoas de baixa renda por instituições financeiras privadas no Brasil. O acesso ao

crédito por essas pessoas é extremamente oneroso. Diversas estatísticas publicadas demonstram que o índice de inadimplemento entre essas pessoas é muito baixo, ou seja, pagam-se rigorosamente em dia as suas obrigações. No entanto, a taxa de juros cobrada dessas pessoas é muito alta, em torno de 10% a 15% ao mês. A situação normal é que quanto maior o risco, maior o lucro; quando há baixo risco e altos lucros, é indicação de que há anormalidade no contrato. Logo, esses contratos não cumprem sua função social.

6. A função social do contrato em sentido estrito

A função social do contrato em sentido estrito está diretamente relacionada com a produção de externalidades no exercício de determinado direito. A ciência econômica usa o termo “externalidades” para designar as perturbações causadas a terceiros, pela impossibilidade de definir exatamente os limites de um determinado direito, isto é, não é possível impedir que o exercício de um direito interfira no direito das demais pessoas.

Imagine-se um imóvel que tenha no piso térreo uma oficina mecânica, e no primeiro andar, um consultório médico. (COASE, 1960). A oficina produz uma quantidade de ruído que atrapalha a concentração do médico no atendimento aos pacientes. A atividade do mecânico é uma externalidade para o médico, assim como a exigência do médico de obrigar o mecânico não produzir ruído é uma externalidade para este. Ou ainda a poluição gerada por uma indústria nas redondezas. Pode ocorrer de ser impossível a não produção de poluição, de tal modo que o uso máximo dos atributos de um bem causará uma redução das qualidades de outros bens. A solução adotada pelo direito é impor compensações aos prejudicados pelo exercício do direito do causador da externalidade.

Como se pode perceber nos exemplos acima, a provocação de externalidades de-

correntes do exercício de um direito se dá com frequência no caso dos direitos absolutos, exercidos *erga omnes*. No entanto, isso é mais difícil ocorrer com o contrato, porque sua estrutura se desenvolveu para que somente as partes que o celebram obtenham efeitos jurídicos decorrentes do mesmo. Não é um instituto jurídico destinado à produção de efeitos para terceiros. Isso porque o fundamento da liberdade de contratar é a autonomia da vontade, isto é, só é possível a existência de obrigação quando a própria pessoa se impõe esse compromisso, o qual, se não cumprido, pode ser exigido coercitivamente com fundamento em uma norma jurídica a qual estabelece a obrigação de cumprir os compromissos que assumiu perante a outra parte. Dessa forma, quem não participa da relação contratual não se comprometeu a nada, e, por isso, não está sujeito a quaisquer efeitos jurídicos decorrentes dessa relação contratual. A isso se dá o nome de princípio da relatividade das obrigações.

No entanto, há situações em que o exercício de um direito relativo, como o direito de celebrar contratos, pode produzir externalidades à comunidade. No direito brasileiro, o direito concorrencial e o direito agrário têm essa função.

O direito concorrencial, entre outras coisas, zela para que a celebração de determinados contratos entre empresas que afetam a organização dos mercados, tais como a aquisição de uma empresa por outra, *joint ventures*, *franchising* e sociedades cooperativas, não produza externalidades no mercado.

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, prevê dois tipos de controle para a preservação da concorrência: o controle de condutas e o controle da organização industrial.

O controle de condutas que constituem infração à ordem econômica é feito em conjunto pelos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884.

O art. 20 estabelece que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma

manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante”. O art. 21 discrimina as condutas que configuram infração à ordem econômica, caso produza qualquer dos efeitos tipificados no art. 20 e seus incisos. Algumas dessas condutas previstas no art. 21 visam assegurar a função social do contrato. Isso porque a lei não admite que a liberdade de contratar seja feita em prejuízo da sociedade.

Por exemplo, a formação de acordo para a obtenção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, tal como prevista no inciso II do art. 21, pode ser um meio para a obtenção de melhores resultados econômicos para as partes do mesmo. O *franchising* consiste em uma rede de contratos entre o franqueador e o franqueado, por meio dos quais o franqueador, detentor de uma tecnologia própria para a fabricação de produtos ou prestação de serviços, e de uma marca com boa reputação no mercado, permite ao franqueado beneficiar-se desses bens, mediante remuneração e exclusividade na comercialização dos produtos e serviços relacionados ao objeto do contrato. Dessa maneira, surge uma cooperação entre diversos agentes econômicos. As sociedades cooperativas também podem produzir o mesmo efeito econômico, de ação concertada entre concorrentes. Contudo, quando a ação concertada produzir efeitos prejudiciais à concorrência ou aos consumidores, a Lei veda a continuação desse acordo, ainda que não haja dolo por parte das partes do mesmo.

O exemplo mais interessante é o controle prévio da organização econômica de um determinado mercado. O art. 54 da Lei nº 8.884 impõe, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, o julgamen-

to dos “(...) atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”.

Nesse caso, a aquisição de uma empresa ou por sua concorrente, ou por seu fornecedor ou de quem é fornecedora, ou a formação de uma empresa em que figure como sócios concorrentes em um determinado mercado (p. ex. *joint ventures*) somente poderá ocorrer se as externalidades produzidas no mercado forem aceitáveis nos termos da lei.

Tendo em vista a idéia de função social como “compensação”, o § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884 permite ao CADE autorizar esses atos de concentração previstos no *caput* do art. 54, desde que atendam as seguintes condições: I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. O § 2º do art. 54 permite a aprovação de atos de concentração, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do § 1º, quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Assim, o direito permite que contratos de aquisição, fusão, *joint ventures*, cooperativas e *franchising* sejam realizados. Mas, por outro lado, quando esses contratos produzem externalidades, exige-se que a sociedade não seja prejudicada, ou, em determinados casos, que a sociedade participe das vantagens da celebração desses contratos, como forma de compensação pelas perdas

que sofrerá por força das externalidades. Nessa perspectiva, a liberdade de contratar será exercida na acepção “positiva” do termo.

O segundo exemplo, lembrado durante os trabalhos do 1º Congresso Ítalo-Luso-Brasileiro de Direito Civil Comparado, é o direito agrário brasileiro. Tendo em vista que a exploração de atividade agropecuária pode comprometer a preservação ambiental, a Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), e o Decreto nº 59.566, de 14 de novembro de 1966, impõem a conservação dos recursos naturais como objeto dos contratos agrários:

Lei nº 4.504

“Art. 13 – Os contratos agrários regulam-se pelos princípios gerais que regem os contratos de Direito comum, no que concerne ao acordo de vontade e ao objeto, observados os seguintes preceitos de Direito Agrário:

(...)

III – obrigatoriedade de cláusulas irrevogáveis, estabelecidas pelo IBRA, que visem à conservação de recursos naturais;”

Decreto nº 59.566

“Art 13. Nos contratos agrários, qualquer que seja a sua forma, contarão obrigatoriamente cláusulas que assegurem a conservação dos recursos naturais e a proteção social e econômica dos arrendatários e dos parceiros-outorgados a saber (Art. 13, incisos III e V da Lei nº 4.947-66);”

Pode-se concluir que a função social do contrato, tomada em sentido estrito, não está presente em todos os contratos. Somente é possível falar em função social quando a celebração de determinado contrato produzir externalidades à sociedade. A compra-e-venda de um chocolate, ou de um automóvel, não tem função social, porque terceiros não sofrerão efeitos desse contrato, mas a compra-e-venda de uma empresa tem função social, porque isso pode afetar a organização dos mercados, e a vida das pessoas em geral.

7. A função social do contrato em sentido amplo na jurisprudência paulista

Foi visto acima a previsão legal da função social do contrato. Agora resta analisar a aplicação jurisprudencial desse instituto, e será a forma pela qual será dada a concretezude ao art. 421 do Código Civil. A jurisprudência, sobretudo no Estado de São Paulo, vem enfrentando a questão da função social do contrato nos contratos em matéria de planos de saúde. Entre 1998 a 2004, foram proferidos mais de cinquenta acórdãos sobre a mesma matéria. O problema enfrentado pelos tribunais é o seguinte: a pessoa contrata um plano de saúde, que exclui por via contratual a cobertura de tratamento de cirurgias de redução de estômago, displasia mamária e AIDS, entre outros.

Trata-se da contratação⁶ de um plano de seguro-saúde, cujo contrato previa expressamente a exclusão do tratamento de displasia mamária. A esposa do segurado tinha esse problema de saúde e foi operada. A companhia de seguros, sem saber que o motivo da cirurgia era a doença excluída contratualmente, pagou pela mesma. Posteriormente, ingressou com ação contra o segurado, para reaver o dinheiro pago ao hospital. O Tribunal condenou o segurado a restituir à companhia de seguros o valor pago pela cirurgia, com fundamento de que prevalecia a livre autonomia das partes de excluir contratualmente a cobertura de determinadas doenças, posto que, em matéria de seguros, é lícita a exclusão de determinados riscos, por serem tão graves ou extensos, que podem comprometer o equilíbrio da mutualidade do seguro.

Referência expressa à função social do contrato foi feita, mas, mesmo assim, não foi aplicada ao caso concreto:

“A Turma Julgadora não está alheia a doutrina atual que prega uma nova função social do contrato, um tema sedutor e muito bem analisado por Orlando Gomes e Antunes Varela

(‘Direito Econômico’, Saraiva, 1977). A inalterabilidade das convenções (*pacta sunt servanda*) continua como fator de segurança, mas a boa-fé contratual obriga o juiz a buscar o equilíbrio pela finalidade do contrato, com a sua adaptação às necessidades reais do contratante socialmente mais fraco. (...) Rejeitar a exigibilidade da cobrança seria transformar o seguro de natureza privada em assistência social, agindo o Judiciário como interventor nas relações econômicas para colocar empresas particulares no exercício de funções que são próprias do Estado”.

Porém, nos últimos anos, houve uma mudança de entendimento, no sentido de tutelar o contrato com base na função social do contrato.

Nesse caso a ser analisado⁷, que ilustra a mudança de entendimento sobre o tema, a autora da ação tinha obesidade mórbida (seu índice de massa corpórea era superior a 43) e processou o plano de saúde para autorizar a cirurgia de redução de estômago. Essa cirurgia não era cadastrada pela AMB – Associação de Médicos Brasileiros, e o contrato entre a autora e o plano de saúde excluía a cobertura de procedimentos cirúrgicos não classificados nos catálogos médicos. O plano de saúde foi obrigado a autorizar a cirurgia, com base na função social dos contratos de planos de saúde:

“A autora, ora agravada, aderiu ao plano com a agravante quando menor, o que afasta a idéia de estar agindo com má-fé (como hipóteses de doenças pré-existentes ou de procedimentos cirúrgicos de alto custo, como transplante de medula óssea, por exemplo). Sempre pagou as prestações para manter hígido o sistema equilibrado e o regime de custo benefício. Agora, quando a urgência clama pela ‘gastrologia redutora’, uma chance real de combate à obesidade mórbida, a recusa ao financiamento deve ser

preponderante ao fator utilidade médica e social da medida médica que se pretende realizar. Caso contrário, não cumpre o contrato sua função social”.

Ainda em casos de planos de saúde, tem-se proibido a rescisão unilateral de contratos cujo segurado seja pessoa com mais de sessente anos, porque o risco faz parte desses contratos, e a rescisão consiste em violação da função social do contrato:

“O pressuposto ideológico do contrato não é uma matriz vulnerável. Ao contrário: a base da operacionalidade é justamente o cumprimento da assistência médica sem discriminação do conveniado, sem o que o ajuste perde sua função social e passa a ser categorizado como instrumento rentável das entidades que exploram tais segmentos. O risco integra a comutatividade, de sorte que é impossível rescindir o contrato pela presunção de que pessoa velha não oferece lucros, um absurdo que cumpre reprimir com rigor”. (TJSP. Ap. Cível nº82.043-4/0. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani. j. 01/02/2000).

Nesse caso, a rescisão unilateral do contrato viola a função social do contrato, pois se o segurado idoso realiza sua contrapartida, pagando as mensalidades do plano de saúde, não há por que interromper o contrato. Permitir a interrupção do contrato implicaria uma má circulação dos serviços de atendimento médico. Por isso, nesse caso, a função social do contrato, aplicada residualmente, pode ser um instrumento útil para corrigir essa situação, tendo em vista que não se pode falar em objeto ilícito, ou ser possível aplicar outros institutos jurídicos. Porém, o aplicador da norma jurídica deve ficar atento à existência de institutos jurídicos já previstos no direito para a solução do caso concreto, e não aplicar o art. 421 em toda e qualquer situação.

8. Precauções e critérios para a aplicação da função social do contrato

Por fim, é preciso refletir sobre o alcance dos efeitos da função social do contrato, a fim de evitar que a aplicação desse instituto possa-se revelar injusta, ainda que bem intencionada.

Constata-se que, na aplicação do conceito de função social do contrato, e em atendimento à solidariedade social, a empresa administradora do seguro-saúde e os demais segurados foram obrigados a socorrer a uma das seguradas, estendendo-se a cobertura do plano para a operação de obesidade mórbida. Em outras palavras, enquanto um dos segurados se beneficiou da cirurgia sem contrapartida financeira, a empresa administradora e os outros segurados (que não tiveram acesso a esse benefício) tiveram que arcar para que apenas um dos segurados tivesse acesso à mesma.

Dessa forma, a aplicação do conceito de função social do contrato sem qualquer critério faz com que esse instituto se converta em responsabilidade social da empresa (e das demais pessoas). É um fato esse que convém ao Estado, pois esse, por meio do uso de um termo carregado de significado (afinal quem é contra a função social do contrato?) poderá deixar de cumprir com suas obrigações, no sentido de não disponibilizar determinados serviços públicos. Se o Estado não existe para servir, então só se pode concluir que este se tornou um fim em si mesmo.

No caso das autorizações para a realização das cirurgias, verifica-se que a empresa de seguro-saúde, ao não cobrir determinadas doenças, não está, dessa forma, obtendo mais vantagens em prejuízo dos segurados. Ao contrário, a concessão dessas cirurgias a um dos segurados representará uma desvantagem para a empresa, e para os demais segurados. Assim, estender a cobertura a apenas um segurado consiste em enriquecimento sem causa, já que os demais segurados da mesma faixa etária esta-

rão financiando um dos segurados, sem que essa possibilidade lhes seja facultada. Ao contrário, ainda que imbuído de boas intenções, pode-se fazer justiça em um caso mediante a provocação de injustiça às demais pessoas na mesma situação. Por isso mesmo, como medida de atendimento às necessidades dos segurados e preservação do equilíbrio contratual, promoveu-se a reestruturação do setor.

É possível, a partir dos exemplos acima, estabelecer um critério para a aplicação da função social do contrato em sentido amplo: quando um dos contratantes obtiver vantagens injustificadas em um contrato, que implicar uma má circulação dos direitos de propriedade, e não houver um instituto jurídico próprio para a correção dessa anomalia, aí sim se aplica a função social do contrato. Do contrário, a aplicação da função social do contrato implicará enriquecimento sem causa para a outra parte.

Nos contratos analisados pelo CADE, verifica-se a imposição de função social, quando o contratante, ao exercer sua liberdade, estiver obtendo uma vantagem desproporcional em prejuízo da sociedade. Por exemplo, a constituição de uma *joint venture* que configure cartel e fixe os preços de determinado produto ou serviço no valor mais alto possível. Fica evidente que haverá um aumento injustificado dos lucros em prejuízo dos consumidores. Por isso, a lei autoriza o CADE aprovar essa *joint venture*, contanto que a sociedade possa-se beneficiar desse contrato, como medida de justiça. Ou, quando isso não for possível, vetar a constituição da mesma.

Logo, o critério para a aplicação da função social do contrato em sentido estrito é o seguinte: a liberdade de contratar deve atender à função social do contrato, somente quando o contratante estiver obtendo vantagens injustificadas, porém lícitas, ou à custa da produção de externalidades. Assim, para compensar a sociedade pelas perdas que sofre, a função social do contrato impõe deveres no exercício dessa liberdade

contratual, a fim de compensar a sociedade dos efeitos que sofre decorrentes do contrato.

Assim, propõe-se um esquema de aplicação do princípio da função social do contrato:

1. O exercício da liberdade de contratar provoca externalidade à sociedade? Se não há, o contrato não tem função social; se sim, impõe-se o dever de compensar a sociedade com fundamento na função social do contrato.
2. Verificar se o contrato está desequilibrado para uma das partes.
3. Verificar se o reequilíbrio da relação contratual implicará sacrifícios não relacionados com o contrato para a outra parte (responsabilidade social da empresa, enriquecimento sem causa). Se causar sacrifícios, o contrato já cumpre sua função social.
4. Verificar se existe instituto jurídico destinado a corrigir o desequilíbrio contratual. Se não houver instituto, aplica-se a função social do contrato.

9. Conclusão

A função social do contrato é um instituto jurídico destinado à realização de justiça ao caso concreto. Trata-se de uma limitação à liberdade de contratar, para que, em sentido amplo, os institutos jurídicos produzam seus efeitos regulares; em sentido estrito, impõe deveres à liberdade de contratar, quando o seu exercício provocar externalidades à sociedade.

Existem diversos institutos jurídicos que asseguram a função social do contrato em sentido amplo, entendida como finalidade social, como a lesão, a resolução por onerosidade excessiva, bem como as normas de ordem pública e a análise do objeto do contrato. Por isso a aplicação do art. 421 do Código Civil é residual.

A função social do contrato em sentido estrito está consagrada no direito concorrencial e no direito agrário, que são ramos do direito que tratam de relações jurídicas cujo objeto é do interesse da coletividade,

como o mercado e a exploração econômica do ambiente. Sua aplicação visa a compensar a sociedade dos efeitos que o contrato pode causar a terceiros. Deve-se atentar para o fato de que a maior partes dos contratos não causa externalidades a terceiros; mas quando isso ocorrer, aí sim se aplica o art. 421 do Código Civil.

Colocada como princípio de direito contratual no Código Civil, deve ser aplicada com cautela, pois a falta de critérios de sua aplicação pode implicar responsabilidade social do indivíduo e das pessoas jurídicas, a qual, do ponto de vista jurídico, compete ao Estado, bem como enriquecimento sem causa para quem da aplicação desse artigo se beneficiar.

Notas

¹ Em 1931, o Papa Pio XI lançou a Encíclica *Quadragesimo Anno*, a qual celebra os quarenta anos da Encíclica *Rerum Novarum*, e na qual se faz uma reinterpretação dessa última, de modo a evidenciar que o Papa Leão XIII já falava em função social.

² Karl Renner (1870-1950) formou-se em direito, mas se tornou bibliotecário do Parlamento Austríaco em 1896, ocasião em que escreveu a obra sobre a função social dos institutos jurídicos. Posteriormente, tornou-se deputado, Chanceler e Ministro das Relações Exteriores da Áustria entre 1918 e 1920. Foi Presidente da Assembléia de Deputados da Áustria em 1933. Com o fim do III Reich Alemão, organizou o governo provisório da Áustria. Novamente foi Chanceler, e em 1945 tornou-se Presidente da Áustria.

³ O Código Civil de 2002 usa uma única vez o termo “função” como finalidade: “Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrendimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Nesse caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos, não haverá direito a indenização suplementar”. (grifos nossos)

⁴ Anos mais tarde, essa distinção entre bens de produção e bens de consumo para a atribuição de função social foi sustentada por Fábio Konder Comparato (1986, p. 71-79).

⁵ Ao contrário da função social da propriedade, cujo conteúdo mínimo dos deveres está indicado

explicitamente na Constituição e no Código Civil, o termo “função social do contrato” não foi especificado. Essa indeterminação de significado decorre do fato de se ter consubstanciado a função social no Código Civil mediante o uso de uma cláusula geral. Essa opção pelo uso de cláusulas gerais é a segunda característica do texto do Código Civil de 2002. (REALE, 2003, p. 17).

⁶ TJSP. Ap. Cível nº 27.433-4/8. 1ª Câmara de Férias. Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani. Comarca de São Paulo J. 06/03/1998, Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani.

⁷ TJSP, Ag. Instrumento nº 233.379-4/8. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani. Comarca de S. Paulo. J. 26.02.2002.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado (Org.). *Jornada de direito civil*. Brasília: [s.n.], 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/enunciados.asp>>. Acesso em: 2005.

ALEMANHA. *Constituição (1919)*. Weimar Constitution. [S.l.: s.n., 199-?]. Disponível em: <http://inic.utexas.edu/~bennett/_344/ge-Weimar-Const.pdf>. Acesso em: 2005.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Poteri dei privati e statuto della propriet: II storia, funzione sociale, pubblici interventti*. Padova: Cedam, 1980.

AQUINO, Santo Tomás de. Se é justo o homem possuir coisas como suas. In: _____. *Suma theologica*. [S.l.]: B. Bros, 1947. Disponível em: <<http://www.ccel.org/a/aquinas/summa/SS/SS066.html#SSQ66OUTP1>>. Acesso em: 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. O que muda na vida do cidadão. In: SEMINÁRIO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, Brasília, 2002. *Código civil parte I*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/Internet/ouvidoria/CodigoCivil1/1partecodigocivil.html>>. Acesso em: 2005.

_____. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2002.

_____. *Novo código civil (2002)*: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, 2002.

_____. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Estabelece lei de introdução ao código civil brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 4 jun. 1942. Seção 1, p. 1.

- _____. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Estabelece a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, 11 jun. 1994. Seção 1, p. 8437.
- COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.
- COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 63, p. 71-79, 1986.
- COSTA, Moacyr Lobo da. *Três estudos sobre a doutrina de Duguit*. São Paulo: Ícone, 1997.
- D'EUFEMIA, Giuseppe. *L'autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo*. Milano: Giuffrè, 1942.
- DEMSETZ, Harold. Toward a theory of property rights. *American Economic Review*, Pittsburgh, v. 57, p. 347-359, 1967.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho: público e privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.
- FARIA, Anacleto de Oliveira. Lei de ordem pública: verbete. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- GOMES, Orlando. Relações entre o direito e a economia. In: _____. *Direito econômico e outros ensaios*. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador, 1975.
- IMPRESA NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, seção 1, Supl., 4 set. 1983.
- ITÁLIA. *Codice civile del 1942*. [S.l.]: G. Simone, [200-?]. Disponível em: <<http://www.codicisimone.it/codici/index0.htm>>. Acesso em: 2005.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: M. Claret, 2003.
- KARL Renner. In: WIKIPEDIA: the free encyclopedia. [S.n.: s.l., 200-?]. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Karl_Renner>. Acesso em: 2005.
- LEAO XIII. *Enciclica rerum novarum on capital and labor*. Roma: Vaticano, 1891. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_en.html>. Acesso em: 2005.
- PIO XI. *Enciclica quadragésimo anno on the reconstruction of the social orde...* Roma: Vaticano, 1931. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_en.html>. Acesso em: 2005.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. Visão geral do novo código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 808, fev. 2003.
- RENNER, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*. Bologna: Il Mulino, 1981.
- ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. Ordem pública. In: REPERTÓRIO Enciclopédico do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Borsói, [19-?]. v. 35.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Ag. Instrumento n. 233.379-4/8. 3. Câmara de Direito Privado. Relator: Enio Santarelli Zuliani. Comarca de São Paulo, 26 fev. 2002.
- _____. Apelação Cível n. 27.433-4/8. 1. Câmara de Férias. Relator: Enio Santarelli Zuliani. Comarca de São Paulo. J. 6 mar. 1998.
- _____. Apelação Cível n. 82.043-4/0. 3. Câmara de Direito Privado. Relator: Enio Santarelli Zuliani, Comarca de São Paulo, 1 fev. 2000.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. 2.
- SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações*. São Paulo: Hemus, 1981.

A teoria rawlsiana da justiça

Amandino Teixeira Nunes Junior

Sumário

1. Introdução. 2. A obra de John Rawls. 3. A teoria rawlsiana da justiça. 3.1. A justiça como equidade (*justice as fairness*). 3.2. Os princípios da justiça. 3.3. A seqüência de quatro estágios de concretização dos princípios da justiça. 3.4. A justiça política e a constituição: o princípio da (igual) participação. 3.5. O conceito de justiça na economia política. 3.6. O bem como fim supremo e o sentido da justiça. 4. As críticas à teoria rawlsiana da justiça. 5. Conclusão.

“A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento.”

John Rawls – “Uma teoria da justiça”

1. Introdução

John Rawls¹ é considerado por Brian Barry (1994) como “*the most original and interesting political philosopher of this century*”. Sua obra *A theory of justice*, publicada em 1971 pela Harvard University Press, trouxe novo fôlego à Filosofia Política e produziu um dos maiores debates intelectuais do século XX.²

O trabalho que se segue não tem por objeto o estudo do complexo pensamento de John Rawls, mas, sim, a exposição da teoria rawlsiana da justiça, que adentre os seus aspectos políticos, jurídicos e filosóficos mais importantes, encontráveis na obra *A theory of justice*.

Nesse esforço, cuidou-se, pois, de refletir sobre o justo e o injusto, a partir do para-

Amandino Teixeira Nunes Junior é Mestre em direito pela UFMG, doutor em Direito pela UFPE, professor universitário e consultor legislativo da Câmara dos Deputados.

digma rawlsiano, assentado na idéia de “justiça como equidade” (*justice as fairness*), em que a equidade reside precisamente no igualitarismo da “posição original”, isto é, num estado inicial do contrato social.

2. A obra de John Rawls

“Uma teoria da justiça”, obra de John Rawls, foi publicada, no Brasil, em 1997, pela Editora Martins Fontes. Divide-se em três partes, num total de nove capítulos e setecentos e oito páginas. A primeira parte tem por epígrafe *Teoria*; a segunda, *Instituições*; e a terceira, *Objetivo*.

Na primeira parte, Rawls defende a idéia da “justiça como equidade” (*justice as fairness*) e apresenta os princípios da justiça que são escolhidos pelos indivíduos na “posição original” (que corresponde ao “estado da natureza” na teoria do contrato social), em que desconhecem que posição econômica ou que *status* ocuparão na sociedade.

Na segunda parte, Rawls sustenta a necessidade de uma democracia constitucional como pano de fundo para a aplicação das idéias apresentadas na primeira parte. Na terceira (e última) parte, Rawls estabelece uma relação entre a teoria da justiça e os valores da sociedade e o bem comum.

A obra de Rawls contempla os resultados de várias décadas de pesquisa, publicados como artigos autônomos e anteriores desenvolvidos pelo autor, que foram reunidos num único livro que trata sistematicamente do tema da justiça. Propõe, em síntese, um modelo teórico pelo qual possamos classificar como democrática e (mais ou menos justa) a estrutura básica de determinada sociedade moderna.

3. A teoria rawlsiana da justiça

John Rawls pretende apresentar uma teoria da justiça que nega o intuicionismo e o utilitarismo e leva a um nível superior de abstração a clássica teoria do contrato social tal como se encontra em Locke, Rousseau

e Kant. Nesse sentido, o professor em Harvard é tido como um neocontratualista contemporâneo.

O contrato original sustentado por Rawls não é o que inaugura a sociedade civil ou o que define uma forma de governo em particular. Na teoria rawlsiana, os princípios da justiça social, que se aplicam à estrutura básica da sociedade, é que serão o objeto do consenso original. Daí o conceito de “justiça como equidade” (*justice as fairness*) que define, a um só tempo, a origem, a natureza e a função dos princípios propostos por Rawls.

Os objetivos de Rawls são claros, no sentido de que ele se propõe a discutir e a desbancar o utilitarismo e o intuicionismo. A noção de equidade (*fairness*) é a regra de todo o espectro de reflexões introduzido por Rawls em torno da questão da justiça.

3.1. A justiça como equidade (*justice as fairness*)

Para Rawls, a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, isto é, aquilo que a verdade é para a ciência, deve a justiça ser para as instituições sociais.³ Rawls concebe a sociedade como um todo e suas instituições como corpos (em sentido amplo), negando assim a visão individualista, que, por vezes, recai num utilitarismo, por ele combatido.

A definição rawlsiana da sociedade é a de uma associação mais ou menos auto-suficiente de indivíduos que, em seu relacionamento, reconhecem regras de condutas como obrigatórias, e que, na maioria das vezes, são obedecidas. Essas regras de conduta especificam um sistema de cooperação social concebido para realizar o bem comum das pessoas.

Nesse contexto, surgem tanto identidade de interesses como conflito de interesses entre as pessoas que compõem a sociedade, pois estas podem acordar ou discordar pelos mais variados motivos quanto às formas de repartição dos direitos e deveres e dos benefícios e ônus gerados no convívio social.

Assim, Rawls postula um conceito clássico de justiça, reconhecendo a existência de um conflito de interesses e a necessidade de encontrar um *standard* quanto aos princípios que deverão orientar a associação humana. Para Rawls, há uma diversidade de interpretações de um mesmo conceito, e para a qual tenta encontrar um consenso na noção de “justiça como equidade” (*justice as fairness*).

É uma dada concepção da justiça que Rawls defende na sua obra por oposição a outra, de caráter utilitarista, e que, segundo o próprio autor afirma no prefácio à edição brasileira, é limitada e frágil para fundamentar as instituições da democracia constitucional. Qual é, então, a alternativa proposta por Rawls (2000, prefácio, p. 14)? Generalizou-se o contratualismo clássico, conduzindo-o a um mais elevado grau de abstração.

A idéia da “justiça como equidade” (*justice as fairness*), como o próprio autor reconhece, deriva do pensamento de Kant, embora o primeiro negue o valor da generalidade e da universalidade do segundo, por entender que não se tratam de princípios inéditos na Filosofia (RAWLS, 2000, p. 275).

A idéia segundo a qual os princípios morais derivam de uma escolha racional não é inovadora em Rawls, pois Kant já a destacava na sua doutrina, bem como a noção da Filosofia Moral como o estudo da concepção e o resultado de uma decisão racional bem definida, o que contraria a necessidade da aceitação geral.

É de observar que o “véu de ignorância” (*veil of ignorance*), mencionado por Rawls, priva as pessoas que ocupam a “posição original” do conhecimento que as capacitaria à decisão racional, possibilitando assim a solução da oposição à aceitação geral. Rawls (2000, p. 277) defende ainda os princípios da justiça como equiparáveis aos imperativos categóricos de Kant e a noção de “posição original” e escolha desses princípios como aplicação prática dessa tese, e cultivo da ética, do respeito mútuo e da autoestima.

Para assegurar o funcionamento da teoria da “justiça como equidade” (*justice as fairness*), Rawls serve-se de dois princípios da justiça, escolhidos pelos indivíduos na “posição original”.

3.2. Os princípios da justiça

Rawls, na sua obra, apresenta dois princípios que seriam escolhidos unanimemente pelos indivíduos na “posição original”, em que desconhecem qualquer informação particular sobre sua situação na sociedade, como, por exemplo, sua classe social, seu poder econômico e até mesmo seus dotes e habilidades físico-naturais, como o grau de inteligência e de força, e suas idéias próprias do Bem.

Por força de tais restrições próprias da “posição original”, Rawls (2000, p. 13) afirma que os indivíduos escolheriam os princípios da justiça sob um “véu de ignorância” (*veil of ignorance*). Trata-se de um expediente útil à demonstração da justiça dos princípios rawlsianos, pois “isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência das circunstâncias sociais. Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios de justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo.”

Para Rawls (2000, p. 5), são dois os princípios da justiça social, assim expressos:

“Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo: (a) consideradas como vantajosas para todas dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”.

Esses princípios, para Rawls, têm como objeto primário a estrutura básica da sociedade e presidem a distribuição de direitos e deveres, benefícios e ônus. O primeiro princípio define as liberdades básicas enquanto que o segundo princípio regula a aplicação do primeiro, corrigindo as desigualdades sociais.

Assim, o primeiro princípio aplica-se às liberdades básicas, que devem ser distribuídas de modo equitativo para todos: liberdades políticas, liberdade de pensamento, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de reunião, liberdade de integridade física e moral, liberdade de possuir propriedade privada e liberdade de não ser preso arbitrariamente.

O segundo princípio aplica-se às desigualdades sociais que somente são justas se for garantida uma igualdade equitativa de oportunidades e se as desigualdades resultarem em benefícios para todos os indivíduos, especialmente para os menos favorecidos na sociedade.

Como salienta Eduardo C. B. Bittar (2000, p. 217-218):

“A aplicação de ambos os princípios confirma continuamente a realização da justiça como equidade e igualdade. E isto sobretudo porque se trata de uma teoria que identifica as desigualdades naturais e procura corrigi-las. Deve-se mesmo, numa teoria que tenha este perfil, buscar-se romper a desigualdade natural entre as pessoas, para que assim se faça justiça. Não se trata de discutir se a distribuição natural é ou não justa, mas sim de se discutir se a justiça das instituições é capaz de suprir diferenças que impedem o exercício de iguais direitos; sexos diferentes, corpos diversos, situações econômicas distintas, posições sociais diversificadas não devem receber o mesmo tratamento. Mais que isto: os dois princípios devem se incumbir de fazer com que todos participem da melhor forma possível das estruturas sociais de forma que a estrutura cooperativa da sociedade facilite a manutenção de uma sociedade organizada”.

Esses princípios são expostos e defendidos por Rawls como bases para um justo sistema de cooperação voluntária de todos os indivíduos na sociedade (tanto os mais afortunados quanto os menos afortunados), tendo em vista a consecução do bem comum.

3.3 A seqüência de quatro estágios de concretização dos princípios da justiça

Na “posição original”, defende Rawls, os indivíduos definem e adotam racionalmente os princípios da justiça que são aplicados à estrutura básica da sociedade, em condições de total equidade (*fairness*) e sob o “véu de ignorância” (*veil of ignorance*), que impede que os princípios sejam escolhidos com base em interesses e preferências concretas.

Numa ordem lógica, depois de adotados os princípios da justiça na “posição original”, é necessária a apresentação de uma seqüência de quatro estágios que explicita a aplicação dos princípios relativos às instituições básicas. Cada estágio representa uma posição adequada para, sucessivamente, serem examinadas as questões da justiça.

Assim, com a aplicação dos princípios da justiça na “posição original”, proceder-se-á à formação de uma convenção constituinte que decidirá sobre a justiça das diversas formas políticas e aprovará uma Constituição, que, por sua vez, determinará um sistema de poderes políticos constitucionais e os direitos básicos dos cidadãos, respeitados sempre os princípios da justiça já adotados na “posição original”.

A elaboração da Constituição pelos constituintes eleitos na “posição original” não é absolutamente neutra, de modo a desconsiderar as condições políticas, econômicas e culturais da sociedade. Rawls sustenta que os convencionais devem, com as informações disponíveis e sob condições de total equidade, percorrer as hipóteses das Constituições justas e factíveis procurando uma que, nas circunstâncias histórico-sociais e levando em conta as características daquele povo, mostre-se com mais probabilidade

de resultar em ordenações que satisfaçam os princípios da justiça. Para Rawls, isso é um caso de justiça procedimental imperfeita, pois qualquer procedimento político factível poderá vir a produzir um resultado injusto.

Constituição justa é aquela que consiste num processo justo, desenvolvido de modo a permitir um resultado justo, vale dizer, uma atividade política submetida a uma Constituição destinada às ordenações adequadas aos princípios da justiça.

O primeiro princípio da justiça constitui o padrão primário para a convenção constituinte. As exigências principais são que as liberdades básicas da pessoa e as liberdades de consciência e de pensamento sejam protegidas e que o processo político, no seu conjunto, seja justo.

O segundo princípio da justiça, que intervém no estágio legislativo (terceiro estágio), obriga que as políticas econômicas e sociais se orientem para a maximização das expectativas no longo prazo dos menos afortunados, respeitando as condições de igualdade eqüitativa de oportunidades e mantendo as liberdades iguais para todos. Nesse ponto, o conjunto de fatos econômicos e sociais é relevante.

O quarto estágio é o da aplicação das normas aos casos concretos, realizada pelos juízes e administradores, e o da obediência dos cidadãos às normas em geral⁴, sendo que a injustiça da lei não é uma razão suficiente para não aderir a ela. Sempre que a estrutura básica da sociedade for justa, devemos reconhecer as leis injustas como obrigatórias, desde que não excedam certos limites de justiça.

Nesse estágio, não se observa qualquer resquício do “véu da ignorância” (*veil of ignorance*), pois são as circunstâncias de cada caso concreto que deverão ser examinadas pelos aplicadores do direito.⁵

3.4. A justiça política e a constituição: o princípio da (igual) participação

Rawls define “justiça política” como aquela que deriva da Constituição e põe em

prática o princípio da (igual) liberdade para esta parte da estrutura básica. A Constituição deve ser um processo justo que satisfaça as exigências da (igual) liberdade, devendo ser concebida de modo que, entre todas as ordenações viáveis, seja aquela que tenha mais possibilidades de conduzir a um sistema de legislação justo e eficaz.

Para Rawls (2000, p. 241), o princípio da (igual) liberdade, quando aplicado ao processo político definido pela Constituição, será referido como princípio da (igual) participação, que “exige que todos os cidadãos tenham um direito igual de participar do processo constitucional, estabelecendo as leis às quais eles devem obedecer, e de determinar seu resultado final.”

O princípio da (igual) participação funda-se na idéia de que, se o Estado deve exercer uma autoridade final e coercitiva sobre um determinado território e se assim afeta as expectativas da vida das pessoas, o processo constitucional deve preservar a representação igual, presente na “posição original”, no mais alto grau possível.

O princípio da (igual) participação é compatível com a possibilidade de a Constituição circunscrever as atribuições do Poder Legislativo a diversos aspectos, independentemente de a maioria sólida dos eleitores poder sempre alcançar seus objetivos, até mesmo mediante alteração institucional. Pressupõe, ainda, que todos os adultos mentalmente sadios, ressalvadas certas exceções geralmente conhecidas, têm o direito de tomar decisões na vida política, observada, na medida do possível, a regra “um eleitor, um voto”. A falta de unanimidade nas deliberações políticas faz parte do contexto de aplicação da justiça, de modo que a inexistência de oposição sacrifica a democracia.

Segundo Rawls (2000, p. 241), a regra “um eleitor, um voto”, quando obedecida estritamente, implica “que cada voto tem aproximadamente o mesmo peso na determinação do resultado das eleições”. O princípio da (igual) participação significa, ainda, que todos os cidadãos devem ter um di-

reito de acesso igual, pelo menos em sentido formal, aos cargos públicos. Cada cidadão pode aderir a partidos políticos, candidatar-se a cargos eletivos e ocupar postos de autoridade, muito embora possa haver restrições relativas à idade, residência, e assim por diante.

O alcance do princípio da (igual) participação, para Rawls, é delimitado pelas normas constitucionais, que impõem limites à regra da maioria. Assim, a liberdade política mais ampla é aquela estabelecida por uma Constituição que usa a estrita regra da maioria, segundo a qual uma minoria não pode dominar uma maioria para toda e qualquer deliberação política. Porém, sempre que a Constituição limita a autoridade e o âmbito das maiorias, quer exigindo uma maior pluralidade para certas deliberações, quer por meio de um elenco de direitos fundamentais que restrinja a atuação do Poder Legislativo, a liberdade política é menos extensa.⁶

3.5. O conceito de justiça na economia política

Os princípios da justiça, para Rawls, podem servir como parte de uma doutrina de Economia Política, isto é, como padrões pelos quais podemos analisar as organizações e políticas econômicas e suas instituições básicas.

“Uma doutrina da Economia Política deve concluir uma interpretação do bem público que se baseia numa concepção de justiça. Deve orientar as reflexões do cidadão quando ele considera as questões da política econômica e social. O cidadão deve assumir a perspectiva da convenção constituinte ou do estágio legislativo e avaliar como se aplicam os princípios da justiça.” (RAWLS, 2000, p. 286).

O efeito da legislação econômica e social, segundo Rawls, é o de especificar a estrutura básica. O sistema social dá forma aos desejos e aspirações de seus cidadãos. Determina, em parte, o tipo de pessoas que querem ser e também que efetivamente são. O sistema econômico, por sua vez, não sa-

tisfaz apenas desejos e necessidades existentes, mas também cria e regula as necessidades futuras.

A teoria da justiça pressupõe uma teoria do bem, mas dentro dos limites amplos, que não prejudiquem a escolha do tipo de pessoas que os sujeitos querem ser. Uma vez deduzidos os princípios da justiça, a doutrina contratualista fixa limites à concepção do bem, que decorrem da prioridade da justiça sobre a eficiência e da prioridade da liberdade sobre os benefícios econômicos e sociais.

O resultado dessas considerações, afirma Rawls (2000, p. 289), “é que a justiça como equidade não está à mercê de interesses e necessidades concretas”. O objetivo de longo alcance da sociedade é decidido nas suas linhas principais, independentemente dos desejos particulares e das necessidades dos seus membros atuais. A estabilidade da sociedade depende de um sistema justo que produza apoio para si mesmo. Daí a necessidade de desencorajar desejos que colidam com os princípios da justiça.

3.6. O bem como fim supremo e o sentido da justiça

Para Rawls, somente em uma sociedade bem-ordenada pode-se realizar o bem como fim supremo. Como é definida, no entanto, uma sociedade bem-ordenada? Rawls (2000, p. 631) a caracteriza como aquela racionalmente estruturada para promover o bem-estar de seus membros e efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. A idéia-força “é que a justiça e o bem são congruentes pelo menos nas circunstâncias de uma sociedade bem-ordenada.”

É com base nessa concepção que emerge a “justiça como equidade” (*justice as fairness*) e forma unidade o pensamento rawlsiano. Qual é o bem da justiça? Ao analisar o bem como racionalidade, Rawls o vincula à teoria da justiça, por oposição ao hedonismo utilitarista, e clama por estabilidade na senda da justiça. O bem é, pois, assegurado pe-

los princípios da justiça, tal qual numa ótica cartesiana de dedução.

Nas palavras de Rawls (2000, p. 643):

“Assim, uma sociedade bem-organizada satisfaz os princípios da justiça, que são coletivamente racionais a partir da perspectiva da posição original; e do ponto de vista do indivíduo, o desejo de afirmar a concepção pública da justiça como fator determinante do nosso plano de vida é coerente com os princípios da escolha racional. Essas conclusões apóiam os valores da comunidade, e, ao atingi-los, minha análise de justiça como equidade se completa.”

4. As críticas à teoria rawlsiana da justiça

Após o lançamento público de “Uma teoria da justiça”, Rawls enfrentou um intenso debate intelectual em torno da sua obra, o que tem sido fator de merecida atenção da crítica contemporânea da teoria da “justiça como equidade” (*justice as fairness*).

Eduardo C. B. Bittar (2000, p. 223) lembra que “muitos foram os pontos atacados pela crítica, que ora se detém num aspecto isolado, ora se detém na organicidade e na coerência da obra como um todo, ora se detém no que há de mais filosófico em suas estruturas de pensamento”.

Adiante, o autor citado enumera alguns dos principais pontos da obra de Rawls sujeitos à crítica:

- (...) Seria criticável a posição de Rawls de dizer que as liberdades são elencáveis em uma série finita e reconhecida quase que aprioristicamente. Os direitos fundamentais da primeira, segunda, terceira e quarta geração estão para comprovar a refutação que se dirige a este aspecto de sua teoria (...).

- (...) Seria criticável o artificialismo do modelo original de contrato que está a permear sua hipótese para re-fundar as bases da sociedade moderna e de suas práticas institucionais; enfim, o que ocorre é que deste artificialismo é que surgem todas as elocubrações da justiça como equidade (...).

- (...) Seria criticável a abnegação a qualquer historicismo, ou a qualquer experiência moral, política e jurídica da teoria, pois pressupõe-se que seja possível definir na posição original qual o melhor sistema a ser eleito para presidir as instituições humanas pela simples ruptura do véu da ignorância, independentemente de qualquer experiência moral (...).

- (...) Seria criticável o racionalismo *ex cathedra* que professa Rawls, um pouco ao estilo kantiano, pressupondo experiência e categorias de pensamento incomparáveis e não inseridos em qualquer fundamento histórico ou social (...).

- (...) Seria criticável a ideologia que estaria a perpassar toda a sua construção teórica: a do liberalismo (...). (BITTAR, 2000, p. 224-226).

Robert Nozick (1991), em seu livro “Anarquia, Estado e utopia”, formula também crítica a Rawls, no sentido de que não é necessário criar uma sociedade (como se infere da “posição original” de Rawls), pois esta já existe e está funcionando e que nela há uma repartição social. Rawls não parte de um argumento dedutivo direto, mas, sim, de uma posição e de um processo preconizando que qualquer princípio emergente daquela posição e daquele processo constitui princípio da justiça.

Para Nozick, é imperfeita a teoria da justiça rawlsiana, por se aplicar unicamente à estrutura básica da sociedade e não leva em conta os microcosmos sociais, o que pode conduzir a que a justiça seja alcançada com o sacrifício de uma pluralidade de injustiças particulares.

Segundo Nozick, não é explicado por Rawls como as pessoas, na “posição original”, escolheriam os princípios da justiça que se referem a grupos e não a indivíduos. Não é também explicado por que os princípios da justiça se limitam à estrutura básica da sociedade.

Michael Walzer (1993), em *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*, apresenta-se também como crítico de

Rawls, sustentando que a justiça é uma construção humana, sendo duvidosa sua distribuição segundo critério único. Walzer afirma que os próprios princípios da justiça são pluralísticos na sua forma, de maneira que diferentes bens sociais devem ser distribuídos por diferentes motivos, segundo diferentes procedimentos e por agentes diferentes.

Para Walzer, a teoria rawlsiana da justiça é uma antiga e profunda convicção dos filósofos que escreveram sobre o tema desde a Antiguidade: a de que só existe um sistema distributivo de justiça e que a Filosofia pode abrangê-lo e determiná-lo.

As críticas à teoria da “justiça como equidade” (*justice as fairness*) não chegaram, no entanto, a abalar os pressupostos metodológicos e o sistema de idéias de Rawls. “O ponto agora atingido por Rawls na via de elaboração e defesa de sua teoria da justiça encontra-se a uma certa distância de sua concepção original, embora os seus princípios da justiça não tenham mudado substancialmente. Em vez disso, o que se alterou realmente foi o equilíbrio das justificações e a sua compreensão no que respeita ao seu empenhamento na atividade da filosofia política.” (KUHATAS, 1995, p. 114).

Na verdade, “o que há de substancial na mudança de postura de Rawls é a sua reavaliação de abrangência da teoria da justiça como equidade: esta deixa de ter a ambição de ser uma teoria da justiça universal, para resumir-se a uma teoria da justiça democrática. Assim, as restrições que lhe trouxeram os críticos foi o que proporcionou a Rawls a mudança não tão substancial de seu sistema de idéias. Se isto representou ou não um avanço para Rawls é o que se discute, mas o que se deve dizer é que a alteração veio de encontro a uma necessidade de seu espectro de enfoque: a democracia.” (BITTAR, 2000, p. 226).

Em síntese, “a teoria rawlsiana da justiça não se modificou substancialmente, mas apenas a sua aplicação a um tipo de sociedade concreta.” (RICOEUR, 1995)

Mas que tipo de sociedade concreta? Muito provavelmente, a social-democrata. Com efeito, a teoria da justiça de Rawls busca integrar as liberdades civis e políticas com os direitos econômicos, sociais e culturais. Transforma-se em modelo para os governos social-democratas que se instalaram no mundo ocidental. Entre o liberalismo extremo e o socialismo ortodoxo, Rawls propõe uma alternativa intermediária, a que denomina “justiça como equidade” (*justice as fairness*).

Daí por que Rawls não desenvolve uma teoria da democracia, estritamente falando de sua obra “Uma teoria da justiça”. No entanto, desenvolve um amplo espectro de reflexões fundado na “equidade” (*fairness*) para orientar a ação política e a escolha em sociedades democráticas e que envolve, implicitamente, uma concepção alternativa de democracia.

5. Conclusão

“Uma teoria da justiça”, de John Rawls, pode ser considerada (como de resto as reações externadas pelas críticas) uma obra complexa e fascinante, cuja leitura é indispensável aos políticos, juristas, filósofos, enfim, aos cientistas sociais.

Trata-se de uma teoria da justiça que desbanca as doutrinas tradicionais – a utilitarista e a intuicionista – e generaliza o contratualismo clássico (tal qual se encontra em Locke, Rousseau e Kant), conduzindo-o a um mais elevado grau de abstração. Por meio dela, Rawls tenta mostrar que é possível a defesa de um modelo de justiça que propõe um comprometimento e estabelece formas de cooperação entre os indivíduos para a construção de uma sociedade em que valores como a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a auto-estima e o respeito mútuo estejam em pauta.

Um modelo, portanto, que se distingue do pregado pelo utilitarismo, que tem como único princípio da justiça a maximização da utilidade de cada indivíduo, sem qual-

quer comprometimento entre os indivíduos, que, em tese, estariam motivados exclusivamente pela maximização da própria utilidade.

O professor em Harvard recupera a noção de contrato social, que é uma categoria originariamente jusnaturalista, para apresentá-lo sob novo formato: não mais como um acordo realizado entre os indivíduos na fundação da sociedade política, mas, sim, como uma formulação racional capaz de renortear as normas sociais, a partir do conceito de justiça equitativa. Daí porque Rawls é tido como um neocontratualista contemporâneo.

Aqui se destaca a concepção da “justiça como equidade” (*justice as fairness*), na qual a equidade reside precisamente no igualitarismo da “posição original”, momento hipotético, e não histórico, em que as pessoas podem optar por direitos e deveres e decidir os rumos da sociedade em que vivem. Essa opção racional faz com que a teoria da justiça rawlsiana não se realize subjetivamente, no sentido de que não se confunde com um bem de um indivíduo, mas institucionalmente (aplicável às instituições sociais), objetivamente (compartilhável no convívio social) e coletivamente (geradora de um bem comunitário e não individual).

A grandiosidade da obra de Rawls está exatamente na sua preocupação com o institucional, com o público, com o coletivo: se a justiça existe, ela é definida em função da capacidade que as instituições básicas da sociedade possuem de realizá-la, de concretizá-la. A “justiça como equidade” (*justice as fairness*) é pensada por Rawls para aplicação ao que ele chama de estrutura básica de uma democracia constitucional moderna. A estrutura básica designa as instituições políticas, sociais e econômicas dessa sociedade, e o modo pelo qual se combinam num sistema de cooperação social, cujos participantes são os próprios cidadãos, como pessoas livres e iguais.

Assim, “o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exa-

tamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.” (RAWLS, 2000, p. 8).

Para além disso, trata-se de uma concepção de justiça que tem como fundamento básico a observância de dois princípios: primeiro, o acesso garantido aos direitos e liberdades fundamentais de expressão, de consciência, de atuação política, de possuir propriedade privada, de não ser preso arbitrariamente etc., que compõem a idéia normativa das democracias ocidentais; segundo, as desigualdades seriam admissíveis se proveitosas para todos, em especial para os desfavorecidos. “A idéia intuitiva é de que a ordem social não deve estabelecer e assegurar perspectivas mais atraentes dos que estão em melhores condições a não ser que, fazendo isso, traga também vantagens para os menos afortunados.” (RAWLS, 2000, p. 80).

Os princípios da justiça, que regulam a escolha de uma Constituição política, devem ser aplicados, em primeiro lugar, às profundas e difusas desigualdades sociais, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade.

Os princípios da justiça rawlsianos são, pois, modelares das instituições e suficientemente significativos para a produção da liberdade, da igualdade e da solidariedade.

Na verdade, “a teoria da justiça de John Rawls tem o mérito de ser a primeira grande teoria geral sobre a justiça, tendo provocado uma reorientação no pensamento filosófico americano, até então interessado em questões epistemológicas e lingüísticas, para os problemas ético-sociais, e também propiciado um novo tipo de igualitarismo teórico, um igualitarismo não mais de oportunidades, mas de resultados.” (SILVA, 1998, p. 221).

As principais resistências a Rawls referem-se à abnegação de qualquer historicismo ou de qualquer experiência moral e à impossibilidade de seu critério único de jus-

tiça regular diversas classes da sociedade. Mas Rawls alega que jamais pretendeu um conceito metafísico de justiça, mas, sim, político, resultante de um acordo político das diferenças e da multiplicidade de concepções de justiça existentes na estrutura da sociedade democrática moderna.

E aí surpreende positivamente o professor em Harvard, ao propor o consenso político como peça fundamental do jogo democrático e da legitimação da justiça como teoria integral (apesar de fazer nascer os princípios da justiça de uma situação hipotética: a “posição original”). A liberdade e a igualdade estão bem evidentes no sistema de “freios e contrapesos” (*checks and balances*) e na ordem constitucional – o seu garante.

No plano jurídico, em especial, mencionem-se o dever de cumprimento da lei injusta, a definição de desobediência civil e a definição de objeção de

consciência, porquanto diretamente relacionadas aos aplicadores do direito.

Ressalte-se que, para Rawls, não é qualquer alegação de injustiça que inviabilizará a aplicação do direito. É mister que haja grave e evidente violação dos princípios da justiça, contidos na estrutura básica da sociedade, para que seja possível a resistência à lei injusta.

Quanto à funcionalidade e à viabilidade da teoria da “justiça como equidade” (*justice as fairness*), acreditamos que seu desenvolvimento e suas conclusões falam por si só. Vale dizer, embora passível de críticas materiais e metodológicas, constitui a teoria rawlsiana da justiça instrumento sobretudo útil para avaliar a legitimidade da dominação política, econômica e social exercida nas sociedades concretas modernas, designadamente quanto ao conceito do justo e ao conceito do igualitário, considerando o caráter substancial (e não meramente formalista) que Rawls confere aos princípios de justiça social por ele propostos.

No caso brasileiro, ou seja, analisando a estrutura básica da sociedade brasileira em função dos princípios rawlsianos da justi-

ça anteriormente examinados, constata-se um quadro desolador: uma nação castigada por uma desigualdade e por uma injustiça profundas, que subsistem e se prolongam por décadas e décadas, séculos e séculos.

Note-se que tal conclusão não tem por base um referencial teórico de natureza socialista ou comunista, mas, sim, um referencial teórico elaborado por um dos mais prestigiados pensadores da atualidade, oriundo da pátria do capitalismo na sua expressão máxima – os Estados Unidos da América.

Por derradeiro, convém consignar que uma reflexão político-filosófico-jurídica, como a que tentamos realizar no presente trabalho, indica a viabilidade da construção de uma teoria substancial da justiça e da igualdade que supere tanto o formalismo do positivismo quanto a metafísica do jusnaturalismo, como é o caso da teoria da “justiça como equidade” (*justice as fairness*) de John Rawls.

Como bem salienta Rawls (2000, p. XIII-XIV):

“Minha esperança é a de que a justiça como equidade pareça razoável e útil, mesmo que não seja totalmente convincente para uma grande gama de orientações políticas ponderadas, e portanto expresse uma parte essencial do núcleo comum da tradição democrática.”

Rawls desenvolve uma teoria da justiça que vai de encontro à doutrina utilitarista. Uma teoria que, tal como afirma o próprio autor, espera parecer razoável e útil e que se mostre muito mais apropriada às instituições de uma sociedade democrática, podendo certamente auxiliar na reflexão sobre as bases de uma concepção alternativa de democracia, que se afaste do modelo competitivo, e que tenha a cooperação e a solidariedade como fundamentos de um projeto comum de sociedade.

Toda a discussão entre o comunitarismo e o liberalismo se faz hoje à sombra da teoria da justiça de Rawls. Nesse diapasão, as críticas a Rawls são críticas ao comunitarismo e ao liberalismo.

Notas

¹ John Rawls faleceu em 24 de novembro de 2002, aos 81 anos de idade. Foi professor em Harvard.

² A propósito desse debate, registre-se o seguinte excerto. “What explains the unusually wide interest in Rawls’ work? One obvious factor is that many readers and editors found in Rawls’ work a welcome return to an older tradition of substantive rather than semantic moral and political philosophy. Rawls’ approach stands in sharp contrast to the work of the logical positivists and the analytical school in general”. DANIELS, 1989, p. 31).

³ Nas exatas palavras de Rawls (2000, p. 3): “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais como a verdade o é dos sistemas de pensamento”. Na teoria rawlsiana, isso significa dizer que uma sociedade bem organizada possui a máxima aderência das pessoas que a compõem não por outro critério senão pela justiça, traduzida na construção e na atuação das instituições básicas de uma sociedade.

⁴ Segundo Rawls (2000, p. 401-402), nessa fase de aplicação das normas, deve prevalecer a teoria da obediência parcial, que é excepcionada pelos casos de *desobediência civil*, definida como ato público, não violento, consciente e político, contrário à lei e geralmente praticado para provocar mudanças na lei e nas políticas governamentais; e de *objeção da consciência*, definida como a desobediência a uma injunção legal ou a uma ordem administrativa, por razões religiosas ou morais.

⁵ O esquema de quatro estágios demonstra uma faceta interessante na teoria rawlsiana da justiça. É que Rawls não adota uma “fórmula de justiça” específica para afirmar que determinada norma seja justa ou injusta. Essa assertiva, para Rawls, liga-se à noção de justiça procedimental perfeita, que prioriza o procedimento justo, que pode ou não incorrer num resultado também justo.

⁶ Rawls (2000, p. 249) sintetiza assim as limitações ao princípio da (igual) participação: “A Constituição pode definir uma liberdade de participação mais ou menos extensiva; pode permitir desigualdades nas liberdades públicas; e maiores ou menores recursos sociais podem ser destinados a garantir o valor dessas liberdades para o cidadão representativo”.

Referências

BARRY, Brian. *The liberal theory of justice*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

BITTAR, Eduardo C. B. *Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da filosofia de direito*. São Paulo: J. Oliveira, 2000.

DANIELS, Norman. *Reading Rawls: critical studies on Rawls: a theory of justice*. California: Stanford University Press, 1989.

KUHATAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls: uma teoria da justiça e seus críticos*. São Paulo: Gradi-va, 1995.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia: parte 2*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1991.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 2000.

RICOEUR, Paul. *Le juste*. Paris: Eprit, 1995.

SILVA, Ricardo Perdingeiro Mendes da. Teoria da justiça de John Rawls. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, p. 193-212, abr./jun.1998.

WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

A jangada de pedra

Os caminhos da auditoria

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt

Sumário

1. Objecto quase (introdução). 2. O conto da ilha desconhecida (em busca do sentido da auditoria). 3. Que farei com este livro? (a auditoria como demanda ou *programmatic demand of audit*). 4. Levantado do chão (esboço de um marco conceitual provisório). 5. Todos os nomes (modalidades e práticas). 5.1. Auditoria independente das demonstrações financeiras. 5.2. Auditoria financeira. 5.3. Auditoria de legalidade ou conformidade. 5.4. Auditoria tributária. 5.5. Auditoria interna. 5.6. Auditoria operacional. 5.7. Outras modalidades.

1. Objecto quase (introdução)

“Não perguntamos ao sonhador por que está sonhando, não requeremos do pensador as razões do seu pensar, mas de um e de outro quereríamos conhecer aonde os levaram, ou levaram eles, o pensamento e o sonho, aquela pequena constelação de brevidades a que costumamos chamar conclusões.” (SARAMAGO, 1997, p. 216).

Este estudo pretende formular uma abordagem inicial, de um ponto de vista conceitual, da prática da auditoria tal como se veio a configurar na sociedade contemporânea. Seu foco está na auditoria como demanda social e nos contornos gerais da sua prática, apresentando um marco geral que parte da abstração das principais características da auditoria moderna (“qualquer” auditoria), com a subsequente aplicação desse roteiro para analisar algumas das suas modalidades.

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt é Economista e Consultor, Especialista em Auditoria pela PUC/MG, Analista de Controle Externo no Tribunal de Contas da União.

Este “programa de pesquisa”, audacioso a ponto de ser temerário, não é fixado pela ambição de quem o segue, mas pela demanda social pela reflexão sobre esse tema, por precária e provisória que possa vir a ser essa reflexão. Suas seções são conduzidas por reflexões colhidas na prosa de José Saramago, e seus títulos são os títulos de suas obras. Essa curiosa busca de uma matriz literária – para um tema visto, em geral, como tão “objetivo” – vem da necessidade essencial de cultivar a humildade ao aceitar que a busca do conhecimento é, sempre, artesanato precário que não pode se pretender isento da fragilidade humana nem livre dos impulsos subjetivos que só a expressão artística pode, palidamente, refletir. Afinal, “claro que sei algumas coisas, mas o importante não é isso. O que conta realmente não é o que sei, mas o que intuo.” (SARAMAGO, 1997, p. 571).

2. O conto da ilha desconhecida (em busca do sentido da auditoria)

“Por minha parte, sem qualquer pretensão de originalidade conceptual ou formal, defendi a ideia de que a intuição não é mais do que uma ferramenta não consciente da razão, e que as contradições e oposições entre a razão e a intuição, sempre beligerantemente proclamadas, não passam de uma fálacia. Pensando agora melhor, não tenho a certeza de ter razão, provavelmente é só intuição.” (SARAMAGO, 1999, p. 131).

A palavra “auditoria” nos dias de hoje tem inúmeros sentidos, praticamente um para cada pessoa e para cada contexto em que é utilizada.

No cotidiano social, “auditoria” pode ser freqüentemente associada a “fiscalização”, descoberta de irregularidades e ilícitos. Pede-se uma “auditoria” em resposta a qualquer denúncia ou suspeita (geralmente em matéria econômica ou financeira), qualquer que seja o grau de precisão dessas suspeitas. Em meios empresariais ou técnicos, “auditoria” é entendida mais precisamente como a atividade de verificação contábil, que ocupa a parcela mais visível e numerosa

daqueles profissionais que se denominam auditores. Nesse ambiente, a tentativa de se obter precisão na definição desse termo faz com que a referência a uma demanda por fiscalização seja amiúde acompanhada de análises baseadas nas normas e padrões da auditoria estritamente contábil (ainda que não se esteja tratando de contabilidade ou demonstrativos financeiros). (CABEZA SALVADOR, 2000, p. 41; IZIQUE, 2004, p. 22).

De fato, a denominação e os primeiros passos das atividades que hoje se conhecem por auditoria no mundo ocidental tiveram origem nas verificações de contas financeiras devidas a proprietários privados e aos tesouros reais (POWER, 1999, p. 16; NAVARRO GARCÍA, 1999, p. 168-172). Não trataremos aqui da evolução histórica dessa atividade, que já tem bibliografia extensa e satisfatória (POWER, 1999, p. 16-20, 45-49; MOTTA, 1992; POLLIT, 1999). É suficiente lembrar que essa trajetória da auditoria levou-a, nos dias de hoje, a alcançar espaços muito mais amplos que a mera revisão de documentos contábeis. Basta então constatar agora que a visão convencional da auditoria (tanto no senso comum quanto no jargão habitual dos negócios) tornou-se incapaz de oferecer um sentido comum para usuários, profissionais e governo.

Não se trata apenas de “dar um nome”. A formulação adequada de conceitos a respeito de qualquer objeto de conhecimento é o primeiro passo para abordá-lo e gerar informação sobre ele, quer no sentido teórico, quer na sua aplicação prática – “Para estudar atributos, o pesquisador deve, em primeira instância, reconhecer o objeto, o ser, cujos atributos quer estudar” (PEREIRA, 2001, p. 30). Pois bem, sendo insuficiente recorrer ao registro histórico da auditoria para situá-la contemporaneamente, e sendo ainda menos útil a simples listagem das diferentes práticas atuais (mesmo supondo que essa extensa compilação fosse materialmente possível, o que parece bem pouco sensato), como se pode iniciar a abordagem desse tema?

Várias tentativas de aproximação se fizeram. Uma delas, com pretensões generalizantes, situa a auditoria no contexto geral da “teoria da agência”. De forte base microeconômica neoclássica, inicia constatando que a organização da atividade econômica em firmas somente pode ser alcançada mediante contratos entre os indivíduos que aportam algum recurso (capital, força de trabalho, capacidade gerencial, tecnologia) para o empreendimento comum. Tais contratos discriminam os direitos específicos de cada parte (acionistas, credores, gerência, trabalhadores) sobre os resultados da firma. Esses contratos, porém, não serão instrumentos eficazes para administrar o conflito de interesses entre cada um dos indivíduos intervenientes caso cada uma das partes não possa saber se eles estão sendo cumpridos pelos demais. Diversos recursos de informação devem então ser mobilizados para o “monitoramento” dos contratos.

No caso mais comum da empresa comercial, os registros contábeis têm sido um dos repositórios de informação mais importantes no monitoramento dos contratos, e frequentemente os direitos e obrigações dos atores são estabelecidos em função dos números contábeis. No entanto, os próprios registros e demonstrativos contábeis são também suscetíveis de conflitos de interesses na sua produção, e portanto exigem um outro instrumento de verificação para que as partes que não produzem essa informação (essencialmente, para todos os demais que não fazem parte da administração direta da organização) tenham maior confiança em que os números estejam apresentados segundo critérios por eles aceitos¹:

“De fato, dado que muitas das previsões contratuais e legais dirigidas a reduzir os custos de agência referem-se a magnitudes contábeis, [...] e que, em geral, a contabilidade oferece informação indireta sobre o rendimento da gestão, os administradores devem preocupar-se em oferecer antecipadamente credibilidade aos investidores

em relação à integridade da informação contábil; e para tal finalidade não lhes resta mais remédio que contratar os serviços de um auditor externo, posto que a informação interna – na medida em que é formulada por quem tem incentivos para retocá-la e inclusive falsificá-la em seu favor – não oferece confiabilidade ou credibilidade.”² (PAZ-ARES, 1996, p. 31-32).

Esse caso particular (a garantia de alguns contratantes, como credores ou acionistas, ante a confiabilidade das informações produzidas por outra parte contratante, a gerência da empresa) ilustra a formulação geral feita pela teoria da agência quanto ao papel da auditoria: sempre que há uma relação entre duas partes em que uma delas (o “agente”) deve render contas de suas ações à outra parte (o “principal”), e sempre que essa relação é tão complexa que os principais estão distantes das ações dos agentes e são incapazes de verificá-las pessoal e diretamente, surge a demanda pela auditoria, como forma de defesa dos “principais” contra o *moral hazard*³ (porque os agentes têm presumivelmente interesses distintos e contrários aos dos principais, e podem agir contra estes últimos) e contra as “assimetrias de informação” (porque os agentes encontram-se em posição de maior acesso aos fatos e dados da realidade envolvida, inclusive podendo alcançar o poder de manipular a produção da informação para fazê-la atender aos seus próprios interesses). (POWER, 1999, p. 5).

Essa abordagem da auditoria tem seus méritos. Identifica elementos fundamentais a considerar em qualquer situação: a relação de prestação de contas entre partes; o conflito de interesse latente entre os indivíduos envolvidos; o conteúdo essencialmente informacional dessa “economia do controle” em que se vê envolvida a auditoria (DÍAZ, 1996, p. 51-55). Esses elementos estarão presentes em todos os desenvolvimentos conceituais posteriores, inclusive os que apresentaremos neste trabalho. Em particu-

lar, a noção de uma relação de prestação de contas entre partes ganhou notoriedade e peso no debate público: mais conhecida como a expressão original *accountability*, não mais se pode pretender discorrer sobre a governança pública ou empresarial sem tê-la em papel central... Mas não seguiremos por esse caminho, apesar de aproveitar suas contribuições.

É preciso explicar o porquê. Power (1999, p. 5) lembra que essa abordagem abstrai completamente o contexto institucional em que estão inseridos os “agentes” e “principais”: diferentes comunidades instituirão diferentes formas de *accountability* nas quais as próprias categorias de “agente” e “principal” terão atores diferentes (quem serão, por exemplo, os “principais” relevantes numa relação de prestação de contas de uma empresa pública: os acionistas? os contribuintes? os residentes em sua área de atuação? todos os eleitores?).

Indo além, deixamos essa trilha essencialmente porque, à semelhança da economia neoclássica, limita-se a umas quantas hipóteses abstratas que são desdobradas em conclusões dedutivas contidas nas premissas de partida. Ainda que epistemologicamente inatacável, essa visão não leva a lugar algum: “Como no caso de toda teoria dedutiva, não se pode ir mais longe do que indagar se ela tem algum valor explicativo” (FURTADO, 1985, p. 140). Na insubstituível descrição de Celso Furtado (1985, p. 139): “Em outras palavras, ignoremos o mundo real e observemos uma caixa vazia. E começava a descrever essa caixa [...]”. Além do questionável ponto de partida, essa abordagem leva a deduções curiosas como a que o “mercado” poderia antecipar qualquer risco de manipulação contábil por parte da gerência de uma empresa e descontá-lo no custo do capital fornecido, razão pela qual quem mais “precisaria” da auditoria independente seria a própria gerência (e não os investidores e credores) (PAZ-ARES, 1996, p. 29-31). Por mais estupefacente que seja, esse resultado é decorrência inexorável das hi-

póteses utilizadas.⁴ Dedução perfeita, mas de escassa utilidade fora da caixa vazia da teoria.

Mais importante ainda, discutir a auditoria nos termos em que colocamos o problema exige, sobretudo, observar a sua finalidade real, os seus efeitos. Exige fazer a ponte entre teoria e prática, abstraindo da realidade concreta algum quadro teórico de referência para a análise, montar os conceitos dedutivos para com eles acolher a investigação empírica e jamais esquecer as implicações para a ação. No campo da ação pública, essa não é uma situação inusitada: a evolução da análise de políticas públicas (que tem grandes áreas de interseção com nosso tema principal, como adiante se verá) experimentou contínuas redefinições entre “teoria” e “prática”, “ciência” e “consultoria”, “*inputs*” e “*outputs*”, que em muito se assemelham às tentativas de entender “a idéia de auditoria” (POWER, 1999, p. 4; MENY; THOENIG, 1992, p. 43-46; REIS, 2000, p. 45-46). A auditoria, em particular, reconhecidamente “tem sido concebida como uma disciplina em que se prestou uma especial atenção a suas aplicações práticas e ocorreu uma importante exclusão de suas considerações teóricas”.⁵

3. *Que farei com este livro? (a auditoria como demanda ou programmatic demand of audit)*

“Mas o pior de tudo ainda não foi Guterres ter declarado que a política é, em primeiro lugar, a arte de não dizer a verdade, o pior foi que depois de o ter dito não apareceu, que eu saiba, um só senhor, desde a esquerda à direita, a corrigi-lo, que não senhor, que a verdade terá de ser o objectivo único e último da política. Pela muito simples razão de que só dessa maneira poderão salvar-se ambas: a verdade pela política, a política pela verdade.” (SARAMAGO, 1997, p. 593).

Para tanto, podemos tentar em primeiro lugar, e brevemente, contextualizar a *demanda social* pela auditoria: seria possível (mediante generalizações empíricas que certa-

mente terão caráter tentativo e provisório) descrever o que se demanda, o que se vem pedindo à auditoria? Em seguida, o que se poderia generalizar das práticas daqueles que se têm como auditores em geral e que assim são considerados?

No primeiro ponto, a moderna sociedade ocidental tem vivido, na opinião de alguns autores⁶, uma “explosão da auditoria”:

“No fim dos anos 80 e começo dos anos 90, a palavra ‘auditoria’ começou a ser usada na Inglaterra com frequência crescente numa ampla variedade de contextos. Além da regulação da contabilidade da empresa privada pela auditoria financeira, práticas de auditoria ambiental, auditoria de desempenho, auditoria de gestão, auditoria forense, auditoria de sistemas de informação, auditorias de propriedade intelectual, auditoria médica, e auditoria da tecnologia emergiram e, em graus variados, adquiriram um certo patamar de aceitação e estabilidade institucional. Um número crescente de indivíduos encontrou-se sujeito a novas ou mais intensas exigências de contabilidade e auditoria. Em resumo, uma crescente população de ‘auditados’ começou a experimentar uma onda de verificações formalizadas e detalhadas sobre o que eles fazem.”⁷ (POWER, 1999, p. 3).

Essa é a primeira acepção de auditoria que nos importa considerar: a “auditoria como demanda”.⁸ Toda prática social pode ser caracterizada por aspectos *programáticos* (normativos) e *tecnológicos* (operacionais). Os elementos programáticos são as idéias a respeito da missão ou finalidade daquela prática, idéias que têm o (crítico) papel de vincular essa prática aos objetivos sociais mais amplos que circulam na esfera política. Nessa visão “programática” da auditoria, são formuladas demandas amplas aos auditores em geral, e de alguma maneira presume-se que a prática deles é capaz de atender a tais demandas. Já a “tec-

nologia” da auditoria compõe-se das tarefas e rotinas mais ou menos concretas que são levadas a cabo pelos praticantes – amos-tragens, *check lists*, revisões analíticas, etc.⁹

E como “demanda” a auditoria é, supostamente, toda forma de abertura das organizações a um escrutínio externo independente, que se destina a fornecer uma base de recursos de informação para o controle efetivo dessas organizações¹⁰ por todos aqueles que tenham direito a exercê-lo.¹¹

Assim, a cada percepção de fraude ou problemas em algum ramo de atividade, surge o clamor por “mais auditoria”, reforçando as expectativas sociais em torno de algum agente verificador que, por procedimentos mais ou menos claros, possa “regularizar” ou “moralizar” esse setor. Curiosamente, a constatação de fracassos das auditorias em atender a essas intenções em casos individuais não dá margem a uma quebra na confiança “programática” na auditoria como meio de prevenção de fraudes ou irregularidades, mas tão-somente abre espaços para demandas por mudanças ou reformas visando a uma auditoria “melhor” (“Auditores são censurados, conferências são organizadas, artigos são publicados e, com muita frequência, novas orientações de auditoria são editadas. As coisas então ‘acomodam-se’ até a próxima ocorrência”).¹²

Essa prevalência de expectativas recorrentes quanto a soluções que venham, genericamente, da “auditoria” pode ser ilustrada exatamente pelo mais estrondoso fracasso de qualquer intenção de controle e prevenção de fraudes no mundo corporativo da época recente: os escândalos contábeis ocorridos no mercado de capitais mundial (especialmente no norte-americano) a partir de 1999. Diante da constatação de um elenco enciclopédico de fraudes de toda natureza¹³, a reação coletiva (tanto dos governos quanto dos mecanismos de autorregulação dos mercados financeiros e capitais, assim como da imprensa e opinião pública em geral) vem no sentido de estabelecer mais e mais rigorosas normas e novos

critérios para as práticas de auditoria. A materialização quase simbólica da reação da economia mundial aos episódios de fraude e manipulação corporativa é a lei federal norte-americana *Sarbanes-Oxley*, logo reproduzida em legislações ao redor do mundo (BERGAMINI JÚNIOR, 2002, p. 44; HERNANDEZ OLMO, 2001, p. 21-22; McCONNEL JÚNIOR; BANKS, 2003; LORINC, 2004). E *Sarbanes-Oxley* nada mais é que a criação de novas regras e estruturas para a prática da auditoria contábil e da produção da informação contábil que é publicada e auditada.¹⁴

O apelo programático da “auditoria como solução” é tão impactante, então, que a resposta a um autêntico colapso de todos os mecanismos de controle (regras e auditoria) é exatamente... mais auditoria!

Enfim, nosso objeto de estudo não é uma mera especulação teórica: sob essa denominação, existem poderosos interesses e atores sociais. É necessário, portanto, seguir na busca de seus fundamentos.

Porém, antes de passar à segunda vertente (a auditoria como “tecnologia”), é legítimo a qualquer observador questionar a plausibilidade de toda essa expectativa social que envolve a auditoria como demanda. Aquilo que a auditoria pode oferecer à sociedade corresponde ao que dela se espera?

As respostas disponíveis, a partir da generalização empírica, não são otimistas. Power (1999, p. 7) estende o conceito relativamente conhecido do “excesso de expectativas” sobre o parecer do auditor independente das demonstrações contábeis¹⁵ para um *gap* mais amplo entre a auditoria como demanda e as reais capacidades operacionais de sua prática:

“[...] este nível de atração programática pela idéia de auditoria e o nível da tecnologia de auditoria estão vinculados de uma forma apenas precária. O campo da auditoria é caracterizado por uma defasagem entre a explosão de demandas e expectativas progra-

máticas quanto à auditoria e as estórias mais ‘paroquiais’ que nos são contadas sobre sua capacidade operacional subjacente.” (POWER, 1999, p. 7).¹⁶

Então, se não há segurança em afirmar que a demanda formulada à atividade de auditoria em geral é satisfeita, qual o sentido de estudar ou escrever sobre ela? Para quê continuar?

O estudo da auditoria como prática, *contra viento y marea*, surge como necessário *exatamente* porque existem intensas demandas sociais por verificação e garantia de *accountability* (melhor dizendo, redução dos riscos inerentes à *accountability*), e essas demandas não têm ainda uma correspondência na oferta dos auditores em geral. Sendo assim, qualquer análise que busque compreender o que se produz no trabalho auditorial (ou como se o produz), por mais tentativa que seja, tem o potencial de contribuir à aproximação das posições divergentes do usuário da auditoria e do seu produtor – tanto de forma “educativa” (elevar a compreensão do usuário sobre “o modo pelo qual os auditores desenvolveram seu trabalho e a forma pela qual os resultados do mesmo devem ser interpretados”) quanto na vertente de “conteúdo”, buscando “soluções construtivas que tratem de satisfazer às expectativas de seus usuários, sempre que sejam razoáveis”.¹⁶ Na formulação de Manuel Orta Pérez (1996, p. 11):

“[...] Existe uma ampla literatura sobre a prática que estamos seguros que contribuiu para melhorar a qualidade dos trabalhos que efetuam os auditores. Nosso interesse centra-se em definir os aspectos teóricos que sejam capazes de explicar o processo de auditoria.”¹⁷

Mas como falar de auditoria como conjunto de práticas se já descartamos uma abordagem puramente dedutiva como a da teoria de agência (dela aproveitando apenas as noções teóricas mais gerais)? De onde partir para poder contemplar a realidade da

prática e os seus múltiplos contextos institucionais?

4. Levantado do chão (esboço de um marco conceitual provisório)

“[...] analisar com as pinças de um senso suficientemente comum para ficar ao alcance de toda a gente, a questão da natureza do poder e do seu exercício, identificar quem efectivamente o detém, averiguar como foi que a ele chegou, verificar o uso que dele faz, os meios de que se serve e os fins a que aponta.” (SARAMAGO, 1999, p. 486).

Tendo presente o objetivo já enunciado de contribuir para uma conexão entre teoria e prática no campo da auditoria, a solução dos problemas práticos não prescinde do desenvolvimento e utilização dos componentes teóricos da respectiva área de conhecimento.¹⁸ Isso se pode obter mediante um marco conceitual próprio que permita, dentro das limitações da teoria:

- a) descrever a prática existente,
- b) prescrever a prática futura,
- c) definir os termos-chave e os conceitos fundamentais (ORTA PÉREZ, 1996, p. 11).

O instrumento provisório que proporemos parte de uma conceituação de auditoria que é fruto de um longo processo de discussão e consolidação das entidades internacionais que congregam os auditores financeiros e contábeis. Ante a constatação de que os clientes demandam a esse segmento cada vez mais serviços distintos da tradicional verificação das contas anuais, essas organizações tiveram que elaborar um conceito que fosse ao mesmo tempo genérico (para abarcar toda a variedade de demandas advindas da “explosão da auditoria”) e realista (de modo a ser útil para aplicação e orientação dos auditores em campo). Esse duplo objetivo foi alcançado mediante a observação do processo de trabalho das auditorias em suas inúmeras variações e a identificação dos seus traços ou elementos comuns.¹⁹

Esses conceitos foram gerados e sistematizados por várias entidades de auditores: a

International Federation of Accountants–IFAC (2000) e o *American Institute of Certified Public Accountants* – AICPA (SILVA, 2000), ambos sob a denominação de *Assurance Services*, bem como a *American Accounting Association* (ORTA PÉREZ, 1996), esta já denominando precisamente *auditoria*. Uma versão com um grau maior de generalidade, utilizando-se da teoria geral de sistemas, também é apresentada em obras técnicas doutrinárias (NEWTON, 2001). Utilizaremos, por seu maior poder descritivo, a definição do IFAC (2000, p. 116-121), adaptando sua redação para os objetivos deste trabalho²⁰:

- Um serviço ou encargo de auditoria²¹ é a avaliação por um auditor profissional de um assunto determinado que é responsabilidade de outra pessoa, mediante a utilização de critérios adequados e identificáveis, com o fim de expressar uma conclusão que transmita a um destinatário predeterminado um certo nível de confiabilidade ou segurança acerca do assunto em questão.

- Um serviço ou encargo de auditoria realizado por auditores profissionais pretende, portanto, aumentar a credibilidade da informação acerca de um assunto determinado, mediante a avaliação sobre se esse assunto guarda conformidade, em todos os seus aspectos mais significativos, com critérios adequados, melhorando assim a probabilidade de que a informação venha atender às necessidades de seu usuário ou destinatário.

- São elementos imprescindíveis de um serviço ou encargo de auditoria, portanto:

- a) uma relação tripartite que envolva:
 - I) um auditor profissional,
 - II) uma parte responsável pelo assunto determinado ou pela informação prestada,
 - III) um destinatário predeterminado da informação.

Obs.: essa é exatamente a relação de *accountability* que a teoria de agência destaca.

- b) um assunto determinado que será objeto da auditoria;

Obs.: será sobre esse assunto que o auditor emitirá conclusões; pode revestir-se das mais variadas formas: dados financeiros ou não financeiros (ex: demonstrativos contábeis, indicadores de gestão, relatórios estatísticos), sistemas e processos (ex: mecanismos de controle interno ou governança corporativa), ou condutas (ex: cumprimento de leis e regulamentos).

c) critérios adequados (normas ou referências usadas como base de medição ou avaliação do objeto de auditoria);

Obs.: a respeito desses critérios, oferece-se amplo detalhamento adiante.

d) um processo de encargo ou contratação; e

Obs.: esse processo, que dará forma à missão do auditor, pode ser de iniciativa da parte responsável, do destinatário da informação ou de terceiros (a exemplo dos mandatos legais para auditoria de contas governamentais).

e) uma conclusão obtida pelo auditor e transmitida às pessoas definidas nos termos de sua contratação ou encargo.

Obs.: a conclusão pode referir-se ao assunto objeto da auditoria em geral (ex: uma opinião sobre a prática de gestão em uma empresa), o que configuraria um “encargo de informação direta”, ou a afirmações feitas pela parte responsável acerca do assunto (ex: uma opinião sobre o relatório de gestão apresentado pelos administradores de uma empresa), o que configuraria um “encargo de autenticação”. (IFAC, 2000, p. 120-121).

- Para que a avaliação do auditor tenha efeitos significativos na credibilidade da informação que examina, é necessário ainda que o auditor seja *independente* da parte responsável pelo assunto determinado, no sentido de que não tenha interesses pessoais (não seja parte interessada) no resultado das verificações, o que permitirá emitir sua opinião de forma inteiramente imparcial (VALDERRAMA, 1997, p. 117). Essa independência significa a inexistência de quaisquer impedimentos pessoais,

externos ou organizacionais para opinar imparcialmente em relação à matéria objeto da auditoria e em relação à parte responsável por ela. Pelas mesmas razões, a independência aqui estabelecida é de caráter objetivo, o que implica que também seja considerado um impedimento qualquer fato ou condição que possa levar razoavelmente um terceiro interessado a questionar a sua independência (atitude e aparência independentes). (ESTADOS UNIDOS, 1992, p. 3-5).

É necessário atentar, porém, que a *independência não é obrigatória perante o destinatário da opinião do auditor*: como é esse destinatário que demanda a verificação da informação, poderá achar conveniente realizar os exames diretamente por seus empregados ou contratados. Nesse caso, o valor da credibilidade da informação ficará restrito a este *stakeholder* que providenciou a execução do encargo de auditoria, não sendo o mesmo frente a terceiros não envolvidos (ex: uma empresa com uma participação acionária significativa em outra que envie seus próprios funcionários para uma revisão de contas da participada).

Por fim, cabe aqui esclarecer uma dúvida que pode afetar os praticantes da auditoria que estejam acompanhando esse esforço de sistematização: fala-se de *examinar, comparar e informar*. Nada se diz, no caso, sobre *recomendar* ou *corrigir*. Dificilmente um auditor experiente deixará de incluir em suas responsabilidades o trabalho de recomendar as soluções que se lhe apresentem para os problemas identificados no ente auditado. Dificilmente deixará de considerar que seu trabalho não agregará valor se não se aventurar pelo caminho da proposta de aperfeiçoamento (trilha muito mais arriscada que a simples constatação da coincidência ou não com os critérios).

Não ignoramos essa posição, e de fato compartilhamos dela. Mas lembramos que o esforço que se faz aqui é no sentido estritamente analítico, de identificar traços comuns das diferentes atividades de audito-

ria. Pretendemos inicialmente entender a auditoria como forma de produção e organização do conhecimento sobre a realidade. O uso posterior desse conhecimento, que pode ocorrer sob diversas formas que adiante veremos (simples divulgação pública; recomendações; negociações com o ente auditado; fixação de sanções), está de momento fora do nosso campo de visão.

Isso põe em evidência, então, que a “lente” analítica está focalizada sobre a função de auditoria, não sobre o profissional. É evidente que aquele auditor que levanta as informações, que estabelece e confirma critérios, pode e deve reivindicar um papel relevante na aplicação do conhecimento por ele gerado. A limitação de objeto que aqui estabelecemos não pretende sustentar qualquer restrição do campo de atuação do profissional auditor, mas decorre simplesmente da limitação das possibilidades deste estudo. Reconhecemos que o auditor tem várias missões relevantes, mas neste momento tentamos contribuir com ele em uma delas, a de produzir conhecimento.

5. Todos os nomes (modalidades e práticas)

“[...] a palavra, a palavra, e todas as coisas deste mundo, as nomeadas e as não nomeadas, as conhecidas e as secretas, as visíveis e as invisíveis, como um bando de aves que se cansasse de voar e descesse das nuvens, foram pousando pouco a pouco nos seus lugares, preenchendo as ausências e reordenando os sentidos.” (SARAMAGO, 2000, p. 127).

O marco conceitual aqui delineado, com todas as suas limitações, permite iniciar com razoável segurança o tratamento de uma parte considerável das modalidades e tipologias de auditoria com que nos defrontamos no cotidiano da prática social. Todas, ou quase todas, são verificações, por terceiros independentes, de assuntos de responsabilidade de outros, segundo critérios preestabelecidos e de conhecimento de todas as partes envolvidas, verificações essas informadas aos diferentes *stakeholders*.

Façamos, então, um levantamento (o mais extenso que nos estiver ao alcance) nessas modalidades de auditoria que ocupam o universo dessa “explosão da auditoria”. Com isso, poderemos não somente testar a robustez do marco conceitual proposto mas também repassar as diferentes formas de verificação que, sob o nome de auditoria, vêm sendo cristalizadas na prática e nos regulamentos de um sem-número de organizações.

5.1. Auditoria independente das demonstrações financeiras

A vertente historicamente mais tradicional da auditoria, e pela qual a atividade é mais conhecida, é a auditoria das demonstrações contábeis das entidades e organizações. Trata-se, portanto, de matéria estritamente contábil; se utilizamos aqui, para denominá-la, uma expressão que não contém a referência “contábil” é por utilizar a denominação legal no Brasil (por meio dos arts. 176 e 177 da Lei nº 6.404/74, que definem em caráter exaustivo o escopo e as condições desse tipo de auditoria).

A literatura técnica internacional assim descreve essa atividade:

“As especiais características da auditoria exigem a descrição de suas notas diferenciadoras como melhor instrumento de análise de seu conceito. Tais notas diferenciadoras são as seguintes:

Função desenvolvida por profissionais competentes e independentes

De acordo com normas objetivas de trabalho

Consistente no exame da contabilidade e do sistema de controle interno da empresa

Com o objetivo de emitir um relatório onde seja manifestada uma opinião técnica afirmando se as contas anuais expressam razoavelmente, em todos os seus aspectos significativos, a imagem fiel

do patrimônio e da situação financeira da entidade, assim como do resultado de suas operações

De acordo com princípios de contabilidade geralmente aceitos e com a legislação vigente

Aplicados uniformemente em relação ao exercício anterior.”²²

Se buscarmos o fundamento normativo da norma técnica brasileira de auditoria (NBC-T-11 apud FRANCO; MARRA, 1991, p. 53):

“11.1.1.1 – a auditoria independente das demonstrações contábeis constitui o conjunto de procedimentos técnicos que tem por objetivo a emissão de parecer sobre a adequação com que estas representam a posição patrimonial e financeira, o resultado das operações, as mutações do patrimônio líquido e as origens e aplicações de recursos da entidade auditada, consoante as Normas Brasileiras de Contabilidade e a legislação específica, no que for pertinente.

Parágrafo primeiro – No âmbito das atividades reguladas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM – aplica-se a Deliberação CVM/29/86.

Parágrafo segundo – *Na ausência de disposições específicas, prevalecem as práticas já consagradas pela Profissão contábil, formalizadas ou não pelos seus organismos próprios.*” (grifo nosso).

Em resumo, o auditor contábil externo (*um terceiro independente da empresa ou entidade que audita*) compara as contas por ela escrituradas (*uma afirmação feita sobre o patrimônio da entidade e suas variações*) à realidade factual, de acordo com os princípios de contabilidade geralmente aceitos e com a legislação (*critério predeterminado por lei e pelas normas técnicas da atividade, e expressamente mencionado nos próprios pareceres*). Seus pareceres são então publicados em conjunto com as demonstrações auditadas – quan-

do tal obrigação constar em lei ou regulamento – ou entregues à parte interessada em sua contratação (concretizando assim a *comunicação da conclusão a respeito da confiabilidade atribuída pelo auditor aos demonstrativos contábeis, que foram o assunto submetido ao seu exame*).

Destaque especial merece aqui a identificação dos princípios de contabilidade geralmente aceitos como critérios em função dos quais o auditor constrói sua opinião. Geralmente tratada como óbvia, essa vinculação poucas vezes é explicitada:

“Esta denominação genérica inclui um conjunto de postulados, conceitos e normas que são aceitos com caráter geral pelos especialistas da contabilidade e pelas organizações profissionais. Costumam ser compilados e sistematizados pelos organismos que regulam a atividade contábil ou incluem-se nos textos legais de caráter mercantil e contábil.

A existência destes princípios gerais contribui para objetivizar a informação contábil estabelecendo um conjunto de critérios homogêneos que servem de referência ao profissional, sobretudo em relação àqueles aspectos da prática contábil em que é necessária a aplicação de um juízo subjetivo.”²³

5.2. Auditoria financeira

As exigências de *accountability* no setor público têm imposto às entidades governamentais encarregadas do controle a obrigação de examinar as finanças públicas sob um sem-número de perspectivas, não apenas limitadas à confiabilidade dos demonstrativos contábeis padronizados, mas estendendo-se a todos os aspectos de gestão financeira:

“a. Partes ou segmentos de demonstrativos financeiros.

b. Informação financeira (ex: demonstrativos de receitas e despesas, demonstrativos de recebimentos e desembolsos de caixa, demonstrativos de ativos fixos).

c. Relatórios e cronogramas sobre matérias financeiras, tais como gastos com programas ou serviços específicos, solicitações orçamentárias, e variações entre o desempenho financeiro real e estimado.

d. Contratos (ex: propostas de licitação, preços de contratos, valores faturados, valores devidos em rescisões contratuais, cumprimento dos termos dos contratos).

e. Subvenções.

f. Sistemas e estruturas de controle interno sobre a contabilidade, a emissão de relatórios financeiros e o processamento de transações.

g. Sistemas informatizados.

h. Sistemas financeiros (ex: sistemas de folha de pagamento).

i. Fraudes.”²⁴ (ESTADOS UNIDOS, 1992, p. 2).

Auditoria financeira, portanto, é noção muito mais ampla que auditoria contábil. Indispensável lembrar ainda que praticamente todo o campo de aplicação da auditoria financeira tem total equivalência com os problemas das organizações privadas, sendo esta área notável pela sua similaridade (em objeto e métodos) no setor público e na área empresarial e não-governamental em geral.

As normas de auditoria governamental adotadas como padrão de excelência em nível internacional (o *Yellow Book* do então *General Accounting Office* norte-americano²⁵) trazem uma definição estendida para a auditoria financeira (nela incluindo, como subdivisão específica, a auditoria de demonstrativos):

“As auditorias financeiras incluem auditorias das demonstrações financeiras e auditorias relacionadas à gestão financeira.

a. As auditorias das demonstrações financeiras determinam (1) se as demonstrações financeiras de uma entidade auditada apresentam corretamente a posição financeira, o resultado das

operações e os fluxos de caixa ou modificações na posição financeira de acordo com princípios de contabilidade geralmente aceitos, e (2) se a entidade respeitou as leis e regulamentos para aquelas transações e eventos que podem ter um efeito significativo nas demonstrações financeiras.

b. As auditorias relacionadas à gestão financeira incluem a determinação de (1) se os relatórios financeiros e itens relacionados, tais como dados, contas ou fundos estão corretamente apresentados, (2) se a informação financeira é apresentada de acordo com critérios previamente estabelecidos ou explicitados na auditoria, e (3) se a entidade seguiu as exigências regulamentares específicas na gestão financeira.”²⁶

Novamente, o marco conceitual aplica-se: o auditor avalia as questões financeiras (seja a gestão em si, sejam as informações que o gestor presta sobre elas) à luz de critérios fixados externamente (os princípios de contabilidade geralmente aceitos, no caso das demonstrações contábeis ou financeiras, e as leis e regulamentos financeiros, em caráter geral) ou desenvolvidos e explicitados na própria auditoria.

5.3. Auditoria de legalidade ou conformidade

A natureza regulada e formal da administração pública em geral tem reflexos também na atividade de verificação do controle. As entidades governamentais encarregadas desse controle têm freqüentemente a responsabilidade de abordar, em suas verificações, não apenas o cumprimento de princípios de boa gestão financeira, mas também a observância de uma extensa coleção de normas e procedimentos detalhados em relação a todos os aspectos da atividade administrativa. Assim, temas tão diversos como o ritual procedimental das licitações, a observância dos princípios legais na ges-

tão de pessoal, os requisitos para disposição do patrimônio estão incluídos no escopo de trabalhos de auditoria.

Essa situação dá lugar a uma autêntica nova modalidade de auditoria: aquela dedicada à verificação estrita do cumprimento da legislação ou dos regulamentos relativamente a determinada área examinada. A denominação específica pode variar, mas o conteúdo essencial é o mesmo²⁷:

“Auditoria de conformidade – Instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial. (BRASIL, 2003, p. 15).

A auditoria de conformidade trata de verificar que os atos, operações e procedimentos de gestão foram desenvolvidos em conformidade com as normas, disposições e diretrizes que sejam aplicáveis.”²⁸

Naturalmente, essa modalidade tem uma ampla área de interseção com a auditoria financeira mencionada no item anterior. Isso se deve a que também a atividade financeira da administração pública é detalhadamente regulada, em forma e conteúdo, por normas tão ou mais rigorosas que aquelas válidas para todos os demais aspectos de gestão:

“Por outro lado, desde o momento em que é realizada pela Administração, [a administração financeira, FMRB] ao tempo em que é financeira é atividade administrativa; circunstância que vai determinar sua sujeição às peculiaridades próprias do funcionamento dos entes administrativos e que afetará muito particularmente a forma pela qual esta atividade se produz e se exterioriza.

Como atividade administrativa desenvolvida no marco de um Estado de Direito, a Atividade Financeira da Administração vai estar submetida a

um estrito padrão procedimental, a exigências de expressão formal dos atos em que se materializa e à fiscalização dos Tribunais de justiça [...]”²⁹

Assim, faz sentido falar numa modalidade específica de auditoria de regularidade, distinta da auditoria financeira mas sobrepondo-se em parte ao seu escopo. Existirão auditorias de conformidade que não serão financeiras (por exemplo, a verificação do cumprimento de requisitos legais para seleção de ocupantes de cargos públicos, tais como a publicidade da seleção, a observância de concursos públicos e o atendimento de requisitos de escolaridade). Existirão auditorias financeiras que não serão de conformidade (a exemplo de uma avaliação dos riscos financeiros a que está exposto o *portfolio* da dívida pública em função das variáveis macroeconômicas). E ainda existirão, com muita frequência, trabalhos que serão tanto de natureza financeira quanto de conformidade (o exemplo mais paradigmático é o da auditoria da execução da despesa pública, quando se verifica o cumprimento das leis e regulamentos no ato de gasto público, que é de natureza essencialmente financeira).

Uma vez mais, o marco conceitual proposto consegue abranger também essas modalidades: a verificação independente pode exercer-se sobre qualquer aspecto da gestão pública (ou mesmo na gestão privada, quando a questão do cumprimento de normas internas ou externas assumir relevância para a organização interessada), que passa a representar o *assunto* sobre o qual a opinião será emitida. Os *critérios* não poderiam ser mais explícitos: as leis e regulamentos que se apliquem aos assuntos examinados. Os destinatários da opinião do auditor podem ser dos mais variados: o próprio poder estatal por meio de seus organismos de controle externo ou interno.

5.4. Auditoria tributária

Uma das modalidades de auditoria de maior ressonância e impacto na sociedade

atual é a auditoria tributária ou de impostos. Sob esse nome, mencionam-se várias formas de atuação da administração tributária, inclusive com efeitos sancionadores sobre os contribuintes.

Sem pretender uma tipificação rigorosa sob o ponto de vista jurídico, ousamos afirmar aqui que uma grande parcela das atuações do Fisco pode, sim, enquadrar-se perfeitamente no marco conceitual de auditoria que aqui se apresenta.³⁰ Trata-se da verificação realizada pelos agentes fiscais junto aos contribuintes quanto a fatos econômicos, financeiros ou contábeis com relevância tributária.

“As atuações de comprovação e investigação da Inspeção de Tributos terão por objeto verificar o adequado cumprimento pelos sujeitos passivos ou responsáveis tributários de suas obrigações e deveres para com a Fazenda Pública.

Por ocasião destas atuações, a Inspeção comprovará a exatidão e veracidade dos fatos e circunstâncias de qualquer natureza registrados pelos sujeitos passivos ou responsáveis tributários em quantas declarações e comunicações se exigirem para cada tributo. Do mesmo modo, investigará a possível existência de elementos de fato ou outros antecedentes com transcendência tributária que sejam desconhecidos total ou parcialmente pela Administração. Finalmente, determinará, se for o caso, a exatidão das operações de liquidação tributária praticadas pelos sujeitos passivos ou responsáveis por retenções e estabelecerá a regularização que considere procedente da situação tributária dos mesmos.”³¹

A atuação do Fisco tem, portanto, três etapas: uma de coleta e organização de informação (movimento financeiro e econômico do contribuinte; lançamentos tributários por ele realizados, etc.); a segunda, de avaliação dessa informação segundo o ponto de

vista da legislação tributária; a terceira, finalmente, de imposição de gravames tributários sobre o contribuinte. As duas primeiras em conjunto, portanto, formam uma atividade rigorosamente de auditoria, nos termos que aqui se expõe. Nelas é emitida uma opinião por parte de um agente independente da parte responsável (que no caso é o contribuinte), acerca de assuntos de natureza financeira (movimento dos negócios do contribuinte e seus fluxos tributários), com base em critérios predefinidos (a legislação tributária), comunicada a um terceiro alheio à parte responsável (o destinatário da opinião, nesse caso, é o próprio Fisco)³². A terceira etapa (lavratura de autos, imposição de multas, etc.), por sua vez, ainda que possa ser feita pelo mesmo agente fiscal e no mesmo momento, não integra o seu papel de auditor (dentro do conceito teórico que aqui abordamos).³³

5.5. Auditoria interna

A função de auditoria interna dentro das organizações já alcançou, após uma longa consolidação histórica, um sentido e uma natureza próprios, sem que se possa mais dizer de maneira informada que é simplesmente “aquela realizada por integrantes da própria organização”.³⁴ A conceituação operacional mais difundida que hoje é levada à prática é a do *Institute of Internal Auditors (IIA)* norte-americano, que define a auditoria interna como

“Uma atividade independente e objetiva de verificação e consultoria, destinada a agregar valor e melhorar as operações de uma organização. Ela ajuda a organização a cumprir seus objetivos trazendo uma abordagem sistemática e disciplinada à avaliação e melhoria da efetividade dos processos de gestão de risco, controle e governança.”³⁵

Enfim, o trabalho de auditoria interna em um sentido lato é o de assessoramento à direção da organização. Como a própria definição já evidencia, inclui a *verificação* e

a *consultoria*. Esta última tem assumido proporção crescente do trabalho do auditor e é vista pela direção das organizações como essencial em suas atribuições (“a direção espera que o auditor traga-lhe soluções ante problemas ou riscos para a gestão da empresa, mesmo quando tais soluções não tenham sido solicitadas.”³⁶). Dai já se vê uma especificidade do trabalho de auditoria interna, o de ter inerentemente um conteúdo de avaliações, recomendações e conselhos. Esses conteúdos não se incluem, a rigor, no quadro conceitual de auditoria que apresentamos. Por outro lado, várias outras atuações da auditoria interna podem ser consideradas conteúdos inteiramente inseridos no referido quadro conceitual (“avaliar o grau de cumprimento das normas e procedimentos estabelecidos pela direção”; “verificar a confiabilidade e qualidade da informação que recebe a direção, e que seja adequada”).

Sob o ponto de vista da independência do auditor, nosso marco conceitual modifica alguns preconceitos já cristalizados, segundo os quais “o auditor interno não teria independência” por ser funcionário da organização em que atua. A independência não se afere em relação a uma organização em abstrato, mas em relação à parte responsável pelo assunto ou informação a ser examinada. Estando o auditor interno diretamente subordinado à instância máxima de uma empresa (ao seu Conselho de Administração, por exemplo), não será dependente de uma das divisões de linha da organização sobre cuja gestão deva pronunciar-se (lembramos da observação segundo a qual a dependência *em relação ao destinatário da opinião* não descaracteriza um determinado encargo como um encargo de auditoria). Já não será independente, no entanto, se tiver que examinar atos da instância a que estiver subordinado (por exemplo, avaliar a legalidade de deliberações do Conselho de Administração ante qualquer critério da legislação empresarial). No setor público, o auditor integrante de uma controladoria ou auditoria-geral subordinada ao titular do

Poder Executivo de um Estado ou Município está em situação de independência perante outras repartições e organizações do mesmo Poder Executivo. Por outro lado, nada impede que os serviços de verificação e consultoria da auditoria interna sejam contratados a firmas externas de auditoria – de fato, é corrente no mundo corporativo o *outsourcing* de serviços de auditoria interna.³⁷ E nesse caso, cabe perguntar: uma empresa contratada para desempenhar as funções da auditoria interna de outra organização seria “mais independente” que um departamento de auditoria interna composto por funcionários da organização?

Em síntese, do vasto catálogo de atribuições conquistadas pelos auditores internos nas organizações, algumas podem ser classificadas dentro do marco conceitual da auditoria, outras possuem finalidades e características distintas. Não se lhes pode classificar *a priori*, sendo necessário examinar caso a caso cada um dos encargos, em busca da presença de todos os elementos constantes do marco conceitual.

Isso não significa uma inadequação ou imprecisão das definições usuais de auditoria interna (tal como a do IIA), nem tampouco põe em cheque o modelo conceitual que apresentamos: essa divergência deve-se às diferentes origens dos conceitos. As normas do IIA têm por foco o beneficiário do trabalho do auditor interno (a direção da própria organização) e as áreas de atuação prioritária (gerência de riscos, controle e governança), enquanto o estudo da auditoria em geral tem sua atenção concentrada na natureza do trabalho em si. Aqui cabe mais uma vez a ressalva que já expressamos ao final do item 3: a circunstância de que coexistem tarefas que analiticamente são consideradas auditoria e aquelas que pertencem a outro tipo de trabalho não previne, de maneira alguma, a sua realização pelos mesmos profissionais (ao contrário, o conhecimento da realidade proporcionado pelas missões estritamente auditoriais permite que o auditor interno esteja em privile-

giada posição para oferecer consultoria e assessoramento). A distinção aqui estabelecida é tão-somente para fins de compreensão do processo de auditoria.

5.6. Auditoria operacional

5.6.1. Origens e definições

As duas últimas décadas testemunham o aparecimento, no mundo ocidental, de novos “estilos” ou demandas programáticas em relação à gestão pública: abrigada sob um rótulo generalizante de “*New Public Management*” (NPM) está uma larga coleção de iniciativas e direcionamentos que alcançaram em maior ou menor medida quase todos os governos (dos quais os países anglo-saxões são exemplo paradigmático, a começar pelo Reino Unido – que teve a precedência histórica com as iniciativas dos governos Thatcher na década de 80 – e pela Nova Zelândia – que levou esse paradigma de gestão aos seus limites extremos). Ainda mais amplamente que na prática governamental, esse movimento implantou-se nas teorias, nos discursos, nas doutrinas e nas técnicas de administração pública contemporâneas, mesmo naqueles países que permaneceram mais próximos a uma administração clássica burocrático-weberiana, resistindo à implementação do compromisso programático do (NPM) em suas legislações.

Esse novo paradigma gerencial não é uma prática unificada, mas uma variedade de elementos programáticos (muitas vezes superpondo-se entre si) tomados de empréstimo ao universo conceitual da administração privada:

“[...] controle de custos, transparência financeira, autonomização de subunidades organizacionais, descentralização da autoridade gerencial, criação de mecanismos de mercado e quase-mercado separando as funções de aquisição e produção [de bens e serviços públicos, FMRB] e a sua vinculação através de contratos, e o reforço da responsabilidade (*accounta-*

bility) perante os clientes pela qualidade do serviço através da criação de indicadores de desempenho.”³⁸

Cada um desses elementos traz consigo um aumento na intensidade e volume dos fluxos de informação financeira e não-financeira, bem como na formação de arranjos contratuais. Esse é, como vimos, o fator essencial na demanda por serviços de auditoria em geral. E não mais de uma natureza apenas monetária, pois o que se tem que verificar não são apenas os números contábeis mas os processos e produtos que um governo cada vez mais reduzido (na realidade ou no objetivo) “*encomenda*” ou “*contrata*” com terceiros (empresas privadas, autoridades locais, agências independentes ou semi-independentes, organizações não-governamentais). Na busca de preencher essa necessidade, as instituições de auditoria pública dos países centrais foram desenvolvendo (e disseminando tanto aos seus níveis locais de governo quanto aos demais países) uma nova prática de auditoria que avança sobre os aspectos finalísticos da gestão pública.³⁹

Também as organizações privadas vêm demandando, por pressão da competitividade, mais recursos de conhecimento e intervenção gerencial. Esse conjunto de métodos e técnicas estruturados num todo coerente vem sendo, também, tratado como uma modalidade de auditoria.

“Desta maneira, dirigentes e consultores necessitam de métodos que possibilitem melhor conhecimento da organização e de seu entorno, que permitam identificar os pontos fortes e fracos de sua configuração atual, que ajudem a encontrar novos objetivos e desenhos mais eficazes e eficientes e, por último, demandam técnicas que consigam implementar estes desejos de mudança.”⁴⁰

Essa demanda pela extensão do conhecimento e da prática auditorial para áreas vinculadas à gestão das organizações em sentido lato, mas incomparavelmente mais

amplas que a simples gestão financeira ou legalidade, é tão intensa que se reflete na grande quantidade de denominações que assume (várias delas com sentidos diferentes para os mesmos termos). Nos estudos voltados ao setor privado, pode-se encontrar referências a auditoria operacional, auditoria operativa, auditoria gerencial, auditoria administrativa, auditoria de operações, auditoria organizativa (MÁS; RAMIÓ, 1997, p. 29-30; NEWTON, 2001, p. 61; VALDERRAMA, 1997, p. 27). Naquelas obras enfocando o setor público, por sua vez, a variedade não é menor: auditoria de desempenho ou de *performance*, com suas subdivisões de auditoria de economia e eficiência e auditoria de programas; auditoria de natureza operacional, divididas em auditoria de desempenho operacional e avaliação de programas; controle financeiro de programas; *value-for-money audit*.⁴¹

Portanto, para tentar uma aproximação rigorosa desse fenômeno de proliferação de nomes e metodologias, é indispensável fazer-se uma escolha prévia de qual ou quais implementações práticas desse conceito se vai utilizar. Inicialmente, a taxonomia desenvolvida do GAO norte-americano⁴² é a matriz da maioria das definições atualmente em uso, que em geral para ela convergem. Segundo o Yellow Book, trata-se da *auditoria de desempenho*, que compreende dois subtipos distintos:

a) a *auditoria de economia e eficiência*, destinada a verificar se a entidade auditada adquire, protege e usa seus recursos de forma econômica e eficiente, as causas de eventuais práticas antieconômicas ou ineficientes e o cumprimento das normas legais e regulamentares referentes a economia e eficiência (ESTADOS UNIDOS, 1992, p. 2-3)⁴³; e

b) a *auditoria de programas*, voltada para determinar a extensão do atingimento dos objetivos fixados para a ação pública em cada programa ou atividade auditada por parte da autoridade política ou legislativa, a efetividade das atividades auditadas e o cumprimento das normas legais e regula-

mentares aplicáveis ao programa ou atividade⁴⁴. (ESTADOS UNIDOS, 1992, p. 2-3).

Não obstante a obrigatória referência à nomenclatura do GAO como ponto de partida, devemos partir para uma especificação um pouco diferente das diferentes atividades de auditoria operacional com as quais trabalharemos. Essa definição inclui na auditoria de desempenho operacional (e não na auditoria de programas) a análise da eficácia (atingimento de objetivos) e exclui também da auditoria de programas a apreciação do cumprimento de normas legais a ela pertinentes. Essa divisão parece-nos mais razoável em função das especificidades da avaliação de programas e de efetividade, que adiante veremos. Essa definição de auditoria operacional, ainda, superpõe-se com mais precisão ao conceito usual desse tipo de auditoria na empresa privada.⁴⁵ Por fim, ao corresponder à nomenclatura do Tribunal de Contas da União, insere-se com mais facilidade no amplo movimento de disseminação desse tipo de trabalho que o referido Tribunal vem promovendo no setor público brasileiro.

Assim, adotamos para os fins propostos uma definição em tudo similar à que expõe o Tribunal de Contas da União em documento de trabalho. Nele, a Auditoria de Natureza Operacional (ANOp) é a avaliação sistemática dos programas, projetos, atividades e sistemas de uma organização, decompondo-se em⁴⁶ (BRASIL, 2000, p. 15-18):

I) Auditoria de Desempenho Operacional, que é a modalidade de auditoria voltada para o exame da ação da entidade ou atividade auditada quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia, examinando para tanto:

a) como a entidade adquire, protege e utiliza seus recursos;

b) as causas de práticas antieconômicas e ineficientes;

c) o cumprimento das metas previstas; e

d) a obediência aos dispositivos legais aplicáveis aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia da gestão.

II) Avaliação de programas, que tem por objetivo examinar a efetividade dos programas e projetos, isto é, em que medida as ações implementadas lograram produzir os efeitos pretendidos pelos seus empreendedores.

Essas duas definições têm o efeito de cobrir em seu escopo as demandas programáticas feitas à auditoria como ferramenta de conexão entre a formulação e a implementação descentralizada da política pública, que é a exigência principal feita aos auditores pela disseminação da ideologia do *New Public Management*. De fato, a variedade de possibilidades que um esforço nesse sentido abre é muito rica. Uma Auditoria de Desempenho Operacional pode, por exemplo, verificar se uma entidade⁴⁷:

- segue práticas adequadas e vantagens de aquisição de bens ou serviços;
- adquire recursos com a especificação, qualidade e na quantidade adequadas, no momento necessário, ao custo mais baixo possível;
- protege e mantém adequadamente seus recursos;
- evita duplicação de esforços por empregados e a realização de trabalhos que têm pouca ou nenhuma utilidade para a organização;
- evita a ociosidade e o excesso de pessoal;
- usa procedimentos operacionais eficientes;
- usa a quantidade mínima de recursos (pessoal, equipamentos e instalações) para produzir e entregar bens e serviços em qualidade e quantidade apropriadas, no tempo adequado;
- atinge os objetivos previstos ou planejados por ela na execução de seus programas de trabalho, referidos em termos de volume de produtos ou serviços ofertados;
- tem sistemas adequados de medição e prestação de contas no que se refere a economia, eficiência e eficácia.

Uma Avaliação de Programas, por sua vez, pode, por exemplo, analisar⁴⁸:

- se os objetivos de um programa proposto, recém-iniciado ou em andamento são adequados ou relevantes;
- a extensão em que um programa atinge os resultados desejados, referidos em termos dos benefícios sociais decorrentes dos produtos ou serviços por ele ofertados;
- a efetividade de um programa ou de seus componentes individuais;
- se os gestores desenvolveram e consideraram alternativas para a oferta do programa que poderiam gerar os resultados desejados com mais efetividade ou a um custo menor;
- se um programa complementa, duplica, superpõe-se ou entra em conflito com outros programas relacionados;
- as maneiras de um determinado programa obter melhores resultados;
- se os sistemas de medição e prestação de contas no que se refere a efetividade são adequados.

Desde logo, as definições apresentadas (que refletem de forma sintética as práticas realizadas) encaixam-se perfeitamente no marco conceitual de auditoria. Os assuntos sobre os quais opinam os auditores têm fronteiras menos precisas; os critérios são construídos *ad hoc* para cada auditoria; as exigências da interação mais próxima com os auditados leva o auditor a adotar um perfil comportamental mais aberto e menos vinculado ao ar severo e lacônico tradicionalmente associado à auditoria de regularidade. Em que pesem todas essas particularidades, estão presentes claramente os elementos conceituais acima identificados: um assunto determinado (cuja identificação em termos objetivos é um dos principais desafios metodológicos desse tipo de auditoria), os critérios de auditoria compilados pelos auditores, o exame sistemático do objeto de auditoria e a opinião, na forma de relatório, dirigida aos destinatários das informações (nesse caso, não só as instâncias de controle mas também – e principalmente – os próprios entes auditados).

5.6.2. As dimensões do desempenho

Naturalmente, em sendo as definições tão dependentes da conceituação das dimensões do desempenho, é necessário expor com clareza também o significado dos conceitos de economicidade, eficiência e eficácia. Se apresentamos acima a noção de *critérios* de auditoria, padrões aplicáveis a cada caso que se examina,⁴⁹ podemos tratar as dimensões do desempenho como categorias que organizam os critérios individuais, ou mais ousadamente como “metacritérios” que categorizam o foco ou a perspectiva que cada critério procura alcançar.

A especificação dos conceitos vem também da mesma fonte:

Economicidade – minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade;⁵⁰

Eficiência – relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados, em um determinado período de tempo;⁵¹

Eficácia – grau de alcance das metas programadas, em um determinado período de tempo, independentemente dos custos implicados;⁵²

Efetividade – relação entre os resultados alcançados (impactos observados) e os objetivos (impactos esperados) que motivaram a atuação institucional.⁵³

Nesta última dimensão, estão incorporadas possivelmente as maiores dificuldades em todo o universo da ANOp, uma vez que não se lida apenas com variáveis internas ou instrumentais (recursos aplicados, produção mensurada), mas com os efeitos que a ação da entidade auditada causa no seu ambiente externo. Em primeiro lugar, pelo que se refere aos efeitos em si (SUÉCIA, 1999, p. 31-35). Identificar com precisão e quantificar os *efeitos* (não a produção planejada e medida) de qualquer ação não é nunca uma tarefa simples, inclusive porque os efeitos desejados são amiúde enunciados de maneira qualitativa e normativa, em

termos gerais e abstratos, tais como “a segurança em uma coletividade” (MENY; THOENIG, 1992, p. 94). Além disso, podem existir externalidades positivas ou negativas geradas pela ação auditada em outras áreas da vida social, que provavelmente deixarão de ser examinadas na sua auditoria mas representam um componente da efetividade do programa. Por outro lado, e principalmente, há o problema da causalidade: os efeitos observados na variável-objeto do programa analisado podem ter vindo de outras políticas públicas ou de fatores exógenos da vida social que não têm correlação com o próprio programa (MENY; THOENIG, 1992, p. 95; CANO, 2002, p. 16-17).

Também não se pode deixar de reconhecer a emergência de novos parâmetros de desempenho para a ação das organizações (em particular no âmbito público) que ainda não alcançaram sua posição na formalização normativa. São o reflexo concreto de novos problemas que ingressaram na agenda pública desde então, quer seja por expressarem carências objetivas da sociedade, quer por veicularem a decisão subjetiva de grupos ou parcelas que, em nome da sociedade como um todo, qualificam-nos como um problema social (MENY; THOENIG, 1992, p. 119). Referimo-nos a dimensões tais como:

- a equidade (de que trataremos logo adiante);
- a transparência e a responsabilização (o grau em que uma determinada ação permite a visibilidade e a prestação de contas de seus recursos e objetivos, bem como a atribuição clara de responsabilidades aos diferentes agentes nela envolvidos);
- a participação social (a abertura que uma determinada política pública contempla para que nela se veiculem as opiniões e preferências dos interessados, o que não apenas é instrumental mas tem um valor por si próprio – como mecanismo pedagógico de auto-organização popular);

– sustentabilidade (num sentido mais estrito, a compatibilidade de uma ação com a sua inserção no meio ambiente natural que a cerca e que deve abrigá-la; num sentido lato, a capacidade de essa ação gerar por si própria os recursos – financeiros, materiais e naturais – que lhe assegurem a continuidade).

Entre esses novos atores na arena da avaliação de programas, projetos e entidades, há um que é praticamente inescapável, e corresponde à demanda política contemporânea (especialmente no Brasil): a equidade. Com várias definições possíveis, pode-se tratá-la como a medida da possibilidade de acesso aos benefícios de uma determinada ação por parte dos grupos sociais menos favorecidos em comparação com as mesmas possibilidades da média do país. Avaliar a equidade significa examinar se há uma distribuição igualitária dos recursos entre os que têm direito a recebê-los. (ANGLÈS, 1999, p. 19). No Brasil, o princípio da equidade está contemplado em sede constitucional, quando o art. 3º, inciso III, da Carta Magna insere como objetivo fundamental da República “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, secundado pelo art. 170, inciso III, que fixa como princípio da ordem econômica a “redução das desigualdades regionais e sociais”.

Se consolidada está em sua legitimidade, porém, muito falta ao conceito de equidade para ganhar consenso em sua operacionalização (circunstância esta, aliás, que afeta em maior ou menor grau todas as demais dimensões do desempenho). Em primeiro lugar, em um nível de grande abstração teórica, a busca da equidade é às vezes entendida como potencialmente contraditória com as condições de eficiência econômica, por opor-se em última instância à possibilidade de desigualdade que representariam indispensável incentivo à busca de eficiência por parte dos agentes econômicos individuais (COHEN; FRANCO, 1993, p. 23). Ainda que essa discussão possa pros-

perar no nível da sociologia, ou da filosofia econômica, não deve, porém, afetar demasiadamente a ordem de preocupações da avaliação de programas; essa atividade até pode, em algum momento, discutir o mérito da fixação de tais ou quais objetivos para uma ação, mérito esse que pode alcançar o suposto *trade off* equidade vs. eficiência; no entanto, raramente uma avaliação concreta alcança nível de generalidade tão grande em que esse *trade off* seja uma preocupação potencial (a trajetória mais provável é o estudo de um programa, projeto ou entidade específico, cuja dimensão não tem o potencial de provocar isoladamente diferenças estruturais que alcancem tal generalidade).

A segunda discussão, por sua vez, tem mais repercussão na prática da avaliação: trata-se de qual é o fundamento da equidade: se a igualdade de oportunidades (ou de acesso aos recursos de um dado programa) ou a igualdade de resultados (ou de recebimento dos benefícios do programa)⁵⁴.

“A igualdade de oportunidades pretende colocar todos os indivíduos na mesma situação inicial, procurando que as recompensas sejam dadas de acordo ‘com os méritos’. [...] A igualdade de resultados pretende alcançar uma distribuição final igualitária, independentemente do desempenho dos indivíduos e de sua contribuição à sociedade.” (COHEN; FRANCO, 1993, p. 23).

A concepção de igualdade de resultados é combatida até mesmo com alguma violência por grande parte da ciência social:

“A posição dominante aceita o princípio da igualdade no ponto de partida, outorgando oportunidades similares a todos, ao mesmo tempo em que pretende que a distribuição final, que será desigual, se mantenha dentro de certas margens consideradas aceitáveis em cada contexto social” (COHEN; FRANCO, 1993, p. 25).

É preciso, porém, não perder de vista essas duas dimensões ao discutir os méritos

de critérios de equidade: se a igualdade de oportunidades parece razoável para a maior parte dos fenômenos econômicos (ex: oferecer a todo estudante que o deseje a mesma qualidade de ensino profissionalizante, deixando ao mérito de cada um a sua inserção no mercado de trabalho e a conseqüente geração de renda), não se pode conceber uma desigualdade de resultados no oferecimento de direitos sociais básicos (ex: atendimento médico em situações de risco de vida, ou acesso à justiça com igualdade de condições entre as partes), desigualdade essa que é talvez o mais intolerável traço do subdesenvolvimento brasileiro.

5.6.3. Auditoria de natureza operacional versus auditoria de conformidade – uma falsa polêmica

“A verdade, permito-me eu comentar agora, só pede olhos que a vejam. O pior é quando as pessoas teimam em olhar para outro lado.” (SARAMAGO, 1999, p. 168).

Neste ponto, é útil estender-nos um pouco sobre as diferenças entre a auditoria convencional (de conformidade ou financeira) e a ANOp. Essas diferenças suscitam não poucas angústias e reações dos auditores já experientes, especialmente no setor público, que temem algo como uma descaracterização (ou perda de poder) do papel de suas organizações.

Quanto aos fundamentos legais no direito brasileiro, a atribuição de competências às instituições públicas de controle que deriva da Constituição Federal é explícita em incluir ambos os tipos de verificações. Os princípios constitucionais de administração pública incluem tanto a legalidade e moralidade quanto a eficiência (art. 37 da Constituição Federal). O mandato das instituições públicas de controle (interno ou externo) na Constituição alcança a verificação da legalidade, legitimidade e economicidade da ação pública (art. 70), podendo o sistema de controle externo auditar a ação nos âmbitos contábil, financeiro, orçamentário,

patrimonial e operacional (art. 71, inciso IV). O sistema de controle interno, por sua vez, tem a responsabilidade explícita de avaliar o cumprimento das metas do planejamento governamental (art. 74, inciso I) e de avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão (art. 74, inciso II). Tais mandatos constitucionais são válidos tanto para o nível federal quanto nas administrações regionais (art. 75). Existe portanto, desde a matriz de todo o ordenamento jurídico, a previsão e a demanda do trabalho auditorial sobre as dimensões do desempenho da ação pública.

Os critérios sobre os quais efetuar a ação de controle representam a primeira diferença significativa: no trabalho de legalidade, são explícitos na lei e regulamentos, não cabendo outros.⁵⁵ Os critérios para a auditoria de natureza operacional, por sua vez, têm de ser construídos *ad hoc* praticamente em cada auditoria, com origem nas mais diversas fontes (na própria legislação, quando existente, nos padrões técnicos da área profissional auditada; no desempenho histórico do ente auditado; no desempenho de entidades semelhantes, em práticas gerenciais ou operacionais aceitas pelo auditado como aplicáveis; nos objetivos fixados ao ente auditado por ele próprio ou pelo poder público correspondente, ou nos termos de contratos que vinculem o auditado).

No que se refere às conseqüências da ação de controle, também há diferenças destacadas: o mandato legal para a auditoria de legalidade e financeira fala em julgar e responsabilizar, permitindo exigir responsabilidades pecuniárias e impor sanções; para os aspectos operacionais, fala em avaliar, emitir pronunciamentos de natureza opinativa. Assim, uma auditoria de legalidade poderá conter determinações de cumprimento coercitivo pelo auditado, fundamentada na obrigatoriedade da legislação em que se fundamenta. Uma auditoria de natureza operacional, por sua vez, terá critérios muito menos imperativos sobre os quais consolidar-se. Ainda que o mandato

legal permita a avaliação nessas dimensões, conceitos como eficiência, eficácia, efetividade ou equidade não são normas específicas e inequívocas que prescrevem comportamentos predeterminados. No sentido jurídico, são normas programáticas, de aplicação diferida e não imediata, a serem materializadas pela atividade do legislador (elaborando normas e regulamentos) e do administrador (por meio dos atos de gestão). Emitem “preceitos a serem cumpridos pelo Poder Público, como ‘programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado’” (MORAES, 2000, p. 41). Dessa forma, o ente controlador está funcionando como um interlocutor mais nessa materialização da intenção constitucionalmente consagrada, situando-se numa posição de co-participação nessa produção dos objetivos sociais pela Administração. Dessa forma, não existe o fundamento legal que permite a atuação coercitiva do ente controlador, que tem de recorrer à capacidade de persuasão de seus argumentos técnicos objetivamente lançados em seus relatórios. Assim, os produtos essenciais da auditoria operacional são a opinião do auditor acerca do desempenho na atividade examinada e as eventuais recomendações fundamentadas que sua análise permita formular⁵⁶. Algumas propostas metodológicas chegam a incluir como etapa da auditoria operacional, após a emissão de propostas ou recomendações, uma verdadeira negociação entre os auditores e os responsáveis pela entidade ou programa examinados, de forma a atingir os resultados preconizados pelas recomendações. (MÁS; RAMIÓ, 1997, p. 42-47).

Alguns poderão ver nisso uma “diminuição” dos poderes ou do papel dos órgãos de controle. Entendemos que não procede esse temor. Em primeiro lugar, porque a dimensão operacional foi *acrescentada* pela Constituição de 1988 às missões do controle, sem que as demais atribuições de legalidade fossem excluídas de sua competência. Em segundo lugar, porque não se deve de

modo algum subestimar o efeito que a simples disseminação da informação objetiva sobre a gestão pública tem no sistema sócio-político, sendo capaz de influenciar vigorosamente a própria condução das ações em questão (a demanda por informação e análise chega a preceder e pautar as iniciativas das instituições de controle). Num contexto institucional democrático, a discussão técnica fundamentada dos assuntos públicos é por si própria uma fonte considerável de poder; uma organização de controle capaz de abordar com segurança os problemas de sua clientela do ponto de vista técnico-gestional, oferecendo análises objetivas, corretas, bem apresentadas – e portanto persuasivas –, conquista um espaço de intervenção adicional em relação às suas competências de fiscalização estritamente jurídico-formais.

Em função dessas mesmas características, a auditoria operacional pressupõe a existência de algumas características na atividade sob exame e na relação entre o auditor e os gestores sob auditoria. Os mecanismos de gestão (especialmente orçamentários, estatísticos e contábeis) devem ter consistência e abrangência tais que permitam, ao menos em um nível mínimo, a análise da realidade relativa àquele programa ou instituição. Caso não possuam potencialidade suficiente para isso, essa constatação será possivelmente a conclusão mais importante da auditoria, que poderá então indicar a necessidade e as condições de criação de mecanismos hábeis à gestão da atividade auditada (ANGLÈS, 1999, p. 25-26). Existem mesmo metodologias de auditoria operacional que incluem, como parte essencial de sua intervenção, uma negociação prévia com a entidade objeto da auditoria para definir, em conjunto, um sistema previamente concertado de planejamento, estabelecimento de objetivos e produção de indicadores. (ESPANHA, 1997, p. 14-17, 79-92).

Outro imperativo para o sucesso de uma auditoria operacional é o relacionamento cooperativo que se espera seja estabelecido

entre o auditor e o seu cliente (ANGLÈS, 1999, p. 27-28). Não se está tratando de simples constatação de não-conformidades ante um padrão objetivo predefinido e obrigatório, como a auditoria de legalidade, que pode ser feita (e muitas vezes tem exatamente de ser feita) num contexto de maior distanciamento e mesmo conflito de interesses. A natureza dos dados a serem captados, a construção dos critérios, a comparação entre uns e outros, são freqüentemente sujeitos a lacunas e ambigüidades que dificilmente são superáveis sem uma postura cooperativa de ambas as partes. Isso requer uma postura institucional e pessoal dos responsáveis pela auditoria que, longe de representar uma diminuição de sua condição de trabalho, evidencia (e exige) um grau maior de profissionalismo e garante, quando atingido, um respeito ainda maior à instituição de controle.

Por fim, existem algumas outras distinções entre ambas as modalidades que merecem a reflexão⁵⁷:

- as auditorias de regularidade podem abranger uma grande entidade e utilizar mais intensamente os mecanismos de amostragem; as auditorias operacionais têm de limitar-se a um alcance mais restrito (uma subunidade da organização, um determinado processo gerencial, um programa de governo, etc.);
- as auditorias de regularidade podem, em alguns casos, referir-se de maneira global a uma entidade ou programa (ex: detectada uma diferença materialmente relevante nos balanços de uma subunidade, todo o balanço de uma organização pode ser classificado incorreto ou inadequado); as auditorias operacionais exigem, em geral, a identificação mais precisa possível dos elementos (programas, funções, subunidades) que geraram uma opinião adversa sobre o desempenho;
- as auditorias de regularidade podem referir-se a um horizonte temporal delimitado e esgotar-se na opinião sobre

ele (p. ex., as contas ou a gestão de um determinado exercício); essa limitação faz pouco sentido na auditoria operacional, uma vez que o seu objetivo é exatamente encontrar os meios de melhorar o desempenho; em geral, as auditorias operacionais requerem sucessivas verificações para acompanhar o grau de implementação das recomendações realizadas e o efeito que tiveram;

- as auditorias de regularidade usam basicamente evidências documentais (quando muito, acrescidas de levantamentos físicos como contagens de caixa, inventários de estoque, etc.), que têm características mais diretas e conclusivas; o universo de evidências necessário à análise da auditoria operacional é no mais das vezes muito mais amplo, incluindo fortemente componentes analíticos e narrativos (entrevistas, observações diretas), que podem ter natureza mais circunstancial e controversa.

5.7. Outras modalidades

A aplicação do modelo conceitual acima exposto permite tentar alcançar ainda muitas outras modalidades de verificação que estão em pleno andamento e que excedem às possibilidades do autor e do estudo descrevê-las, ficando apenas lançada a hipótese de que são instâncias de um mesmo tipo de atividade de auditoria, entre elas variando apenas o assunto de sobre o que se vai opinar, os critérios utilizados e os destinatários da informação. Referimo-nos, por exemplo, às auditorias ambientais⁵⁸, às auditorias de controle de qualidade⁵⁹, às auditorias médicas⁶⁰ e às auditorias de sistemas informatizados⁶¹. Acreditamos que essa enorme variedade de modalidades possíveis não apenas demonstra a óbvia impossibilidade do autor em abordar minimamente todo o campo da auditoria moderna, mas também corrobora as hipóteses já apresentadas de uma “explosão” da demanda pro-

gramática por auditoria em vários campos da vida social e da possibilidade de estabelecer, por abstração, alguns traços comuns nessa proliferação de “auditorias”.

Notas

¹ Cf. WATTS; ZIMMERMANN, 1986, p. 196-199; RABELO; SILVEIRA, 1999, p. 6-8.

² “En efecto, dado que muchas de las previsiones contractuales y legales dirigidas a reducir los costes de agencia se refieren a magnitudes contables [...] y que, en general, la contabilidad ofrece información indirecta sobre el rendimiento de la gestión, los administradores han de preocuparse de hacer creíble de antemano a los inversores la integridad de la información contable; y a tal efecto no les queda más remedio que contratar los servicios de un auditor externo, puesto que la información interna – en la medida en que es formulada por quienes tienen incentivos para retocarla e incluso falsificarla a su favor – no ofrece fiabilidad o credibilidad.”

³ A tradução literal dessa expressão seria “risco moral”. Preferimos manter aqui a expressão original para evidenciar que se trata de um construto teórico específico, que apenas tem um significado claro no contexto semântico de textos de ciência social (na vertente metodológica da *rational choice* ou *public choice*), podendo ser confundida se a utilizarmos no sentido literal fora desse contexto.

⁴ Especialmente a *Efficient Markets Hypothesis (EMH)* – (WATTS; ZIMMERMANN, 1986, p. 17-19).

⁵ “[...] ha sido concebida como una disciplina en la que se ha prestado una especial atención a sus aplicaciones prácticas y ha habido una importante exclusión de sus consideraciones teóricas”. (ORTA PÉREZ, 1996, p. 11).

⁶ Cf. POWER, 1999, p. 3-9 (a obra de Michael Power é seminal para essa vertente do estudo da auditoria); PENTLAND, 2000, p. 307-309.

⁷ “During the late 1980s and early 1990s, the word ‘audit’ began to be used in Britain with growing frequency in a wide variety of contexts. In addition to the regulation of private company accounting by financial audit, practices of environmental audit, value for money audit, management audit, forensic audit, data audit, intellectual property audit, medical audit, and technology audit emerged and, to varying degrees, acquired a degree of institutional stability and acceptance. Increasing numbers of individuals found themselves subject to new or more intensive accounting and audit requirements. In short, a growing population of ‘auditees’ began to experience a wave of formalized and detailed checking up on what they do.”

⁸ Traduzimos por “auditoria como demanda” as expressões “*audit as program*” e “*programmatic demand of audit*” originais de Power (1999). Uma primeira opção havia sido “auditoria como programa”, mas o uso didático de versões anteriores deste texto revelou que essa opção causa em muitos leitores confusão entre o conceito de que se trata e a noção instrumental de “programa de auditoria”, de uso corrente na terminologia técnica de auditoria, e que denota exatamente o contrário (é um componente da “auditoria como tecnologia”).

⁹ Cf. POWER, 1999, p. 6. Observe-se que a distinção entre “programa” e “tecnologia” foi formulada em caráter geral para qualquer prática social (ROSE; MILLER, 1992) e é utilizada nos mesmos termos por Pentland (2000, p. 309).

¹⁰ Note-se que por “organizações” podemos entender uma empresa comercial, uma entidade governamental, uma política pública, um conjunto de prestadores de serviço ou qualquer empreendimento conjunto entre pessoas.

¹¹ Essas partes com interesses legítimos no empreendimento já foram contempladas no debate público (técnico e político) com a denominação *stakeholders*.

¹² Cf. POWER, 1999, p. 33. “*Auditors are censured, conferences are organized, articles are published and, very often, new audit guidance is issued. Things settle down until the next time.*”

¹³ Listados de maneira didática em Bergamini Jr. (2002).

¹⁴ *De una primera lectura puede deducirse que no se trata de una Ley sistemática, al menos si nos atenemos a la gran heterogeneidad de los aspectos que aborda, relativos al mercado de valores, a la supervisión de los auditores externos, al funcionamiento de las sociedades y a las responsabilidades de sus administradores y gestores.* (HERNÁNDEZ OLMO, 2001, p. 22).

¹⁵ “Excesso de expectativas” ou *audit expectations gap*, fenômeno recorrente segundo o qual o público espera que “o auditor contribua a proteger os interesses dos acionistas, credores, empregados e o público em geral, dando-lhes segurança da exatidão das demonstrações contábeis, a continuidade do funcionamento da sociedade, a existência de fraudes, o cumprimento correto por parte da sociedade de suas obrigações fiscais, previdenciárias e legais e a atuação responsável da sociedade em termos meio-ambientais e sociais” (TABOADA, 2000, p. 1000), esperança essa inteiramente em desacordo com a capacidade informativa dos pareceres de auditoria contábil (CABAL GARCÍA, 2000, p. 21, 35; TABOADA, 2000, p. 100-101).

¹⁶ “[...] this level of programmatic appeal to the idea of audit and the level of audit technology are only loosely coupled. The auditing field is characterized by a gap between the explosion of programmatic demands and

expectations of auditing and the more 'local' stories which are told of its underlying operational capability." [no mesmo sentido, Pentland (2000, p. 309)].

¹⁷ "el modo en que los auditores han desarrollado su trabajo y la forma en que han de interpretarse los resultados del mismo"; "soluciones constructivas que traten de satisfacer las expectativas de sus usuarios, en tanto en cuanto sean razonables." (CABAL GARCÍA, 2000, p. 35).

¹⁸ "[...] Existe una amplia literatura sobre la práctica que estamos seguros ha contribuido a mejorar la calidad de los trabajos que efectúan los auditores. Nuestro interés se centra en definir los aspectos teóricos que sean capaces de explicar el proceso de auditoría."

¹⁹ "El objetivo de este trabajo de investigación es proponer una conexión entre ambas, porque estamos convencidos de que la única solución segura para los problemas prácticos es a través del desarrollo y utilización de sus correspondientes componentes teóricos. Éstos deben definirse en el seno de un marco conceptual propio." (ORTA PÉREZ, 1996, p. 11).

²⁰ As definições que passaremos a expor inserem-se numa sequência epistemológica que busca paralelo com os métodos da Economia Política clássica. Essa ciência, segundo Oskar Lange (1986, p. 97-99) caracteriza-se por três comportamentos sucessivos de pesquisas: a *abstração*, a *concretização progressiva* e a *verificação*. O primeiro passo, que é o que nos interessa aqui, "consiste em isolar, pelo pensamento, os elementos essenciais – quer dizer, aqueles que, em condições determinadas, se repetem constantemente – do processo econômico, assim como as relações constantes que surgem entre eles". Essa abstração busca eliminar "tudo que é secundário, fortuito, isto é, que só se produz de tempos em tempos, 'por acaso', e em destacar o que, em condições determinadas, se produz constantemente, se repete constantemente, isto é, o que é essencial, ou seja, necessário". É o produto dessa abstração, no caso da auditoria, que apresentaremos aqui, avançando sumariamente em algumas aplicações de concretização progressiva e esperando suscitar conclusões suficientemente interessantes para que sejam aperfeiçoadas e tomadas por hipóteses válidas para verificação.

²¹ Para efeitos comparativos, as outras definições são:

Auditoria: "Es el proceso sistemático de obtener y evaluar objetivamente la evidencia acerca de las afirmaciones relacionadas con actos y acontecimientos económicos, a fin de evaluar tales declaraciones a la luz de los criterios establecidos y comunicar el resultado a las partes interesadas." (ORTA PÉREZ, 1996, p. 21, grifos no original).

Assurance services são "os serviços profissionais independentes que aperfeiçoam a qualidade das informações e/ou seu contexto para os usuários". (SILVA, 2000, p. 40).

Auditoria "es la función independiente al sistema de comparar (o sea, el auditor sería el grupo de control) las características o condiciones controladas, a través del uso de pautas, normas o elementos para medirlas (sensor), determinar las desviaciones e informar al organismo o sector del cual la auditoría depende (grupo activante) el que está jerárquicamente ubicado por encima del sistema auditado." (NEWTON, 2001, p. 5).

²² *Assurance services*, em inglês; *Encargos de confiabilidade*, em espanhol.

²³ "Las especiales características de la auditoría exigen la descripción de sus notas diferenciadoras como mejor instrumento de análisis de su concepto. Dichas notas diferenciadoras son las siguientes:

Función desarrollada por profesionales competentes e independientes.

De acuerdo con normas objetivas de trabajo

Consistente en el examen de la contabilidad y del sistema de control interno de la empresa

Con el objetivo de emitir un informe donde se manifieste una opinión técnica sobre si dichas cuentas anuales expresan razonablemente, en todos sus aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de dicha entidad, así como del resultado de sus operaciones

De acuerdo a principios de contabilidad generalmente aceptados y a la legislación vigente

Aplicados uniformemente respecto al ejercicio anterior." (VALDERRAMA, 1997, p. 21-24).

²⁴ "Esta denominación genérica incluye un conjunto de postulados, conceptos y normas que son aceptados con carácter general por los expertos de la contabilidad y por las organizaciones profesionales. Suelen ser recopiladas y sistematizadas por los organismos que regulan la actividad contable o se incluyen en los textos legales de carácter mercantil y contable. La existencia de estos principios generales contribuye a objetivar la información contable estableciendo un conjunto de criterios homogéneos que sirven de referencia al profesional, sobre todo, en relación con aquellos aspectos de la práctica contable en la que es necesario la aplicación de un juicio subjetivo." (VALDERRAMA, 1997, p. 91)

²⁵ a. *Segments of financial statements.*

b. *Financial information (e.g., statement of revenue and expenses, statement of cash receipts and disbursements, statement of fixed assets).*

c. *Reports and schedules on financial matters, such as expenditures for specific programs or services, budget requests, and variances between estimated and actual financial performance.*

d. *Contracts (e.g., bid proposals, contract pricing, amounts billed, amounts due on termination claims, compliance with contract terms.*

e. *Grants.*

f. *Internal control systems and structure over accounting, financial reporting, and transaction processing.*

- g. Computer-based systems.
- h. Financial systems (e.g., payroll systems).
- i. Fraud.”

²⁶ “[...] el Yellow Book ha estat considerat con la Bíblia dels professionals de l’auditoria del sector públic; aquesta consideració s’ha anat reforçant amb l’aparició de cada una de les edicions revisades següents.” (ANGLÈS apud ESTADOS UNIDOS, 1992, p. 1). A instituição teve recentemente sua denominação alterada para *Government Accountability Office*, permanecendo o acrônimo GAO.

²⁷ “Financial audits include financial statement and financial related audits.

a. Financial statement audits determine (1) whether the financial statements of an audited entity present fairly the financial position, results of operations, and cash flows or changes in financial position in accordance with generally accepted accounting principles, and (2) whether the entity has complied with laws and regulations for those transactions and events that may have a material effect on the financial statements.

b. Financial related audits include determining (1) whether financial reports and related items, such as elements, accounts, or funds are fairly presented, (2) whether financial information is presented in accordance with established or stated criteria, and (3) whether the entity has adhered to specific financial compliance requirements.” (ESTADOS UNIDOS, 1992, p. 1-2).

²⁸ A denominação “auditoria de legalidade” é proposta por Anglès (1999, p. 29).

²⁹ “La auditoría de cumplimiento trata de verificar que los actos, operaciones y procedimientos de gestión se han desarrollado de conformidad con las normas, disposiciones y directrices que sean de aplicación”. Normas de Auditoria del Sector Público, Resolución 1/1998 de la Intervención General de la Administración del Estado, ítem 2.1.7 (ESPAÑA, 2001, p. 219).

³⁰ “Por otra parte, desde el momento en que es realizada por la Administración, a la vez que financiera es actividad administrativa; circunstancia que va a determinar su sujeción a las peculiaridades propias del funcionamiento de los entes administrativos y que afectará muy particularmente a la forma en que esta actividad se produce y se manifiesta hacia el exterior.

Como actividad administrativa desarrollada en el marco de un Estado de Derecho, la Actividad Financiera de la Administración va a estar sometida a un estricto cauce procedimental, a unas exigencias de expresión formal de los actos en que se materializa y a la fiscalización de los Tribunales de justicia [...]” (FOL, 1999, p. 23).

³¹ Com posicionamento similar, Newton (2001, p. 5).

³² “Las actuaciones de comprobación e investigación de la Inspección de los Tributos tendrán por objeto verificar el adecuado cumplimiento por los sujetos pasivos u obligados tributarios de sus obligaciones y deberes para con la Hacienda Pública.

Con ocasión de estas actuaciones, la Inspección comprobará la exactitud y veracidad de los hechos y circunstancias de cualquier naturaleza consignados por los sujetos pasivos u obligados tributarios en cuantas declaraciones y comunicaciones se exijan para cada tributo. Asimismo, investigará la posible existencia de elementos de hecho u otros antecedentes con trascendencia tributaria que sean desconocidos total o parcialmente por la Administración. Finalmente, determinará, en su caso, la exactitud de las operaciones de liquidación tributaria practicadas por los sujetos pasivos o retenedores y establecerá la regularización que estime procedente de la situación tributaria de aquéllos.” (Espanha. Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos, arts. 10, apartados 1 e 2 apud BRAVO, 1998, p. 423-424).

³³ Essa situação ilustra o caso de a independência do auditor aplicar-se ante a parte responsável pelo assunto ou informação (o contribuinte) mas não em relação ao destinatário da informação (o Fisco).

³⁴ Poder-se-ia argumentar, com razão, que a auditoria tributária como aqui está apresentada é um dos casos de auditoria que reúne os atributos de auditoria financeira e de auditoria de legalidade (tal como expostos nos itens 4.2 e 4.3 acima). Não há dúvida sobre isso. Não obstante, preferimos situá-la num ítem à parte pela dimensão econômica e pelo interesse que desperta dentro do conjunto da demanda social pela auditoria, que justificam uma abordagem individualizada.

³⁵ Pelo que se segue, teremos que discordar então de Fowler Newton (2001, p. 61) quando afirma que “caracterizar a uma auditoria como externa o interna depende de la situación del sujeto con respecto al ente auditado y no del propósito u objeto del examen”.

³⁶ “An independent, objective, assurance and consulting activity designed to add value and improve an organization’s operations. It helps an organization accomplish its objectives by bringing a systematic, disciplined approach to evaluate and improve effectiveness of risk management, control and governance processes.” (INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS apud DIAMOND, 2002, p. 6). Com o mesmo conteúdo, porém com linguagem um pouco diferente, baseada na normativa anterior do mesmo Instituto, Valderrama (1997, p. 26-27); Newton (2001, p. 60); Jund (2002, p. 26-27).

³⁷ “La dirección espera que el auditor le aporte soluciones ante problemas o riesgos para la gestión de la empresa, aún cuando aquellas no hayan sido requeridas.” (VALDERRAMA, 1997, p. 29).

³⁸ “Opinions about how to bring about changes in the IA function vary among the executives. One proven solution is to use outside vendors. In fact, over half (58 percent) of the companies in this survey use outside resources.” (KPMG, 1999, p. 8).

³⁹ “[...] *cost control, financial transparency, the autonomization of organizational sub-units, the decentralization of management authority, the creation of market and quasi-market mechanisms separating purchasing and providing functions and their linkage via contracts, and the enhancement of accountability to customers for the quality of service via the creation of performance indicators.*” (POWER, 1999, p. 43).

⁴⁰ Esta seção está amplamente baseada em Power (1999, p. 43-52).

⁴¹ “*De esta manera, directivos y consultores necesitan unos métodos que posibiliten un mejor conocimiento de la organización y de su entorno, que permitan identificar los puntos fuertes y débiles de su configuración actual, que ayuden a encontrar nuevos objetivos y diseños más eficaces y eficientes y, por último, requieren unas técnicas que consigan implementar estos anhelos de cambio.*” (MAS; RAMIÓ, 1997, p. 15-16).

⁴² Cf. ANGLÈS, 1999, p. 11; ESTADOS UNIDOS, 1992, p. 2-3; BRASIL, 2000, p. 15-20; POWER, 1999, p. 49-50; SUÉCIA, 1999, p. 17; ESPANHA, 2001, p. 219-220; FERNÁNDEZ-MOLINA, 1996, p. 173-175.

⁴³ Contida no *Yellow Book* do GAO, a que já nos referimos acima (ESTADOS UNIDOS, 1992).

⁴⁴ Essa posição (*economy and efficiency audits*) pretende, ainda, abarcar uma nomenclatura utilizada pelo NAO inglês e muito difundida, a *value-for-money audit (VFM)*.

⁴⁵ Naturalmente, pode-se incluir serviços, funções ou entidades como objetos de auditoria, ao lado de programas e atividades.

⁴⁶ “*El alcance del trabajo de auditoría administrativa consiste en el análisis de las distintas áreas de trabajo en la empresa, de las funciones que desarrollan, de las responsabilidades establecidas y de los objetivos marcados, tanto en lo referente a la evaluación de los mismos y su adecuación con los objetivos generales de la empresa, como a su cumplimiento o control operativo.*” (VALDERRAMA, 1997, p. 26);

“*Auditoria interna ou operacional – Ação e objetivo: Exame dos controles internos e avaliação da eficiência e eficácia da gestão; Finalidade: promover melhoria nos controles operacionais e na gestão de recursos.*” (PEREZ JUNIOR, 1998, p. 15).

⁴⁷ Apenas retiramos aqui a referência a ações, entidades ou órgãos “públicos”, “governamentais” ou “jurisdicionados”, por entender que, em nível conceitual, inexistirá diferença em função da natureza pública ou privada do ente auditado.

⁴⁸ Adaptação de GAO (ESTADOS UNIDOS, 1992, p. 2-5).

⁴⁹ Adaptação de GAO (ESTADOS UNIDOS, 1992, p. 2-5).

⁵⁰ Para uma apresentação mais extensa do tema “critérios de auditoria”: Bittencourt (2000).

⁵¹ No mesmo sentido com ligeiras alterações de léxico, INTOSAI (1995, p. 149) e RRV (SUÉCIA, 1999, p. 29).

⁵² Cf. BRASIL, 2000, p. 108, ficando claro que a relação entre os produtos e os custos deve ser verificada “em um determinado período de tempo”, o que não consta da definição de INTOSAI (1995, p. 150); em RRV (SUÉCIA, 1999, p. 29), existe a menção a dois tipos de eficiência utilizados na linguagem corrente (aquela relacionando custo e produto e a que limita-se a verificar a relação pessoal empregado/produto).

⁵³ Cf. BRASIL, 2000, p. 108, em que fica claro que o conceito independe dos custos implicados. Em outra definição (INTOSAI, 1995, p. 149), essa dimensão está omissa. Essa independência da eficácia em relação aos custos é criticada em RRV (SUÉCIA, 1999, p. 32). No entanto, em face da existência do conceito de eficiência, entendemos adequada a utilização da definição mencionada. Claro fica, ainda, que a auditoria operacional tal como aqui definida deixa para a auditoria de programas as considerações de *efetividade* (a relação entre os resultados – impactos observados – e os objetivos – impactos esperados – de uma ação pública (BRASIL, 2000, p. 107).

⁵⁴ Cf. BRASIL, 2000, p. 107; SUÉCIA, 1999, p. 32-33, enxerga a efetividade como os “efeitos comparados com os objetivos e relacionados aos recursos usados para atingir os objetivos”. Reconhecendo que esta definição afasta-se do modelo padrão da INTOSAI (refletido no conceito usado pelo TCU), alegando que não é suficiente para enfocar simultaneamente os resultados e o uso dos recursos, sendo insuficiente como medição do *value for money*.

⁵⁵ Essa dicotomia é também tratada, por vezes, como o dilema “igualdade” versus “equidade”.

⁵⁶ O que não quer dizer, de maneira alguma, que a interpretação e aplicação da lei e regulamentos não seja uma tarefa muitas vezes cheia de dúvidas e ambigüidades.

⁵⁷ Aqui também cabe relembrar a advertência já constante ao final da seção 3, segundo a qual a limitação conceitual da auditoria à emissão de opinião é instrumento exclusivamente analítico, não implicando de modo algum que o profissional de auditoria não deva estender seu trabalho a quantos desdobramentos a sua análise permita.

⁵⁸ Anglès (1999, p. 30) realiza um inventário bastante sugestivo das diferenças entre os dois tipos de auditoria.

⁵⁹ Cf. LIMA, 2000; POWER, 1999, p. 60-66, 85-86.

⁶⁰ Cf. WERKEMA, 1995, p. 106; POWER, 1999, p. 57-60.

⁶¹ Cf. POWER, 1999, p. 104-111.

⁶² Cf. GERARDO PIATTINI; DEL PESO, 1998, especialmente p. 28-29; AUDIBRA, [19-?].

Referências

- ANGLÈS, Ferran Termes. *L'auditoria de performance*. Barcelona: Sindicatura de Comptes de Catalunya, 1999.
- AUDIBRA. Instituto dos Auditores Internos do Brasil. *Procedimentos de auditoria informática*. São Paulo: Audibra, [19-?]
- BERGAMINI JÚNIOR, Sebastião. A crise de credibilidade corporativa. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, dez. 2002.
- BITTENCOURT, Fernando. Os critérios de auditoria e a auditoria operacional. *Revista do TCU*, Brasília, v. 31, n. 83, jan./mar. 2000.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria de natureza operacional*. Brasília: TCU, 2000.
- _____. *Roteiro de auditoria de conformidade*. Brasília: TCU, 2003.
- BRAVO, Manuel M. Casal (Coord.). *Leyes generales del derecho financiero y tributario*. Madrid: Civitas, 1998.
- CABAL GARCÍA, Elena. Realidad y expectativas en torno al informe de auditoría de cuentas anuales: aspectos normativos, problemas y posibles soluciones. *Revista Técnica*, Madrid, XXXIII, n. 17, 2000.
- CABEZA SALVADOR, Ignacio. El papel de la auditoría pública en la lucha contra la corrupción. *Revista Técnica*, Madrid, XXXIII, n. 17, 2000.
- CANO, Ignacio. *Introdução à avaliação de projetos sociais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.
- COHEN, Ernesto; FRANCO, Rolando. *Avaliação de projetos sociais*. Petrópolis: Vozes, 1993.
- DIAMOND, Jack. *The role of internal audit in government financial management: an international perspective*. Washington: International Monetary Fund, 2002.
- DÍAZ, Andrés Fernández. ¿Puede hablarse de una economía de control?. *Revista Española de Control Externo*, Madrid, v. 1, n. 1, enero 1999.
- ESPAÑA. IGAE – Intervención General de la Administración del Estado. *El establecimiento de objetivos y la medición de resultados en el ámbito público: guía, fundamentos técnicos y aplicación Cprox*. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, 1997.
- _____. *Normativa sobre control interno: disposiciones e informes complementarios*. Madrid: Ministerio de Hacienda, 2001.
- ESTADOS UNIDOS. GAO – General Accounting Office. *Government auditing standards/normes d'auditoria del sector públic*. Barcelona: Sindicatura de Comptes de Catalunya, 1992. (Edição bilingüe).
- FERNANDEZ-MOLINA, Jesús del Barco. El control de eficacia: significado y contenido del control financiero de programas. *Presupuesto y gasto público*, Madrid, n. 18, p. 173-188, 1996.
- FOL, Miguel Miaja. Actividad financiera y presupuesto de gastos. In: VEGA, Santiago Fuentes (Coord.). *El gasto público: ejecución y control*. Madrid: Ministerio de Hacienda, 1999.
- FRANCO, Hilário; MARRA, Ernesto. *Auditoria contábil*. São Paulo: Atlas, 1991.
- FURTADO, Celso. *A fantasia organizada*. Petrópolis: Vozes, 1985.
- GERARDO PIATTINI, Mario; DEL PESO, Emilio. *Auditoria informática: un enfoque práctico*. Madrid: RA-Ma Editorial, 1998.
- HERNÁNDEZ OLMO, María del Sol. ¿Devolverá Sarbanes-Oxley la confianza en los inversores?. *Cuenta con IGAE*, Madrid, n. 5, oct. 2001
- IFAC – International Federation of Accountants. Encargos de confiabilidad: norma internacional de auditoría – NIA n. 100, jun. 2000, emitida por la Comisión de Prácticas Internacionales de Auditoría (IAPC) de la IFAC (Federación Internacional de Contadores). Tradução de Vicente Bastante Jiménez. *Revista Técnica*, Madrid, XXXIII, n. 17, 2000.
- INTOSAI – International Organization of Supreme Audit Institutions. *Auditing standards*. Cairo: INTOSAI, 1995.
- IZIQUE, Cláudia. Rapinagem municipal. *Razão Contábil*, São Paulo, v. 1, n. 2, jun. 2004.
- JUND, Sergio. *Auditoria: conceitos, normas, técnicas e procedimentos*. São Paulo: Impetus, 2002.
- KPMG. *Internal audit: reassessing the value – an executive summary of research conducted among senior executives and IA management*. [S.l.]: KPMG, 1999.
- LANGE, Oskar. *Moderna economia política: problemas gerais*. São Paulo: Vértice, 1986.
- LIMA, Luiz Henrique Moraes. O TCU e as auditorias ambientais. *Revista do TCU*, Brasília, v. 31, n. 83, p. 22-28, jan./mar. 2000.
- LORINC, John. After Enron. *CA Magazine*, [S.l.]. Disponível em: <http://www.camagazine.com/ondex.cfm/ci_id/10954/la_id/1/camagazine/1/print/true.htm>. Acesso em: 24 maio 2004.

- MÁS, Jordi; RAMIÓ, Carles. *La auditoría operativa en la práctica: técnicas de mejora organizativa*. Barcelona: Boixareu Editores, 1997.
- McCONNEL JÚNIOR, Donald; BANKS, George. How Sarbanes-Oxley will change the audit process. *Journal of Accounting*, Chicago, sept. 2003. Disponível em: <<http://www.aicpa.org/pubs/jofa/sep2003/mcconn.htm>>. Acesso em: 24 maio 2004.
- MENY, Yves; THOENIG, Jean Claude. *Las políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 1992.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOTTA, João Maurício. *Auditoria: princípios e técnicas*. São Paulo: Atlas, 1992.
- NAVARRO GARCÍA, Luis. El Real Tribunal de Cuentas de México a principios del siglo XVIII. *Revista Española de Control Externo*, Madrid, v. 1, n. 1, enero 1999.
- NEWTON, Enrique Fowler. *Cuestiones fundamentales de auditoría*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2001.
- ORTA PÉREZ, Manuel. *Una propuesta de marco conceptual para la auditoría de cuentas anuales*. Madrid: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1996.
- PAZ-ARES, Cándido. *La ley, el mercado y la independencia del auditor*. Madrid: Civitas, 1996.
- PENTLAND, Brian T. Will auditors take over the world?. Program, technique and the verification of everything. *Accounting, Organizations and Society*, London, v. 25, n. 3, 2000.
- PEREIRA, Júlio Cesar. *Análise de dados qualitativos: estratégias metodológicas para ciências da saúde, humanas e sociais*. São Paulo: Edusp, 2001.
- PEREZ JUNIOR, José Hernandez. *Auditoria de demonstrações contábeis: normas e procedimentos*. São Paulo: Atlas, 1998.
- POLLIT, Christopher. *Performance or compliance?. Performance audit and public management in five countries*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- POWER, Michael. *The audit society: rituals of verification*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- RABELO, Flávio; SILVEIRA, José Maria. Estruturas de governança e governança corporativa: avançando na integração entre as dimensões competitivas e financeiras. *IE/UNICAMP*, Campinas, n. 77, jul. 1999. (Texto para discussão).
- REIS, Fábio Wanderley. *Mercado e utopia: teoria política e sociedade brasileira*. São Paulo: Edusp, 2000.
- ROSE, N.; MILLER, P. Political power beyond the state: problematics of government. *British Journal of Sociology*, London, v. 43, n. 2, p. 173-205, 1992.
- SARAMAGO, José. *A caverna*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- _____. *Cadernos de Lanzarote II*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- _____. *Cadernos de Lanzarote*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- SILVA, Paulo Roberto. Assurance services: principais conceitos. *Caderno de Estudos/FIPECAFI*, São Paulo, v. 12, n. 23, jan./jun. 2000.
- SUÉCIA. RRV – Swedish National Audit Office. *Handbook in performance auditing: theory and practice*. Estocolmo: RRV, 1999.
- TABOADA, Laura Edith. O parecer de auditoria: o que podemos esperar dele?. *Reuna – Revista de Economia da UNA*, Belo Horizonte, v. 5, n. 3, dez. 2000.
- VALDERRAMA, José Luiz Sánchez Fernández. *Teoría y práctica de la auditoría I: concepto y metodología*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1997.
- VEGA, Santiago Fuentes (Coord.). *El gasto público: ejecución y control*. Madrid: Ministerio de Hacienda, 1999.
- WATTS, Ross; ZIMMERMANN, Jerold. *Positive accounting theory*. New Jersey: Prentice-Hall, 1986.
- WERKEMA, Maria Cristina Catarino. *As ferramentas da qualidade no gerenciamento de processos*. Belo Horizonte: Fundação Christiano Ottoni, 1995.

Como fiscalizar as PPPs

Marcelo Henrique Pereira

Sumário

1. Generalidades. 2. O Contrato de Parceria Público-Privada. 3. A fiscalização das PPPs pelos órgãos de controle externo. 4. Considerações finais.

1. Generalidades

O Direito Administrativo tem sido um dos ramos da Ciência Jurídica que mais tem evoluído nos últimos tempos. A modernidade de gestão e a busca pela eficiência na prestação dos chamados serviços públicos (guindada a princípio constitucional federal) direcionaram legisladores, administradores e julgadores a reestruturarem o modelo estatal. O direito público, por seu turno, aproximou-se do direito privado, dados os fenômenos de descentralização administrativa, as terceirizações, concessões, permissões, autorizações, bem como as crescentes parcerias entre setor público e iniciativa privada.

Tal multiplicação de parcerias – fusões, incorporações, *joint-ventures* e outros novos grupos societários – gerou a substituição da concorrência (e da competição simples) pela parceria, a ponto de Wald (2004) afirmar que “[...] o espírito da parceria modificou profundamente as relações entre as partes, multiplicando-se o mesmo entre o Estado e as empresas privadas, entre fornecedores, uns com os outros ou com consumidores, entre empresas de países distintos, entre distribuidores de mercadorias, entre insti-

Marcelo Henrique Pereira é Mestre em Ciência Jurídica. Advogado. Auditor Fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas de Santa Catarina. Professor Universitário (Graduação e Pós).

tuições de fim lucrativo e outras sem essa finalidade”.

Conhecidas mundialmente pela sigla PPP, em alusão ao acrônimo inglês de *Public Private Partnership*, as parcerias entre os setores público e privado vêm ganhando espaço e força no mundo contemporâneo, como forma de viabilizar a implantação, entre outros, de projetos de infra-estrutura básica, sendo uma forma de expressão, inclusive, da chamada responsabilidade social atribuída ao capital privado.

Constituem uma modalidade de *vínculo jurídico* entre *entidades públicas e privadas*, que assumem conjuntamente a *realização de empreendimentos, serviços ou atividades de interesse público* – excluindo-se as atividades privativas do Estado – com *compartilhamento de riscos e financiamento privado com garantias estatais*¹. São um modelo alternativo à política de privatizações.

Nelas, o financiamento e a responsabilidade pelo investimento inicial pertencem ao setor privado (não mais com o Estado ou empresa pública). Concluída a obra, o serviço público será prestado pela empresa com recursos próprios e com certa liberdade de ação, presentes certas garantias financeiras do Estado. Assim, a iniciativa privada viabiliza oportunidades de lucro com base na margem de segurança oferecida pela Administração Pública.

A atualidade do tema e a conjuntura brasileira importam na projeção da utilização das PPPs para contemplar projetos específicos nas áreas de saúde (como hospitais), de esportes (como os estádios poliesportivos), assim como de educação (como prédios escolares) e uma infinidade de outras áreas destinadas ao bem-estar da comunidade.

Considera-se a PPP uma estrutura atrativa, tanto pela prioridade do órgão governamental em regulamentar a operacionalidade de novas obras/serviços/atividades públicos, quanto pela oportunidade e urgência que o país espera em relação à sua implementação, sobretudo pela geração de emprego e reativação da economia.

A tendência legislativa, assim, aponta para a estabilidade de um marco regulatório, calcado na aplicação consistente, ao longo do tempo, de regras básicas de forma a assegurar que se possa planejar a atividade e prever resultados futuros, e, em paralelo, que se possa garantir o cumprimento dos princípios constitucionais e legais afetos à administração pública e, ainda, o respeito à Responsabilidade Fiscal. Esse marco advém da edição da Lei Federal nº 11.079, de 30.12.2004, redefinindo a forma de relacionamento entre Estado e empresa privada, para fins de prestação de serviços públicos.

2. O Contrato de Parceria Público-Privada

O Contrato de PPP é o instrumento administrativo de pactuação relativo a obras, serviços e atividades de interesse público, cuja responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbe, no todo ou em parte, ao ente privado, e a viabilidade econômico-financeira do empreendimento depende de um fluxo de receitas (total ou parcialmente proveniente do setor público).

Acha-se sujeito às normas do Direito Administrativo concernentes à concessão, à permissão e às licitações, no que couber.

Além das diretrizes comuns a todos os contratos, a PPP deverá prever as metas e os resultados a serem atingidos, bem como a estimativa de prazos e gastos para o alcance de tais resultados. Serão também objeto de determinação contratual as formas e os critérios objetivos de avaliação de desempenho, a forma de remuneração, bem como o prazo para amortização dos investimentos efetuados pelo ente privado. Oportuno prever-se, no contrato, cláusulas estabelecendo a obrigação do contratado de obter recursos financeiros e sujeição aos riscos do negócio, bem como a possibilidade de término do contrato pelo montante financeiro retornado ao investimento realizado. O con-

trato deverá conter a identificação dos gestores responsáveis pela execução e fiscalização do projeto contratado.

O novo marco a ser implementado pelas PPPs rompe com alguns paradigmas estabelecidos pela legislação vigente, havendo a necessidade de interpretação cominada com dispositivos de leis esparsas ou, como no caso da Lei brasileira, a autorização expressa para a introdução de um novo *modus operandi* no que tange aos procedimentos de licitação, contratação e endividamento públicos.

Segundo especialistas do Governo, o marco legal converte-se em uma lei geral (de aplicabilidade estendida a Estados e Municípios – mesmo que alguns destes já tenham a sua lei local sobre PPPs), estabelecendo-se um novo procedimento de contratação em que se justifique a parceria, em detrimento de outras modalidades contratuais, já contempladas na legislação em curso. Procurou-se, assim, viabilizar um tipo de contratação que observasse rigorosamente as premissas legais contidas na Lei de Contabilidade Pública e na Lei de Responsabilidade Fiscal, por exemplo.

O grande foco do projeto é o debate na linha jurídica, principalmente no que tange à maior/menor liberalidade do ente privado parceiro na execução de obras/serviços e na fixação de tarifas ou na remuneração com recursos públicos. Todavia, o equacionamento do tema PPP extravasa as definições legais, em razão da diversidade de tópicos culturais e financeiros que norteiam a gestão administrativa brasileira, bem como para a transparência da atuação das fontes de financiamento para tais investimentos.

3. A fiscalização das PPPs pelos órgãos de controle externo

Atualmente, no que tange ao Sistema de Fiscalização dos Tribunais de Contas, tem-se como fundamentais as diretrizes constitucionais e legais:

1. Controle externo – fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, consoante os critérios da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (art. 70);

2. Prestação de Contas e respectivo julgamento – do órgão estatal e da empresa privada parceira que “assuma obrigações de natureza pecuniária” (parágrafo único do art. 70 e art. 71, II) –, bem como a instauração de Tomada de Contas Especial, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário (art. 47 c/c 93 da Lei Federal nº 8.443/92 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – LOTCU);

3. Fiscalização dos repasses de recursos governamentais (art. 71, VI);

4. Assinar prazo para a adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei (art. 71, IX);

5. Avaliação do cumprimento aos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37), e legais da legitimidade e economicidade dos atos de gestão e a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas (art. 1º, § 1º, da LOTCU);

6. Análise da obrigatoriedade do certame licitatório para a efetivação da parceria (art. 37, XXI);

7. Exame da participação dos usuários dos serviços públicos na gestão dos mesmos (art. 37, § 3º);

8. Definição dos critérios de exame das PPPs, conforme atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos (art. 3º, da LOTCU);

9. Aplicação de medidas jurídico-fiscalizatórias (incluindo-se sanções legais e regimentais) aos responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições para-fiscais e prestem serviço de interesse público ou social (arts. 5º, V, e 56 a 60 da LOTCU);

10. Realização de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, incluindo-se projetos e programas autorizados na lei orçamentária anual, avaliando os seus resultados quanto à eficácia, eficiência e economicidade (art. 38, I e IV, da LOTCU);

11. Acompanhamento dos editais de licitação, os contratos², inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres (art. 41, I, *b*, da LOTCU); e,

12. Declaração de inidoneidade do licitante, verificada fraude no âmbito do competitivo ou do contrato, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da LOTCU).

Enquadrando-se a PPP como um contrato, o Congresso Nacional poderá sustá-lo, em caso de irregularidades (art. 71, § 1º).

A partir do modelo de fiscalização existente, há que se permitir a configuração de novas atribuições ao Sistema Tribunal de Contas, no exame das PPPs. Nesse sentido, o Controle Externo haverá de mensurar, entre outros: 1) eventuais descumprimentos das regras fixadas pela LRF (aferição da responsabilidade fiscal na celebração/execução das parcerias); 2) a efetiva participação da Sociedade quanto à eleição de áreas prioritárias para os investimentos (aos moldes dos orçamentos participativos); 3) a atuação das chamadas Controladorias do Estado e o cumprimento do princípio da transparência dos contratos de PPPs; 4) o descumprimento à ordem cronológica das exigibilidades, em razão da prioridade aos pagamentos dos contratos de PPPs; e, 5) o respeito aos direitos trabalhistas dos empregados contratados para tais empreendimentos (tanto no curso do contrato quanto nas hipóteses de vencimento antecipado do contrato).

Entendemos, assim, que se deveria adotar o mesmo mecanismo de controle efetivo em relação aos Editais de Concorrência Pública (Controle Concomitante de Atos Administrativos), os quais, no Estado de Santa

Catarina, são submetidos a exame prévio, por parte da Corte de Contas, que analisa aspectos de legalidade, juridicidade e finalidade, entre outros. É o dispositivo do Regimento Interno do Pretório Catarinense (Resolução nº TC 06/01, art. 54): “O Tribunal de Contas poderá solicitar, para exame³, até o dia útil imediatamente anterior à data do recebimento das propostas, cópia de edital de licitação, na modalidade de concorrência, já publicado”.

Como modalidade de fiscalização, a Auditoria de Gestão seria o método apropriado para um melhor equacionamento das variantes político-administrativas presentes no contrato de parceria. Referida auditoria é a “[...] que visa a medir a eficiência de uma administração” (DE SÁ, 1993, p. 37).

Na Auditoria de Gestão, dever-se-á mensurar, por exemplo: 1) a avaliação do interesse do investimento privado na economia; 2) a estabilidade legal (cumprimento fiel dos contratos); 3) o respeito aos marcos regulatórios (definidos, claros e permanentes); 4) a atuação dos entes reguladores, com autonomia e independência; 5) a equação interesse público x taxas de retorno; e, 6) a atuação eficiente dos fundos de captação e a aplicação dos recursos obtidos, com a qualidade na prestação dos serviços públicos (eficiência nas missões do Estado e no emprego de recursos públicos).

Além disso, cremos ser necessária a aferição objetiva dos diversos riscos existentes ao “negócio” das PPPs: a) risco tecnológico (em relação a possíveis defasagens em razão de inovações tecnológicas); b) risco de demanda (poderá cair a demanda por tal ou qual serviço, permanecendo o compromisso de remuneração estatal ao ente privado); c) risco de competição (oferecimento, no mercado, de serviços melhores ou mais baratos); d) risco cambial (depreciação da moeda nacional, em caso de financiamentos indexados em moeda estrangeira); e) risco de inadimplência (elevada taxa de inadimplência, pelos consumidores, forçando o Estado a remunerar o ente privado, comple-

mentarmente); f) risco regulatório (reforma da regulação do setor, a qualquer momento, poderá resultar em indenização ao ente privado); e, g) risco de impacto social/ambiental negativo (inexistência, no PL nº 2546/03, de consultas públicas ou licenciamento ambiental)⁴.

Numa macroanálise, assim, o controle externo das PPPs deverá propiciar uma ampla diagnose, fornecendo ao setor público e ao Poder Legislativo informações que enquadrem:

1. Se a PPP proporcionou (ou não) ao ente público alguma economia mensurável ou ganho identificado de eficiência⁵;

2. Se ocorreram, na prática, resultados positivos para a Sociedade, comparando-se a nova gestão com as anteriores, de titularidade estatal – Exame de qualidade;

3. Se as tarifas adotadas – como margem de financiamento do sistema – foram socialmente justas (e não, tão-somente, geradoras de auto-sustentabilidade para o financiamento);

4. Se persistem as possibilidades de captação de recursos financeiros, humanos ou outros, do mercado privado, em quantitativo expressivo (retroalimentação do sistema);

5. Se o (s) parceiro (s) privado(s) permanece(m) motivado(s) (econômica e financeiramente) e comprometido(s) com a implantação e a continuidade do empreendimento (novos investimentos, ampliação, etc.);

6. Se o cronograma de desembolso não tem sido alterado em razão de ações públicas ou privadas censuráveis, responsabilizando-se pessoal e institucionalmente os atores (públicos ou privados) pelos atrasos; e,

7. Se os possíveis conflitos contratuais ou as petições egressas da coletividade (usuários, empresas ou terceiros) ou do MP têm sido equacionadas adequadamente, via arbitragem ou via máquina judiciária.

Ao fim, a grande equação do controle externo levaria ao seguinte resultado: o Setor Público experimentou alguma economia mensurável de recursos, um ganho identificado de eficiência e uma geração de resulta-

dos externamente positivos (qualidade da prestação do serviço para o usuário/contratante/cidadão) com sua realização.

Neste tópico, a pergunta final que não quer calar é: *estão os Tribunais de Contas suficientemente aparelhados para tais exames técnicos?*

4. Considerações finais

Viu-se que as Parcerias Público-Privadas surgem como alternativa aos usuais modelos de contratação pública vigentes no país, há décadas, inspirados nas fórmulas legais tradicionais da licitação, da concessão e da pactuação de convênios e congêneres.

A PPP, definida como uma modalidade jurídica de vínculo entre entidades públicas e privadas, para a assunção da realização de atividades de interesse público, destaca-se pelo compartilhamento de riscos e pelo financiamento privado com garantias estatais, configura a possibilidade de captação de recursos privados (nacionais e internacionais) para a execução de obras e/ou o aparelhamento da malha de serviços públicos, hoje estrangulados pela indisponibilidade de recursos orçamentários, egressos da tributação usual.

Na ótica de Pinto (2004), com a adoção das PPPs,

“[...] o setor público assegura a contribuição de conhecimento técnico e tecnológico, inovação e sistemas sofisticados de administração de riscos e, sobretudo, a satisfação do interesse público. Por seu turno, o setor privado encontra neles oportunidades reais de negócios e retorno adequado para seus investimentos. A utilização dos projetos PPP contribuirá para a satisfação das necessidades ditas pelo interesse público, bem como contribuirá para a reativação da atividade econômica, não devendo ser esquecido o seu potencial de geração direta e indireta de empregos”.

Sendo possível sugerir ao Congresso ou ao próprio Tribunal de Contas da União, no que tange aos procedimentos de fiscalização dos contratos de PPPs, seria importante incluir entre o rol de responsáveis por recursos públicos, no que concerne à obrigatoriedade de remessa às cortes de contas, das declarações de rendimentos e bens, os titulares e administradores de empresas parceiras dessa nova modalidade de gestão.

Ao contornar as barreiras políticas e convencer, pela prática, quanto à credibilidade do uso de recursos governamentais em projetos de risco, com eficiência, o Estado poderá retomar o seu processo de crescimento econômico-social.

Espera-se que a PPP possa ser o meio de viabilização de projetos considerados inviáveis pelo modelo tradicional como as concessões plenas, resultando em parcerias que possam ser sólidas, seguras, equilibradas e, principalmente, duradouras, a bem do interesse público.

Notas

¹ Mencionam-se, entre tais garantias, o pagamento de tarifas e a rentabilidade do setor privado.

² Assinando prazo, se for o caso, para a adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei (art. 45, da LOTCU).

³ Do exame, consoante o art. 55, I, do RITCE, poderão advir: 1) a arguição das ilegalidades que o ato contiver; 2) a cientificação do gestor da unidade interessada para adoção de medidas corretivas ou anulação da licitação; 3) o encaminhamento do processo ao órgão de controle competente para considerar as ilegalidades no exame do processo licitatório, do contrato e aditivos respectivos; e, 4) o encaminhamento ao Tribunal de cópia documental do processo licitatório e do contrato respectivo até o terceiro dia útil subsequente à sua publicação.

⁴ O impacto social poderá refletir-se em aumento de preços dos serviços, repressão ou arrocho salarial e desemprego.

⁵ Há o risco de adoção de um modelo em algumas áreas vitais que apenas desloquem gastos presentes para um fluxo necessário de desembolsos futuros, apenas “empurrando” o estrangula-

mento do sistema (e da capacidade de financiamento do Estado, via própria ou por contribuintes) para o porvir.

Referências

BONELLI, Cláudia Elena; IAZZETTA, Rodnei. O marco regulatório das atividades passíveis de implementação sob o regime de PPP. *Revista Jurídica Última Instância*, São Paulo, 6 ago. 2004. Disponível em: <http://www.ultimainstancia.com.br/artigos/ler_noticia.php?idNoticia=3430>. Acesso em: 22 out. 2004.

BRASIL. Lei federal nº 4.320/92. Lei da contabilidade pública. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 mar. 1964.

BRASIL. Lei federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Lei da improbidade administrativa. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e da outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 jun. 1992.

BRASIL. Lei federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Lei orgânica do Tribunal de Contas da União. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jul. 1992.

BRASIL. Lei ordinária nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Estatuto das licitações e contratos administrativos. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Lei das PPPs – Parcerias Público-Privadas. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 2004.

BUGALHO, Vinícius; BUGALHO, Gustavo Rusignoli. A nova lei estadual paulista de parcerias público-privadas e uma nova perspectiva para o alcance das metas estatais. *Juris Sintese*, Porto Alegre, n. 28, 2004. Edição em CD-ROM.

DE SÁ, A. Lopes. *Dicionário de contabilidade*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1993. 443 p.

GOMES, Marcos Eduardo Ruiz Coelho. Parceria público-privada: breves apontamentos ao substitutivo do projeto de lei n. 2546/03, em trâmite na câmara dos deputados. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 388, 30 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5510>>. Acesso em: 15 nov. 2004.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 48, 2004. Edição em CD-ROM.

MOREIRA, Hélio Cabral. *Project finance*. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/especial/projectf.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2004.

PASIN, Jorge Antônio Bozoti. BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada na gestão de infra-estrutura pública. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, p. 173-196, dez. 2003.

PINTO, José Emilio Nunes. As parcerias entre o setor público e o setor privado. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 11 abr. 2003. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/1502>. Acesso em: 10 out. 2004.

REDE BRASIL. PPP: Uma caixa de pandora com aval das IFMs. *Informe da Rede Brasil sobre Instituições Financeiras Multilaterais*, Brasília, n. 4, 2004. 5 p.

SANTA CATARINA. Lei Estadual nº 12.930, de 04 de fevereiro de 2004. Institui o marco regulatório dos programas de parcerias público-privada no âmbito do Estado de Santa Catarina. *Diário Oficial do Estado*, Santa Catarina, 4 fev. 2004.

SÃO PAULO (Estado). Lei Estadual nº 11.688, de 19 de maio de 2004. Institui o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas. *Diário Oficial do Estado*, São Paulo, 20 maio 2004.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. Considerações sobre a parceria público-privada. *Licitação.com*, São Paulo, [2004]. Disponível em: <<http://licitacao.locaweb.com.br/artdescricao.asp?cod=35>>. Acesso em: 10 out. 2004.

VIEIRA, Daniela Calazans; KRAUSE, Gilson Galvão; PINTO JR., Helder Q.; SILVEIRA, Joyce Perin. *Project finance*. Agência Nacional do Petróleo - ANP, Brasília, [1999]. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/doc/notas_tecnicas/Nota_Tecnica_ANP_007_1999.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2004.

WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: A evolução dos contratos e o código civil. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 48, 2004. Edição em CD-ROM.

Direitos genéticos como direitos da personalidade

Iduna E. Weinert

Sumário

Capítulo I – O surgimento de uma nova ordem de direitos. Capítulo II – Os reflexos dos avanços da engenharia genética na ordem jurídica. Capítulo III – O histórico dos DIREITOS GENÉTICOS e da Biossegurança no Brasil. Capítulo IV – A nova Lei de Biossegurança. Conclusões

Capítulo I – O surgimento de uma nova ordem de direitos

O jurista do século XXI não vai poder mais, como o fizeram seus antecessores, isolar-se em seu campo de trabalho, ante a interdisciplinaridade cada vez maior do Direito com outros ramos da ciência. Assim é que as descobertas científicas reveladas nas últimas décadas do século passado e no limiar do novo milênio vêm produzindo surpreendentes reflexos sobre os relacionamentos do homem em sociedade, a exigir legislação estatal específica.

O Direito Ambiental, por exemplo, vem alcançando, gradativamente, sua autonomia normativa e disciplinar, em face da crescente preocupação mundial e brasileira para com a preservação do meio ambiente e dos recursos naturais do nosso planeta Terra. Os advogados ambientalistas, que hoje militam em todos os Tribunais do País, são obrigados, sob pena de exclusão, a adquirirem conhecimentos na área de Engenharia Genética, para entenderem, por exemplo, o que são os denominados organismos gene-

Iduna E. Weinert é Juíza Federal aposentada; ex-Procuradora da República; ex-Professora Assistente da Universidade de Brasília

ticamente modificados (OGM), objeto de tanta polêmica internacional. Necessitarão, ainda, de conceitos básicos de Medicina e Biologia, para compreenderem melhor os efeitos danosos dos agrotóxicos sobre o organismo humano e as lavouras, bem como de Engenharia Florestal, com a crescente devastação de nossas florestas.

Por sua significativa expansão, o Direito Ambiental vem-se transformando em importantíssimo ramo do Direito, ao lado de novas áreas de atuação jurídica, em pleno desenvolvimento, a exigir a presença do legislador, tais como o Direito da Informática, o Direito Espacial, o Direito das Telecomunicações e outros.

Há, entretanto, uma nova ordem de direitos que, não obstante sua íntima e indissociável relação com o ser humano, ainda não despertou a devida atenção dos juristas brasileiros, embora já tenha produzido relevantes reflexos nos mais antigos e consagrados ramos jurídicos: o Direito Civil e o Direito Penal, sendo imprevisíveis as repercussões que possam, futuramente, fazer sentir-se em outras áreas da Ciência Jurídica.

E que direitos seriam esses? Embora sua denominação ainda não tenha obtido consagração legal ou doutrinária, parece adequado falar-se em DIREITOS GENÉTICOS, expressão que se originaria do extraordinário desenvolvimento da Genética Humana e que estaria referida, no campo jurídico, a direitos atribuídos ao homem em razão de sua composição genética, ou seja, da coleção de seus genes ou, mais especificamente, de seu genoma, bem como da manipulação desse material genético.

E por que razão o genoma humano, recentemente decifrado, iria gerar direitos na ordem jurídica brasileira quando, à primeira vista, parece tratar-se de conhecimento específico das áreas da Biotecnologia e da Engenharia Genética?

Cumprir fazer, a esse ponto, breve reflexão no sentido de situar os ora em diante chamados DIREITOS GENÉTICOS no contexto da Ciência do Direito.

No que tange à natureza jurídica dessa nova categoria, torna-se impositiva, inicialmente, sua inclusão entre os direitos naturais do homem, vez que diretamente relacionados ao substrato físico do ser humano, colocando-os ao abrigo dos princípios gerais já consagrados do Jusnaturalismo. Vale lembrar, contudo, que a recíproca não é verdadeira: nem todos os direitos naturais são dessa espécie. O direito à liberdade, por exemplo, que de há muito foi reconhecido como um dos direitos naturais fundamentais da pessoa humana, não se confundirá, jamais, com um direito derivado de sua composição genética, dado o caráter personalíssimo dessa última.

Os DIREITOS GENÉTICOS estão a revelar, também, que, além de pertencerem ao homem por sua própria natureza, integram sua personalidade de forma ainda mais íntima e indissociável do que alguns dos direitos da personalidade já consagrados nas ordens jurídicas nacional e internacional, tendo em vista suas características de unicidade, intransmissibilidade e irrenunciabilidade.

Com efeito, a incorporação do chamado código genético humano aos caracteres individuais, diferenciadores da pessoa humana, deixa evidente que se cogita de um elemento que integra sua personalidade de forma objetiva, que forma seu substrato físico, ao lado de outros componentes, tais como a imagem, a filiação e as impressões digitais, passíveis de verificação material, sendo certo, porém, que há dados, concernentes à personalidade do ser humano, que dependem de avaliação subjetiva, tais como a honra, a boa fama e a respeitabilidade, evidenciando a grande diversidade dos bens jurídicos envolvidos no estudo dos direitos da personalidade, em espécie.

Em seu livro “Os Direitos da Personalidade”, o Prof. Carlos Alberto Bittar (1989) oferece extensa classificação dos mesmos, indicando, ainda, a tutela jurídica disponível para sua proteção. A enumeração proposta revela os aspectos de objetividade e

subjetividade a serem considerados no estudo dos direitos que integram a personalidade do homem. Na 2ª edição revista e atualizada do mesmo livro, à pág. 23, oferece o Prof. Bittar (1995) simples e objetiva definição de direitos da personalidade, em que acrescenta, à sua natureza jurídica, sua conotação jusnaturalista, *verbis*: “Por direitos do homem, ou da personalidade, devem entender-se aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição. São como anotações – os direitos naturais, ou inatos, imposteráveis ao Estado, e inerentes à natureza livre do homem”.

Trabalho mais recente, de autoria da Profa. Ana Cristina Rafful, publicado em 2000 sob o título “A Reprodução Artificial – e os direitos da Personalidade”, ainda à luz do Código Civil de 1916, analisa de forma extensa e minuciosa as novas técnicas de reprodução artificial, focalizando, também, os reflexos das mesmas nos casos de responsabilização civil por dano moral ao embrião e ao nascituro, bem como a proteção jurídica a este último, ensinamentos esses que impõem, de forma definitiva, a inclusão dos DIREITOS GENÉTICOS, necessariamente envolvidos nas referidas técnicas, entre os direitos da personalidade, de que trata o novo Código Civil.

Sendo incontestável, como se vê, que os direitos que se derivam do substrato físico do homem, de sua composição genética, além de serem direitos naturais, integram de forma objetiva sua personalidade, cabe indagar: por que o legislador brasileiro, ao elaborar o novo diploma civil, não incluiu os DIREITOS GENÉTICOS de forma clara e positiva e não cuidou, pois, de sua proteção, nos arts. 11 a 21, que compõem o Capítulo II – Dos Direitos da Personalidade, do Título I – Das Pessoas Naturais, do Livro I – Das Pessoas, da Parte Geral do novo Código Civil brasileiro, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor um ano após sua publicação? Várias são as considerações a serem tecidas, em resposta.

Verifica-se, de pronto, que o legislador, ao introduzir no novo diploma civil um capítulo dedicado aos “Direitos da Personalidade”, nada mais fez do que dar regulamentação legal e nova qualificação jurídica a direitos já inscritos na Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, mais precisamente no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Com efeito, tem-se que numerosos direitos inscritos nos incisos que compõem o art. 5º, da nossa Carta Magna, vieram a integrar o novo capítulo do Código Civil de 2002, denominado “Dos Direitos da Personalidade”, tais como o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (inciso X); o direito conferido com exclusividade aos autores à utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (inciso XXVII); o direito à proteção das participações individuais em obras coletivas e da reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas (inciso XXVIII, letra a) e outros aspectos de produção intelectual (letra b, mesmo inciso), bem como a possibilidade de restrição à publicidade dos atos processuais, em defesa da intimidade (inciso LX), direitos esses que, além de outros, passaram a ser reconhecidos como de natureza personalíssima, sendo tidos como intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (Código Civil, art. 11).

Observa-se, ainda, que direitos, já consagrados em legislação esparsa, foram incluídos entre os direitos da personalidade, valendo citar o direito ao nome (nele incluído o prenome), ao sobrenome e ainda ao pseudônimo, o direito à disposição de partes do corpo, nas situações previstas, bem como o direito à doação de órgãos para fins de transplante, após a morte.

Constata-se, entretanto, que o legislador civil, apesar de não ter incluído os DIREITOS GENÉTICOS, expressamente, entre os

direitos da personalidade, de que cuidam os artigos 11 a 21, surpreendeu a comunidade jurídica brasileira ao introduzir no mesmo e novo diploma legal, embora de forma totalmente assistemática, a figura da reprodução artificial assistida, em suas modalidades homóloga e heteróloga, mediante manipulação de material genético, ao tratar da filiação, no Livro IV, que trata do Direito de Família.

Com efeito, no Livro IV – Do Direito de Família, Título I – Do Direito Pessoal, Subtítulo I – Do Casamento, Capítulo II – Da Filiação, foram inscritas normas no sentido de que:

“Art. 1597 – Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

.....
III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Ao presumir como concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga ou heteróloga, admitiu o novo Código Civil brasileiro, implicitamente, a existência de uma nova ordem de direitos, oriundos da manipulação genética de material humano, no caso, o óvulo da mãe e o sêmen do pai (incisos III e IV) ou de outro homem (inciso V), dando a essa manipulação efeitos jurídicos, como os da filiação. Deixou de dispor, porém, sobre a natureza personalíssima dos direitos dos detentores do material genético manipulado, bem como do filho assim havido, ao não incluir, sob a proteção conferida aos direitos da personalidade, os DIREITOS GENÉTICOS pertencentes, no caso, à mãe, ao pai, ao filho ou, ainda, ao doador do sêmen, em evidente omissão.

Sendo o código genético individual ou o chamado genoma humano parte indissociável e inconfundível do homem, pela sua unicidade, impõe-se que, aos direitos oriundos da manipulação de material genético nas técnicas de reprodução assistida previstas nos dispositivos supracitados, seja dada a denominação de DIREITOS GENÉTICOS e que, por comporem eles, de forma objetiva, a personalidade do ser humano, sejam incluídos na enumeração contida nos arts. 11 a 21, do novo diploma legal, para que referidos direitos possam dispor da proteção legal ali prevista.

Indiscutível, contudo, a importância do passo dado pelo legislador pátrio ao incorporar ao novo diploma civil conhecimentos oriundos de outro ramo científico, no caso, a Biologia Genética Humana, tentando diminuir a tão proclamada mora da lei em relação ao fato social. Falhou, porém, ao não realizar a indispensável adaptação sistemática do Código, prevendo os inevitáveis reflexos que esses novos conceitos produziram sobre outras áreas do Direito Civil, igualmente cobertas pelo diploma legal, como, por exemplo, o Direito das Sucessões.

O ilustre civilista Silvio Rodrigues (2002), na mais recente edição de seu alentado “Direito Civil”, acrescentou a seguinte anotação, relativamente às inovações contidas no art. 1597 do novo Código:

“Audaz o legislador ao incluir os filhos assim nascidos neste artigo relativo à identificação da paternidade. Porém, irresponsável, e muito, por não ter regulamentado essa matéria no Código. Assim, a introdução desses incisos os tornam órfãos e, totalmente desamparados.

Como, quando, em que circunstâncias a procriação assistida pode ser promovida? Realizada em útero de outra mulher que não a esposa, prevalecem essas regras? O doador do sêmen pode buscar o reconhecimento de seu filho biológico? Dissolvido o casamento, o material genético pode

ser utilizado irrestritamente ou haverá necessidade de autorização do seu fornecedor? Qual o destino dos embriões excedentários não utilizados e até quando pode ser feita a sua transferência à mulher? Os filhos nascidos na forma proposta pelos incisos III e IV, após a morte do pai, serão convocados como herdeiros, considerando que se identificam os herdeiros do falecido na data da abertura da sucessão? E ainda mais grave: os filhos nascidos por inseminação artificial heteróloga podem ser excluídos desse *status* por ação negatória de paternidade ou investigação em face dos pais biológicos?”.

A essas hipóteses, acima aventadas, certamente muitas outras vão somar-se, na medida em que se desenvolvem, de forma espantosamente rápida, as novas técnicas de reprodução assistida, de utilização cada vez maior por casais com problemas de infertilidade.

Algumas questões deverão ser enfrentadas preliminarmente, porém, vez que suas respostas vão constituir os pressupostos de toda uma doutrina a ser construída no campo do Direito Civil, relativamente aos DIREITOS GENÉTICOS, envolvendo as consequências jurídicas de procedimentos médicos relacionados à reprodução humana artificial, seja ela homóloga ou heteróloga, valendo ressaltar, entre elas, as seguintes:

1) Deve o embrião humano ser considerado pessoa de direitos, na qualidade de pessoa concebida, antes mesmo de ser implantado no útero feminino?

2) Se positiva a resposta à primeira pergunta, vale indagar: seria o embrião humano equivalente, do ponto de vista jurídico, ao nascituro, de cuja proteção cuida o art. 2º, segunda parte, do novo Código Civil brasileiro?

3) Se negativa a resposta às perguntas anteriores, ou seja, se não for reconhecido ao embrião humano resultante de fertili-

zação *in vitro* o *status* jurídico de pessoa de direitos ou de nascituro, como qualificá-lo, perante o nosso ordenamento jurídico?

4) Não sendo pessoa, nem nascituro, poderia o embrião humano, fruto de inseminação artificial, antes de ser implantado no útero feminino, ser considerado como coisa e, nessa qualidade, tornar-se objeto de direitos?

As respostas a essas cruciantes questões, até agora oferecidas por alguns juristas e por biólogos, denotam, claramente, estar apoiadas em duas orientações distintas: uma religiosa, ética ou cultural e a outra científica.

Ana Cristina Rafful (2000), na obra antes referida, parece adotar o primeiro posicionamento ao entender que não se pode negar a qualidade de pessoa ao embrião humano, ainda que não investida da capacidade jurídica, ressaltando, porém, não ser razoável qualificá-lo como nascituro, antes que o mesmo seja implantado no útero de uma mulher; rejeita, ainda, a idéia de tratá-lo como coisa e, como tal, torná-lo objeto de direitos. Para resolver o impasse relativo ao destino a ser dado ao número, cada vez maior, de embriões humanos congelados, excedentes de processos de reprodução artificial, a autora defende a solução preconizada pelo Comitê Nacional d'Étique (CNE) da França, em 1989, no sentido de ser permitida a adoção legal de tais embriões, com a inclusão de preceito em nosso ordenamento jurídico.

A Biofísica Lygia da Veiga Pereira (2002), após lembrar que um embrião de cinco dias constitui, basicamente, um conglomerado amorfo de células, reconhece ser delicada a questão relativa ao destino a ser dado aos embriões excedentes de processos de fertilização *in vitro*, por envolver aspectos legais, éticos, culturais e religiosos que dizem respeito à definição de vida, concluindo por garantir que o embrião excedente trará muito mais benefícios à vida de pessoas já vivas na forma de células-tronco embrionárias do

que no fundo de uma lata de lixo, onde é descartado nas clínicas de reprodução assistida.

É imperioso, como visto, que juristas e legisladores se mobilizem, com a maior presteza possível, no sentido de definir os rumos que a legislação brasileira vai seguir, dando respostas claras e objetivas às questões levantadas, bem como promovendo a criação de novos dispositivos legais destinados a suprir as lacunas que, a cada momento, vão-se revelando na aplicação da lei pelos nossos juízes, realizando não apenas a sistematização das normas do novo Código Civil, que entrou em vigor em 2003, à realidade científica do século XXI, bem como acrescentando ao elenco de direitos da personalidade constantes dos arts. 11 a 21, do Código, os DIREITOS GENÉTICOS, como demonstrado anteriormente.

E seria esse acréscimo possível, perante a nova legislação civil?

Na Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Prof. Miguel Reale, lê-se, relativamente à Parte Geral do Código, o seguinte esclarecimento:

“17 –

c) Todo um capítulo novo foi dedicado aos Direitos da Personalidade, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Tratando-se de matéria de *per se* complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência.”

Vê-se, pois, que o legislador brasileiro deixou espaço apenas para que doutrinadores e Juízes possam dar sua contribuição na interpretação das normas do novo capítulo do Código Civil. Parece claro, contudo, que a enumeração de direitos contida nos

referidos dispositivos (arts. 11 a 21) é de *numerus abertus* e não *numerus clausus*, ou seja, meramente exemplificativa e não restritiva, dando margem a que, por meio de futuras emendas ao texto, novos direitos possam ser acrescentados a ela. Entender de outra forma seria condenar tão importante diploma legal, nos seus primeiros anos de existência, a um precoce anacronismo.

Capítulo II – Os reflexos dos avanços da engenharia genética na ordem jurídica

O mundo assiste hoje, num misto de espanto, admiração e esperanças, à revelação de descobertas científicas no campo da Genética que prometem não apenas amenizar o sofrimento físico do ser humano como, também, fornecer valiosos subsídios a outras ciências e, entre elas, à Ciência do Direito. Já se fala mesmo em um novo ramo científico, a GENÔMICA, que se ocupa do estudo do conjunto dos genes existentes nas células dos organismos vivos, de sua distribuição nos cromossomos e da forma como é regulado e controlado seu uso pelas células.

Em novembro de 2001, a prestigiosa revista francesa “Science & Vie” publicou detalhada reportagem sob o título *L’embryon médicament* em que analisou os surpreendentes poderes das chamadas células-tronco ressaltando que, embora milhares de biólogos, no mundo inteiro, debruçem-se sobre os benefícios que essas *cellules à tout faire* poderão trazer para a humanidade, seus trabalhos suscitam ferrenha oposição. Ao abordar as *immenses perspectives thérapeutiques* das células germinais, a reportagem referiu-se a inúmeras doenças que poderão encontrar cura a partir do cultivo de tecidos destinados a reparar os órgãos afetados, pela clonagem terapêutica, sem qualquer risco de rejeição. Vale destacar, entre as enfermidades citadas: afecções da córnea e do cristalino (olhos); males de Alzheimer, Parkinson e esclerose (cérebro); osteoporose e poliar-

trite (ossos, cartilagem); imunodeficiência e hemorragias (sangue); infarte do miocárdio (coração); hepatite e cirrose (fígado); câncer (medula óssea, pulmões e rins) e diabetes (pâncreas), além de a técnica poder ser utilizada com sucesso na recomposição da pele, vítima de queimaduras. A amplitude dos benefícios a serem alcançados faz-nos pensar em verdadeiro milagre da ciência, em descobertas de tal magnitude que se tornam, sem dúvida, marcos irreversíveis na história da humanidade.

No Brasil, expressões como “exame de DNA”, “reprodução assistida”, “inseminação artificial”, “células-tronco” freqüentam o noticiário quase que diariamente e já se tornaram familiares aos leigos que se interessam pelos progressos da ciência. Também no âmbito jurídico, novos conhecimentos e novas técnicas são constantemente acrescentados ao instrumental de que se valem os Juizes para a solução dos litígios que lhes são submetidos.

No que concerne ao destino a ser dado aos embriões excedentários de processos de inseminação artificial, objeto de uma das indagações colocadas pelo Prof. Silvio Rodrigues (2002), verifica-se que o reconhecimento dos DIREITOS GENÉTICOS das partes envolvidas nos mesmos constitui tema de acirrada polêmica em todo o mundo, abrangendo, ainda, os aspectos éticos e religiosos. A propósito, o “Jornal Hoje”, transmitido pela TV Globo, no dia 1/10/2003, trouxe ao conhecimento do público brasileiro decisões da Justiça britânica que, em processos distintos, negou a duas mulheres que se haviam tornado estéreis após o divórcio o direito de utilizarem os embriões congelados que tinham sido gerados durante o casamento de cada uma delas, à consideração de que os ex-maridos negaram a permissão para sua utilização, sendo certo que a lei inglesa exige que ambos os cônjuges concordem com a referida manipulação do material genético, mesmo após o divórcio do casal.

Quanto às novas hipóteses de filiação presumida previstas no art. 1597, do Cód-

go Civil de 2002, vale registrar, pelo ineditismo, caso ocorrido no Estado de Minas Gerais que ganhou projeção nacional graças à mídia televisiva e escrita, consoante se vê de matéria publicada no jornal “Correio Brasileiro” do dia 15/6/2004, sob o título “Criança gerada pela avó é registrada”, e que revelou lacuna existente no nosso ordenamento jurídico.

Em resumo, relata a notícia: uma avó de 53 anos gerou em seu útero o embrião resultante de fecundação em laboratório do óvulo retirado dos ovários de sua nora (que nasceu desprovida de útero) e do esperma de seu filho, em técnica conhecida como “útero de substituição”. Após o nascimento, o tabelião do Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais de Nova Lima, região metropolitana de Belo Horizonte, negou-se a proceder ao registro da criança em nome da mãe biológica, tendo em vista que da declaração de “nascido vivo”, fornecida pela maternidade, cuja apresentação é obrigatória para o registro, constava o nome da avó como sendo a mãe da menina.

Suscitada dúvida perante o MM Juiz da 1ª Vara Cível de Nova Lima, e após ter sido realizado, a requerimento do Ministério Público, um exame de DNA que comprovou a maternidade da criança, foi a mesma julgada improcedente. Em sua decisão, destacou o magistrado a falta de amparo legal para sua solução, sustentando que “mesmo o recente Código Civil (de 2002) prevê apenas hipóteses de presunção de paternidade, já que a maternidade era tida como certa” e acrescenta, mais adiante: “Tive de me valer, sobretudo, do bom senso, sem fechar os olhos para os avanços científicos, autorizando, afinal, fosse efetuado o registro da criança em nome da mãe biológica.”

Embora, como bem lembrou o MM Juiz supracitado, o novo Código Civil não tenha regulamentado a questão, sabe-se que a Resolução nº 1358, de 11/11/1992, do Conselho Federal de Medicina, tem dado amparo a procedimentos médicos similares, quando estabeleceu “Normas Éticas para a Utili-

zação das Técnicas de Reprodução Assistida”. Entre seus “Princípios Gerais”, incluiu um item (VII) relativo ao que chamou de “gestação de substituição (doação temporária do útero)”, em que é permitida a utilização das técnicas de que trata, “desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética”, dispondo, ainda, que “as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau”, requisitos que, como visto, achavam-se presentes no caso ocorrido no Estado de Minas Gerais.

A situação acima referida deixou evidente a importância do exame de DNA na solução de processos de investigação de maternidade, hipótese não prevista no novo diploma civil, embora esse procedimento venha sendo largamente utilizado quando se trata de investigação de paternidade. Conquanto alguns juristas brasileiros sustentem que o exame de DNA não poderá ser exigido do réu, sob pena de violação do seu direito à privacidade, cabendo ao autor da ação produzir as provas cabíveis, a imprensa já registrou caso em que houve inversão do ônus da prova: ante a recusa do réu em fazer o referido exame, decidiu a Justiça brasileira que caberia a ele provar que não era o pai (“Jornal Nacional” de 20/10/2004 – Rede Globo de Televisão).

No campo do Direito Penal, tem-se que novos casos concretos estão a demonstrar a importância cada vez maior dos conhecimentos da Genética Humana no deslinde de delitos, conforme se vê de reportagem publicada no jornal “O Globo”, edição do dia 16/11/2003, sob o título “DNA abre horizontes na apuração de crimes”. Dela verifica-se que o exame de DNA foi utilizado com sucesso para a solução de caso de estupro em que a vítima, na ocasião do exame de corpo de delito, conseguiu colher e conservar material genético do estuprodozador suficiente a comprovar a autoria do crime, quando da ocorrência de novo estupro, em nova vítima.

Outro e relevante exemplo de utilização do exame de DNA em processo criminal, citado na reportagem, ocorreu em Brasília, Distrito Federal, onde, pela primeira vez, em julgamento perante o Tribunal do Júri, verificou-se a condenação de acusado de homicídio com base em exame de DNA de pequena quantidade de sangue da vítima, encontrada no porta-malas do carro do réu, sem que o corpo da mesma tenha sido localizado, ressaltando, ainda, a reportagem, que o resultado do julgamento dá partida a um novo capítulo no deslinde dos crimes, embora a modernização dos órgãos de segurança pública, bem como a apuração dos delitos, esteja muito atrasada em nosso País.

Sobre esse último julgamento, e na mesma reportagem, encontra-se registrada a opinião do ilustre advogado criminalista Nélio Machado, amplamente favorável ao acolhimento, pelo Tribunal do Júri do Distrito Federal, da prova pericial representada pelo exame de DNA, embora ressalte o ponto polêmico que esse exame ofereceria, qual seja, o direito individual de recusa em submeter-se ao mesmo, que qualquer um pode exercitar, em defesa do seu direito à privacidade ou à vida privada, aspecto controverso esse abordado na mesma reportagem, à luz dos dispositivos da Constituição Federal (art. 5º, inc. X) e do novo Código Civil (art. 21), que cuidam de sua proteção. Sendo os direitos à privacidade e à vida privada reconhecidos como direitos da personalidade do ser humano, mostrou-se evidente, no caso em tela, a existência de outro direito, da mesma natureza e que seria igualmente violado, qual seja, o DIREITO GENÉTICO, o direito de propriedade do material genético pertencente ao réu, contido nas células de seu organismo, a ser utilizado no exame de DNA.

A preocupação com a privacidade parece ter algum fundamento, especialmente quando, na vida moderna, deparamo-nos com situações em que o acesso ao código genético de uma pessoa poderá transformar-se em fator de discriminação ou prejuízo para a mesma.

Sendo certo que a Biologia Genética Humana já foi capaz de identificar e continua a fazê-lo, em número crescente, alguns dos genes contidos nos cromossomos, presentes no DNA, responsáveis por terríveis doenças que flagelam a humanidade, tais como o mal de Alzheimer, o câncer de mama, o mal de Parkinson, a obesidade e muitas outras, a mídia internacional vem periodicamente registrando casos em que empresas privadas estariam a exigir, como parte do *curriculum vitae* apresentado por candidatos a empregos, a inclusão de exame de DNA, recusando-se a admitir aqueles cujo resultado revele a presença de gene responsável por alguma doença que possa vir a impedi-los, no futuro, de trabalhar. O fato representaria não apenas a violação ao direito à privacidade individual como também a introdução de novo elemento de discriminação, de natureza genética, nas relações de trabalho, sendo certo que a Ciência vem seguidamente demonstrando que a simples presença, no DNA, de gene responsável por alguma doença não significa, necessariamente, que o indivíduo vá desenvolvê-la no futuro, vez que outros fatores terão que estar presentes, para que isso ocorra.

Outro exemplo, que vem sendo noticiado pela imprensa, fala de companhias seguradoras que estariam exigindo a apresentação do exame de DNA quando da assinatura de contrato de seguro de vida, objetivando, igualmente, discriminar o pretendente ao seguro, com base em informações contidas no referido exame. Se isso já está ocorrendo no Brasil ainda não é certo; pode-se afirmar, contudo, que a inexistência de lei regulamentando o assunto propiciará, certamente, que casos de discriminação genética, ou de violação de DIREITOS GENÉTICOS, venham a desaguar no Judiciário, dificultando o labor dos magistrados.

Caberia, a este ponto, perguntar: estariam os DIREITOS GENÉTICOS cobertos pela proteção à vida privada, ou à privacidade, assegurada pela Constituição Federal e pelo

novo Código Civil, confundindo-se com esses direitos?

Exemplos práticos, anteriormente referidos, respondem à questão: no caso das mulheres britânicas divorciadas que tiveram negado pela Justiça o direito de utilização dos embriões produzidos na constância do casamento, esteve em causa o DIREITO GENÉTICO dos ex-maridos, a quem pertencia o esperma utilizado nos processos de fertilização, não se vislumbrando qualquer aspecto relacionado ao seu direito à privacidade; o mesmo pode-se dizer do DIREITO GENÉTICO da mãe biológica, de ter sua filha registrada, embora tenha sido ela gerada no útero da avó, caso ocorrido em Nova Lima, região metropolitana de Belo Horizonte. Enquanto isso, nos episódios relativos à exigência de apresentação do exame de DNA para obtenção de emprego ou seguro de vida, nota-se que, além de uma possível violação ao direito à privacidade, ocorreria, também, a violação a um DIREITO GENÉTICO, vez que a decifração do genoma, pelo exame de material genético encontrado nos 23 pares de cromossomos da célula, opera-se mediante a manipulação desse material, que é parte integrante do corpo humano e é propriedade exclusiva do indivíduo.

Em alguns países do chamado Primeiro Mundo, porém, polêmicas de caráter moral ou ético, ou preocupações com a privacidade individual, vêm cedendo lugar à praticidade e ao auxílio valioso dos conhecimentos da genética humana. Exemplo disso está ocorrendo na Inglaterra em que, por determinação do Primeiro Ministro Tony Blair, deverá ser elaborado um cadastro genético de toda a população do País, com o objetivo de fornecer dados mais precisos que as impressões digitais na apuração de crimes ou mesmo nos casos de investigação de paternidade, segundo informação dada pelo Dr. Gustavo Dalton, perito criminal e biólogo, durante o programa “Globo Comunidade”, transmitido em 9/3/2003 pela Rede Globo de televisão, que versou o tema “Exame de DNA”.

Muitos outros exemplos envolvendo a discussão de DIREITOS GENÉTICOS poderão ser citados para salientar os benefícios extremamente importantes que as mais recentes descobertas científicas no campo da Genética Humana poderão ter no desenvolvimento da Ciência do Direito, casos que deixarão evidente a existência de lacunas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como de obstáculos de várias naturezas, a dificultarem não apenas o progresso da pesquisa científica no País, mas também o trabalho dos Juízes, ao julgarem as situações inéditas que lhes são submetidas.

Em verdade, observa-se verdadeira corrida de âmbito internacional objetivando novas conquistas no campo da Biologia Genética Humana, corrida essa nem sempre movida por preocupações humanitárias, mas, antes, por grandes interesses econômicos, uma vez que grandes empresas privadas estão investindo enormes recursos visando obter, afinal, o patenteamento das descobertas científicas, para sua exploração econômica.

Também no âmbito acadêmico, nota-se a mesma competitividade movida, dessa vez, pelo desejo de notoriedade dos cientistas. Nesse sentido, notícia publicada em página da WEB, em 11 de agosto de 2004, registra que o Reino Unido, em posição pioneira na Europa, autorizou a Universidade de Newcastle a promover a clonagem de embriões humanos para serem utilizados em pesquisas para tratamentos contra os males de Parkinson e Alzheimer, e a diabetes (NOTÍCIAS - CIÊNCIA... , 2004), ou seja, liberou a chamada clonagem terapêutica, enquanto, nos Estados Unidos, segundo notícia vinculada na WEB em 29 de julho de 2004, cientistas da Escola de Medicina da Universidade de Stanford, na Califórnia, obtiveram sucesso na utilização de células-tronco fetais para reflorestar com novos neurônios regiões do cérebro de ratos que foram danificadas, mostrando-se animados ante a possibilidade de utilização de células-tronco fetais humanas em pesquisas com o

mesmo objetivo, tendo em vista que sobre as mesmas não recaem as limitações impostas pela legislação americana quanto às células embrionária (NOTÍCIAS - CIÊNCIA..., 2004).

Capítulo III – O histórico dos DIREITOS GENÉTICOS e da Biossegurança no Brasil

Nosso País deu importante passo no sentido de regulamentar as questões relativas ao tema ao editar a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, mais conhecida como Lei de Biossegurança, de cujo projeto foi autor o então Senador Marco Maciel, diploma esse que, embora tenha representado expressivo avanço no equacionamento de novas e relevantes questões surgidas no meio social, mostrou-se tímido, ao se deixar limitar pelas graves restrições que ao legislador foram impostas por questões de caráter ético e religioso. Por essa razão, tornou-se logo anacrônico, pressionado pelo espantoso progresso alcançado por outros ramos do conhecimento científico, especialmente no campo da Biogenética Humana.

O anacronismo da Lei de Biossegurança de 1995 bem como os reflexos que vinha produzindo sobre o labor diário dos juízes brasileiros foi assinalado pelo Ministro Nilson Naves (2003), à época Presidente do Superior Tribunal de Justiça, em artigo publicado sob o título “Bioética e Justiça”:

“Certo é que a rápida evolução científica trará aos tribunais feitos em número crescente. O Judiciário não pode funcionar num vazio jurídico, e o vácuo aumentará à medida que a ciência evoluir aceleradamente, porque a feitura da lei é, por necessidade, fruto de longa reflexão. O Judiciário haverá de guiar-se sempre por normas legais e, não as tendo, haverá de se socorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, levando em conta, sempre, as exigências do bem comum e o papel criador da ju-

risprudência. Contudo, atuará com orientação mais firme, menos sujeita a disputas, se dispuser formal e materialmente de normas diretas e claras, que se nortearão pelas decisões emanadas de um diálogo multidisciplinar e acordadas – oxalá – por todos os interessados”.

No artigo acima, seu autor colocou, ainda, temas concernentes à Bioética, ou seja, à ciência que leva em consideração os aspectos éticos necessariamente envolvidos em todas as questões relacionadas à manipulação de material genético humano e que, em grande parte, interessam ao Direito. Trata-se, em verdade, de campo extremamente polêmico no qual assistimos aos constantes embates entre os avanços da Biogenética e os entraves de ordem ética, religiosa, econômica e social que a eles são opostos.

Para a Igreja Católica, por exemplo, aceitar qualquer forma de manipulação desse material genético, seja para fins reprodutivos ou terapêuticos, representa, em última análise, a negação de um dos seus mais poderosos dogmas, segundo o qual o fenômeno da fecundação e da geração de uma nova vida é obra divina, não sendo de se admitir a participação da mão humana no processo.

No que concerne aos aspectos éticos envolvidos nas modernas técnicas da Engenharia Genética, vozes contundentes têm-se levantado contra a utilização das mesmas com fins lucrativos, como se vê do livro “O Mercado Humano – Estudo Bioético da Compra e Venda de Partes do Corpo”, de autoria de Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa (2001), valendo lembrar, ainda, artigo intitulado “Bioética e Biodireito – Princípios e Paradigmas”, escrito por Vito Antônio Boccuzzi Neto ([200-?]), bem como trabalho apresentado por Dirce Guilhem e Mauro Machado do Prado (2001) sob o título “Bioética, Legislação e Tecnologias Reprodutivas”, em Simpósio promovido pelo Conselho Federal de Medicina.

Críticas são feitas, por outro lado, aos aspectos econômicos e sociais envolvidos

nas atuais conquistas científicas no campo da Biologia Genética Humana, no sentido de que tais avanços, por exigirem altíssimos investimentos financeiros em pesquisas, tanto públicos como privados, tornarão o acesso a eles privilégio de pouquíssimos, em detrimento do restante da humanidade, sendo de se lembrar, por fim, a possibilidade, existente em alguns países, de patenteamento, por entidades de pesquisa particulares, das descobertas científicas obtidas em seus laboratórios, restringindo, ainda mais, a utilização das mesmas.

Nesse tumultuado cenário, uma questão destacou-se sobremaneira, não apenas pelas fantásticas perspectivas que promete abrir à Medicina, como pelos inevitáveis reflexos que trará à Ciência do Direito: a clonagem humana, em suas modalidades reprodutiva e terapêutica, sendo certo que a clonagem de animais é técnica conhecida e já largamente utilizada em vários países, inclusive no Brasil. A popularização do tema clonagem humana gerou, até, uma novela televisiva que se chamou “O Clone”, produzida pela Rede Globo de televisão...

O que se observa, em verdade, é uma grande desinformação, para não dizer ignorância, sobre tão relevante matéria e, na tentativa de esclarecer as inúmeras dúvidas existentes, livros para leigos, contendo ensinamentos altamente esclarecedores, têm surgido, tais como “Clones Humanos”, de Clara Pinto Correia (2000), e “Clonagem – Fatos e Mitos”, de Lygia da Veiga Pereira (2002), ambas as autoras cientistas, reconhecidamente qualificadas na área de Biologia Genética Humana, mas que não enfrentam, nem era de esperar que o fizessem, os aspectos jurídicos necessariamente decorrentes da utilização das técnicas de clonagem, no que concerne aos DIREITOS GENÉTICOS dos fornecedores do material manipulado. No mesmo sentido, visando melhor esclarecer leigos interessados no palpitante assunto, vêm sendo publicados livretos sob o título “Folha Explica”, com

valiosas informações sobre DNA, alimentos transgênicos e clones, entre outros temas.

A clonagem para fins reprodutivos, ou seja, sua utilização para criar seres humanos pelo método que deu origem à ovelha Dolly, na Inglaterra, tem merecido condenação internacional quase unânime, embora já se tenha ouvido, por vezes, notícia sobre experiências nesse sentido, realizadas em países que não proíbem expressamente o processo.

O mesmo não ocorre, porém, com a clonagem chamada terapêutica, voltada para o tratamento de inúmeras enfermidades que afligem a humanidade por meio de técnicas de Engenharia Genética. Com efeito, a modalidade vem ganhando, a cada dia, um número cada vez maior de defensores, entre médicos e cientistas, com o apoio fervoroso daqueles que serão eventualmente beneficiados por essas técnicas, já se falando, inclusive, em uma “terapia genética”. A crítica mais contundente que se levantava contra a clonagem terapêutica referia-se à utilização de células germinais humanas encontradas nos embriões, obstáculo esse não apenas de caráter ético e religioso, como também legal, devido a Lei 8974/95 que capitulava como crime, em seu art. 13, a manipulação genética de tais células.

A Biologia Genética Humana avança a passos largos, porém. E, em resposta às limitações impostas à utilização das células germinais humanas contidas nos embriões, vem revelando a existência de células-tronco em outros tecidos do organismo humano, tais como a medula óssea, os cordões umbilicais e outros, cujo emprego afastaria não apenas os óbices éticos e religiosos, como também os riscos de rejeição.

O Congresso Nacional, diante do evidente anacronismo da nossa legislação e sensível à necessidade urgente de legislar sobre tão importante matéria, aprovou, após longos debates, a nova Lei de Biossegurança, já sancionada, com alguns vetos, pelo Presidente da República (Lei nº 11.105, de 24 de

março de 2005), que veio a abrir amplas possibilidades à pesquisa genética no País, não somente no que tange à genética humana, como também à proteção do meio ambiente contra a utilização indiscriminada de produtos agrícolas geneticamente modificados, os chamados organismos geneticamente modificados, ou OGM.

Capítulo IV – A nova Lei de Biossegurança

O meio científico brasileiro, que se achava tolhido pelas barreiras impostas pelo art. 13 da Lei nº 8974, de 1995, mostrou-se entusiasmado ante as perspectivas de avanço em suas pesquisas, em razão das inovações introduzidas pela nova Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005) que, em seu art. 5º dispõe, *verbis* :

“Art. 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º – Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º – Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º – É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da

Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

Os preceitos contidos no artigo supra deixam evidente a opção feita pelo Congresso Nacional, no sentido de negar ao embrião humano, obtido em processo de fertilização feita em laboratório, a qualificação jurídica de pessoa, para todo e qualquer efeito legal, tipificando como crime, outrossim, a comercialização do material biológico obtido, sob as penas da lei. Pressionado pela comunidade científica bem como por imensa legião de portadores de doenças incuráveis ou lesões irreversíveis, cuja única esperança repousa na terapia genética, adotou o legislador pátrio postura rigorosamente científica, sem qualquer conotação religiosa, embora revestida de cuidados éticos e de preocupação cultural.

Ocorre, porém, que a possibilidade de progresso científico que a nova Lei de Biossegurança enseja, no que se refere à pesquisa e cura, mediante terapia genética, de moléstias que castigam a nossa população, trazendo enormes gastos aos serviços de saúde pública, acha-se obstaculizada, pelo menos, temporariamente, por atos do Poder Executivo e ações do Ministério Público Federal.

Com efeito, sete vetos foram apostos pelo Presidente da República ao novo diploma legal, aguardando apreciação pelo Congresso Nacional, que poderá rejeitá-los ou não.

Por outro lado, o Procurador-Geral da República ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, duas ações, questionando a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.

Na primeira ação, protocolizada em 30 de maio subsequente (ADI nº 3.510), arguiu a inconstitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos, que permitem a utilização de células-tronco de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, sob o fundamento de que os mesmos ferem a proteção que a nossa Carta Magna confere ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Numa segunda ação (ADI 3.526), o Chefe do Ministério Público Federal questiona a constitucionalidade de diversos artigos do mesmo diploma legal, que estabelecem normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados (OGMs) e seus derivados, bem como de dispositivos versando a competência atribuída à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), cabendo, agora, à nossa Suprema Corte manifestar-se, em definitiva instância, sobre a conformidade dos preceitos da nova Lei de Biossegurança à Constituição Federal.

O certo, porém, é que nem o acatamento pelo Congresso Nacional, dos vetos presidenciais à Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, nem o provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade interpostas pelo Ministério Público Federal, acima referidos, invalidarão as inovações introduzidas pelo Código Civil que entrou em vigor em 2003, no que diz respeito a atribuir efeitos jurídicos a procedimentos de inseminação artificial, homóloga ou heteróloga (art. 1.597, incisos III, IV e V), no caso, os da filiação.

Conclusões

Toda essa profusão de informações coletadas e aqui referidas representa, apenas, uma gota no oceano imprevisível de perspectivas que a ciência moderna, e, em especial, a Biologia Genética, vem abrindo aos nossos olhos, trazendo a esperança de dias melhores, com menos sofrimentos, para a espécie humana.

Quanto ao Brasil, espera-se que faça o que estão fazendo os países do chamado Primeiro Mundo, investindo recursos na pesquisa científica a fim de colhermos, certamente, valiosos resultados, com a cura de doenças e a diminuição do encargo social do Estado no campo da saúde.

Cabe aos nossos juristas e, em especial, aos civilistas fazerem um estudo sistemáti-

co da nossa legislação visando a apontar as situações nela previstas que serão necessariamente afetadas pelos novos conhecimentos e técnicas da Engenharia Genética Humana, fornecendo subsídios aos legisladores para que possam, no âmbito do Congresso Nacional, atualizar e complementar, com a presteza possível, o nosso ordenamento jurídico, tornando-o capaz de solucionar os inevitáveis conflitos de interesses que vão brotar no seio de nossa sociedade e fornecendo instrumental seguro aos nossos Juízes.

Somente por meio desse esforço conjunto, poderá o Brasil capacitar-se a usufruir o admirável progresso da ciência no século XXI.

Referências

- BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano*. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- _____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- BOCCUZZI NETO, Vito Antonio. Bioética e biodireito: princípios e paradigmas. [S. l: s. n], 16 maio 2003. Disponível em: <<https://intranet2.bb.com.br/juridico/informativos/Artigos/bioetica.html>>. Acesso em: [200-?].
- CHAMBON, Philippe. L'embryon médicament. *Science & Vie*, Paris, n. 1010, p. 82-101, nov. 2001.
- CORREIA, Clara Pinto. *Clones humanos: nossa autobiografia coletiva*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- GUILHEM, Dirce; PRADO, Mauro Machado do. Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas. *Revista Bioética*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 113-126, 2001.
- LACHTERMACHER-TRIUNFOL, Márcia. Os clones. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, Folha Explica, 2003.
- LEITE, Marcelo. O DNA. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, Folha Explica, 2003.
- _____. Os alimentos transgênicos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, Folha Explica, 2000.
- NAVES, Nilson. Bioética e justiça. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, n. 145, p. 28-29, jan. 2003.
- NOTÍCIAS - CIÊNCIA e meio ambiente. *Terra Notícias*, [S.l.], 29 jul 2004, 11 ago. 2004. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/O>>. Acesso em: [2004?].
- PEREIRA, Lygia da Veiga. *Clonagem: fatos e mitos*. São Paulo: Moderna, 2002.
- RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis, 2000.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: com anotações sobre o novo Código Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 341.

O poder público e os fundos de pensão

Razões e fundamentos para um projeto de agência regulatória

Rafael Silveira e Silva

Sumário

1. Introdução. 2. O sistema. 3. Possibilidade de mudanças. 3.1. Mudança institucional: a perspectiva dos custos de transação políticos. 3.2. Primeiros passos: motivações da mudança constitucional. 4. Modernização do marco legal: aspectos relevantes. 5. Construção argumentativa do Governo e demais grupos de interesse. 5.1. Análise do discurso no processo legislativo. 5.2. Exposição de motivos. 5.3. Audiências públicas. 5.4. Comparação entre os discursos: governo x demais agentes. 5.5. Proposições aprovadas. 6. Regulamentação do marco legal. 7. Ineficiência institucional. 7.1. Conflito interburocrático dentro do órgão normativo. 7.2. Projeto de uma agência reguladora. 8. Ensaio de fortalecimento para o aparato de fiscalização e regulação do Estado. 8.1. Breve descrição da Medida Provisória nº 233, de 2004. 8.2. Avaliações e reflexões sobre a proposta. 8.3. Ajustes possíveis. 9. Considerações finais.

1. Introdução

A importância recente que têm adquirido as entidades fechadas de previdência complementar, popularmente conhecidas como fundos de pensão, deve-se, em grande parte, aos volumosos recursos por elas acumulados, hoje girando em torno de R\$ 280 bilhões. Essa significativa cifra desperta muitos interesses, envolvendo diversas arenas decisórias, em especial as que envolvem políticas públicas e o mercado financeiro e de capitais. Afinal, em plena crise fiscal, o Estado vem procurando alternativas viáveis para a sustentabilidade do crescimento na-

Rafael Silveira e Silva é Consultor Legislativo do Senado Federal, mestrando em ciência política pela UnB, ex-Analista do Banco Central, ex-integrante da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

cional. Na esteira desse papel de grandes investidores, a modernização do sistema privado de aposentadoria foi inserida no conjunto de propostas de reforma da previdência, ocupando, assim, não apenas espaço na mídia, mas parte relevante dos debates ocorridos no Congresso.

Além disso, tamanho volume de recursos chama a atenção para diversos grupos organizados, cujos interesses, em muitos casos, depõem contra os interesses do próprio segmento dos fundos de pensão. Portanto, a discussão sobre o fortalecimento da fiscalização e da regulação sobre esse setor ganha cada vez mais fôlego e atenção da opinião pública. Nos últimos meses, multiplicam-se denúncias de irregularidades sobre as atividades de dirigentes de fundos de pensão, tal como costumam sobressair periodicamente nos últimos quinze anos. No Senado Federal, a discussão da criação da Superintendência Nacional de Previdência Complementar, pela Medida Provisória nº 233, de 2004, levantou questões sobre o modelo adotado pelo governo, suscitando-se a criação, via projeto de lei, de uma autarquia especial sob a forma de agência reguladora.

Nesse sentido, o presente estudo tem como objetivo avaliar os movimentos institucionais que marcaram a primeira grande mudança para os fundos de pensão, a aprovação da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, o marco legal do setor.

Serão observadas especificamente as propostas que contribuiriam diretamente para a maior credibilidade do regime normativo dos fundos de pensão. Além da significativa soma de recursos financeiros, a escolha específica desse regime também se justifica pelo fato de esse segmento:

I – agrupar entidades patrocinadas por empresas públicas e de economia mista, aspecto esse que denotava maior atenção por parte dos agentes políticos;

II – ter assumido a condição de investidores institucionais, com capacidade de influenciar os mercados financeiro e de capitais, tornando-se, inclusive, possíveis alter-

nativas de financiamento da produção e de projetos de infra-estrutura;

III – reunir, a despeito da grandiosidade, várias fragilidades e inconsistências relativamente à garantia dos direitos dos participantes.

Com base nessas diretrizes, o processo de reestruturação da previdência privada passou a contar com alguns desafios, entre os quais a elaboração de uma nova matriz institucional que assegure pleno desenvolvimento do sistema e que tenha condições de melhor lidar com as demandas dos diversos atores (participantes, fundos de pensão, associações de classe, mercado financeiro e de capitais e o próprio Governo), que estabelecem várias abordagens estratégicas para a consecução dos seus objetivos.

Assim, com base em uma perspectiva neo-institucionalista, será também analisada, à luz da evolução histórica e das recentes mudanças, a estrutura administrativa responsável pelo arcabouço legal e regulamentar do mercado operado pelos fundos de pensão, de maneira a elucidar os fatores que influem no processo de formulação e implementação das políticas relativas à previdência privada fechada. Essa avaliação é de grande utilidade, especialmente quando se tem em vista o tema do controle da atividade normativa do poder público na regulação dos mercados.

Na seção 2, é apresentada uma síntese do sistema de previdência complementar, de forma a delinear sua importância no cenário contemporâneo brasileiro. A seção 3 traça aspectos teóricos da escola neo-institucionalista, a qual evidencia o relevante papel das instituições no processo de formação das políticas públicas, especialmente a abordagem dos custos de transação. Ademais, no mesmo capítulo, são evidenciados alguns aspectos que explicam a inserção da previdência complementar no seio da reforma constitucional que tratou da previdência geral. Na seção 4, são feitos comentários sobre a necessidade de ajuste no aparelhamento do Poder Público no âmbito da

reforma do marco regulatório à época vigente. Na seção 5, é dada ênfase na análise da argumentação adotada pelo governo para a aprovação das mudanças, bem como no discurso dos demais atores envolvidos. Nesse item, é utilizado o método da análise do discurso como forma de mapeamento de estratégias e da posição dos diversos interessados no mercado operado pelos fundos de pensão. A Seção 6 delinea os mecanismos atualmente vigentes para a regulamentação do segmento de fundos de pensão. A seção 7 é dedicada a uma avaliação institucional da atuação do Poder Executivo no seu papel de regulamentador, retomando-se a abordagem dos custos transacionais políticos. Na seção 8, em continuação à análise realizada no capítulo anterior, é avaliada a Medida Provisória nº 233, de 2004, que substancia a última iniciativa governamental sobre a atuação do Poder Público na fiscalização e na normatização do segmento de fundos de pensão. Nesse item, além da avaliação dos dispositivos da mencionada norma, são oferecidas algumas sugestões, mas no contexto de um novo projeto de lei de iniciativa do governo para criar uma agência reguladora para o setor.

2. O sistema

A previdência é um tema de fundamental importância para a paz social e para o crescimento da economia. Para qualquer trabalhador interessa saber se, no momento em que sua capacidade laboral estiver diminuindo, ele poderá contar com um fluxo de renda que o compensará da perda parcial ou total do rendimento ou se sua família estará efetivamente amparada em sua ausência (ROGIERI, 1998).

Pode-se afirmar que há três formas de obter a cobertura de caráter previdenciário: pelo estatal básico, pela formação de uma poupança individual e pelo privado (complementar).

A primeira, representada pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e pela

maioria dos regimes próprios de servidores públicos, apresenta patrimônio acumulado nulo, uma vez que os benefícios previstos para determinado período são repartidos pelos contribuintes daquele mesmo período, o que gera, nas condições atuais, alto grau de incerteza em relação ao equilíbrio atuarial futuro.

A segunda forma possui um perfil de difícil mensuração, pois depende inteiramente da renda e da capacidade de o trabalhador conseguir organizá-la e administrá-la no longo prazo, na maioria das vezes com auxílio de produtos oferecidos pelo sistema financeiro. Nesse caso, não existem garantias firmes de que a acumulação de recursos será preservada para fins previdenciários.

Finalmente, a terceira forma é a que apresenta fundamentos relativamente mais sólidos, na medida em que existem possibilidades reais de formação de uma poupança de longo prazo que permite custear pagamentos de rendas de aposentadoria e financiar projetos econômicos com potencial de dinamizar e desenvolver a economia. Essa alternativa é conhecida atualmente como regime de previdência complementar.

Esse terceiro sistema destina-se a conceder aos seus associados benefícios adicionais às aposentadorias e pensões do RGPS e tem como principais agentes as entidades fechadas e abertas de previdência complementar, ambas de caráter privado, e as sociedades seguradoras.

Segundo dados de setembro de 2004, as entidades fechadas (fundos de pensão) reúnem aproximadamente 6,5 milhões de participantes, entre trabalhadores (vinculados a diversas empresas patrocinadoras) e seus dependentes, com estoque de recursos para investimentos de aproximadamente R\$ 232 bilhões. Também de acordo com dados do mesmo período, as entidades abertas e as sociedades seguradoras, que atuam na oferta de produtos com características semelhantes aos oferecidos pelo sistema financeiro, congregam até 3,7 milhões de participantes, somando cerca de R\$ 55,7 bilhões¹.

Por essas estatísticas, pode-se notar a robustez econômica desses segmentos, cuja influência é expressiva em vários setores da economia, especialmente mercado de capitais e mercado financeiro.

É interessante notar que, enquanto os ativos vinculados à previdência privada do Brasil representam cerca de 16% do PIB, essa cifra já deve superar os 100% em países mais desenvolvidos. Nesses, a previdência complementar cumpre importante papel no sentido da captação de poupanças, da sua agregação e da sua aplicação, do seu direcionamento para investimentos de longo prazo, especialmente os de cunho produtivo.

3. Possibilidade de mudanças

3.1. Mudança institucional: a perspectiva dos custos de transação políticos

As políticas públicas não são concebidas por um processo cujas decisões são unicamente de ordem técnica, na ilusão de que, achada a solução que possa maximizar ou desenvolver o bem-estar social, esta será integralmente implementada conforme foi concebida pelos especialistas, bem como atingirá os efeitos por eles desejados. Na verdade, a proposta inicial, por mais bem concebida que possa ser, é tão-somente o início do processo que, na sua essência, é político em todos os estágios.

O lado político não apenas se manifesta no processo legislativo *stricto sensu*, mas também na implementação, a qual igualmente inclui decisões administrativas estratégicas, tais como a escolha ou formação de uma agência governamental para “cuidar” de determinada tarefa em face da política escolhida, além da sua subsequente operacionalização (DIXIT, 1996).

A tradição normativa sobre os estudos da economia política costuma analisar as políticas levando em conta o paradigma da teoria econômica neoclássica da firma. Enquanto essa tem por foco a maximização do lucro, a abordagem normativa observa a

política pública como maximizadora do bem-estar. Essa abordagem tem apresentado muitas limitações, pois, no mundo real, as políticas, definitivamente, não assumem esse papel de maneira tão pura.

Nesse sentido, vários economistas, reconhecendo a inadequação da visão da firma acima exposta, principalmente quanto à aplicação tácita do postulado da racionalidade, propuseram a inclusão das instituições² como elementos fundamentais para a formulação e aplicação das políticas. Nesse sentido, analisam o papel dos denominados custos transacionais como uma conexão entre instituições e custos de produção. Custos de transação, sob a ótica econômica, podem ser evidenciados da seguinte forma:

“os custos de transação podem ser conceituados como aqueles correspondentes às atividades de celebração dos contratos necessários ao exercício da atividade econômica, incluindo também as despesas necessárias à execução das obrigações assim contratadas, mesmo quando isso deve ocorrer posteriormente à atividade produtiva” (BRUNA, 2003, p. 31).

A noção de custos de transação compreende o “preço” a ser pago na negociação dos interesses em conflito, bem como aquele relativo à organização e articulação dos interessados com vistas à consecução de seus objetivos comuns (BRUNA, 2003). Tal preço pode ser encarado tanto do ponto de vista econômico como político.

Mantendo-se o paralelismo com a teoria econômica, a análise política também se beneficia da abordagem dos custos de transação, abrindo a “caixa preta” do processo de formulação de políticas, examinando-se os vários trabalhos e mecanismos internos a ele subjacentes. Nesse sentido, tal processo é influenciado pelo Legislativo, pelo Executivo e suas “agências”, *lobbies* de grupos de interesse, meio de comunicação, entre outros (DIXIT, 1996).

Desse modo, o Estado, quando decide introduzir reformas em determinado marco re-

gulatorio, pode, com isso, deparar-se com as duas naturezas dos custos de transação.

Ao desejar reduzir os custos de transação econômicos de algum setor, o governo deseja estimular trocas econômicas, quer pela redução da incerteza antes dominante, quer pela diminuição da necessidade de negociação e organização. Com isso, incentivam-se os indivíduos a dedicar-se às trocas, e as organizações, à produção ou ao oferecimento de serviços, pois ambos contarão com a certeza de poderem apropriar-se do resultado de seu trabalho, além de reduzir ou mesmo de eliminar os esforços necessários à autotutela dos interesses individuais (BRUNA, 2003). Trata-se de modificar regras para realizar mudanças de ações, de atitudes.

Tomando-se por base que qualquer política de governo, em especial a de viés econômico, é um jogo dinâmico, inevitavelmente surgem custos de transação políticos, pois os atores fazem movimentos estratégicos em que manipulam ações e regras. Logo, a formulação da política também deve ser considerada como um processo contínuo, imperfeito, incompleto, de dinâmica poderosa, porém lenta. Em decorrência dessa natureza, a análise da política que envolve o exame dos custos transacionais procura entender a evolução das estruturas de governança existentes para lidar com eles (DIXIT, 1996).

Tais limitações do processo de formulação das políticas públicas, em face das instituições vigentes, podem ser removidas ou flexibilizadas ao longo do tempo, principalmente quando oportunidades de reformas ganham força no cenário.

Verifica-se, dessa forma, uma estreita relação desses conceitos com a disposição do governo para modernizar o aparato legal da previdência complementar, de maneira a oferecer regras mais flexíveis, adaptáveis às mudanças do mercado e, principalmente, críveis, de maneira a incentivar cada vez mais indivíduos a buscarem a complementação de suas aposentadorias, e o sistema a

desencadear externalidades positivas para toda economia.

Por outro lado, a mesma reforma se depara com custos transacionais de caráter político, resultado de diversos interesses do governo e dos grupos de interesse (fundos de pensão, participantes, investidores, patrocinadores, entre outros). Nesse caso, o “preço” relaciona-se com o poder de decisão sobre os parâmetros que serão determinados aos dispositivos legais, ou seja, à regulamentação. Do lado do governo, além da preocupação fiscal, existe o interesse de conduzir os fundos de pensão para a consecução de seus objetivos de política econômica, tendo em vista serem grandes investidores. De sua parte, os agentes privados, tendo em vista sua não-autonomia em relação às suas escolhas no mercado de bens e serviços³, são induzidos a se confrontar com a necessidade de desenvolver estratégias de atuação junto ao processo político, complementando suas estratégias convencionais de mercado (MONTEIRO, 2004).

A abordagem de custos de transação pode contribuir para a compreensão do modo pelo qual grupos de interesse, ainda que pequenos, podem controlar poderes desproporcionais a sua representatividade e com isso amoldar as instituições a seus próprios interesses. Parte-se do pressuposto de que pequenos grupos de pressão têm maior capacidade de organização e, portanto, possuem maiores condições de sucesso em suas ações do que grande grupos que lutem por medidas que beneficiem um número maior de pessoas. Sérgio Bruna (2003, p. 35), baseando-se em Olson, afirma que

“as dificuldades de coordenação fazem com que estes últimos, apesar de reunirem um número maior de indivíduos, não possuam força e agilidade necessárias para neutralizar as ações de grupos menores, que acabam vencendo a maior parte das disputas. Por isso seria equivocado acreditar no surgimento de um equilíbrio natural resultante do embate dos grupos de

interesse, revelando-se o processo decisório como um jogo irregular e aleatório, incapaz de ser controlado pela mera atuação desses grupos”.

As causas identificadas dessa supremacia repousam não só na distribuição desigual dos custos e benefícios das mudanças empreendidas, como também na assimetria existente entre esses grupos na distribuição de informações sobre essas mudanças (BRUNA, 2003).

3.2. Primeiros passos: motivações da mudança constitucional

A expansão do segmento de previdência privada ocorreu de forma mais acelerada a partir dos anos 90, fato esse impulsionado pela conquista da estabilidade de preços obtida com a implementação do Plano Real.

Contudo, o pagamento de benefícios de planos vinculados a fundos de pensão cujo patrocinador é indiretamente o Governo Federal vinha comprometendo boa parte dos recursos acumulados. Tal aspecto ganha relevância quando se observa que mais de 60% dos recursos são de fundos patrocinados por empresas públicas, o que remete à preocupação em relação ao nível de comprometimento do Tesouro e possível implicação sobre o déficit público. Não obstante, incentivar o crescimento desse sistema significa uma boa probabilidade de angariar novas fontes de financiamento para empresas e projetos vitais para o crescimento do País.

Mirando a diminuição do risco para os gastos públicos e o incentivo para a acumulação de poupança previdenciária, o Governo Federal decidiu incluir, no âmbito das reformas por ele propostas, alterações visando à modernização do regime de previdência privada. A experiência internacional revela que, sem uma previdência complementar privada de ampla cobertura e financeiramente saudável, nenhuma reforma ampla da previdência consegue alcançar seus objetivos. Basta observar que países como Es-

tados Unidos, Inglaterra e Austrália, que possuem regimes previdenciários mais maduros, têm um sistema muito desenvolvido de previdência complementar.

Dessa forma, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, procurou-se redimensionar a previdência complementar, ampliando o espaço político e técnico para um trabalho de reestruturação desse regime previdenciário.

Para a consecução dos objetivos almejados, optou-se por uma redação constitucional que desvinculasse o regime privado do RGPS, de maneira a torná-lo flexível e suficiente para seu pleno desenvolvimento. Para tanto, o art. 202 estabeleceu três características básicas para a previdência privada: (i) caráter complementar, sem substituir o regime oficial; (ii) organização autônoma; (iii) ser facultativa, contrapondo-se com a obrigatoriedade do regime oficial. Além disso, o mencionado artigo determinou que lei complementar dispusesse sobre a organização do sistema.

Com base nessas diretrizes, o processo de reestruturação da previdência privada passou a contar com os seguintes desafios:

I – substituição do diploma legal vigente que dispunha sobre previdência complementar privada no Brasil, a Lei nº 6.435, de 1977, a qual estabelecia, de forma ainda ineficaz, dispositivos que garantissem a defesa de vários direitos dos participantes dos planos de benefícios;

II – garantia de acesso a trabalhadores, sem vínculos empregatícios com empresas, tais como profissionais liberais, pequenos empresários, a planos de benefício previdenciários complementares, democratizando o segmento e contribuindo para a elevação da poupança previdenciária do País;

III – perspectiva de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios viessem a constituir fundos de pensão para seus respectivos servidores, contribuindo para equacionar o problema das despesas previdenciárias dos entes estatais;

IV – estruturação de governança adequada para a administração pública, com o objetivo de aprimorar e fortalecer a área de regulação e de fiscalização dos fundos de pensão.

Todos esses desafios, na moderna visão da economia política, podem ser analisados sob a perspectiva dos chamados “custos de transação”.

4. Modernização do marco legal: aspectos relevantes

Até 1977, poucas eram as opções existentes em matéria de previdência privada. Se não houvesse iniciativa por parte dos empregadores, aos trabalhadores não restava outra opção a não ser a contribuição para o regime de contas individuais dos Montepios⁴, cuja atuação foi limitada, terminando, muitos deles, por perder a credibilidade. A experiência brasileira com os planos previdenciários dessas instituições, muito disseminados nos anos 60, representa significativo exemplo de empreendimento privado mal sucedido na área da previdência. A ausência de um sistema financeiro mais organizado e a inexistência de uma fiscalização estatal mais adequada fizeram com que a poupança de milhares de trabalhadores, vítimas de propaganda enganosa, perdesse seu valor real, uma vez que os contratos não continham cláusulas ante processos inflacionários (GUSHIKEN, 2002).

Mesmo os empregados de empresas passavam por situações de incerteza, uma vez que esses dependiam de esquemas especialmente montados. Na verdade, tais esquemas se constituíam apenas de fundos contábeis e provisões que os empresários faziam com o objetivo de ajudar na aposentadoria e na pensão dos funcionários. Os valores figuravam no passivo das empresas, caracterizando iniciativa exclusiva dos patrões e, portanto, sem contar com amparo ou garantia de qualquer tipo de regulamentação no campo previdenciário (SILVA, 2000).

A trajetória da previdência privada tomou novos rumos no Brasil em julho de 1977, com a edição da Lei nº 6.435, que veio

disciplinar o funcionamento dos fundos de pensão no país. Essa lei lançou a arquitetura fundamental para o surgimento de um sistema que fosse alternativa de complementação de previdência, da qual estava ausente a grande maioria da população de nosso País.

É necessário evidenciar que, devido ao fato de a época em questão ter sido caracterizada pelo investimento estatal em infraestrutura, levando, em muitos casos, à criação de empresas públicas ou de economia mista, tornou-se prática comum criar fundos de complementação para os benefícios previdenciários como parte da política de recursos humanos dessas instituições. Nesse sentido, o embrião da Lei nº 6.435, de 1977, tomou por base experiências como a caixa de previdência dos funcionários do Banco do Brasil (PREVI) e o Sistema Supletivo de Seguridade Social (SSSS), implantado em 1970 pelo general Ernesto Geisel com a criação da Petros (BELTRÃO, 2004).

Retrato bastante interessante da Lei nº 6.435, de 1977, foi feito pelo ex-Secretário de Previdência Complementar, Paulo Kliass (2000, p. 112):

“Naquele momento, o foco da legislação era as entidades patrocinadas pelas empresas públicas federais, basicamente. Eram entidades que, à época, possuíam um grau de autonomia bastante grande, e um grau de autonomia mais elevado que as próprias empresas patrocinadoras, que também já tinham um grau de autonomia elevado. Aquele era o momento do início de um esforço concentrado de metas fiscais a serem estabelecidas e cumpridas pelo Governo, de um lado, e, por outro lado, o início de um mecanismo de dívida pública, o início do funcionamento de critérios fiscais para rolagem do endividamento do Estado brasileiro, que até então eram ausentes no País”.

Na verdade o Governo objetivava disciplinar o setor e manter seu crescimento sob

sua tutela para administrar a enorme poupança que seria gerada pelos fundos de pensão, procurando, ademais, moralizar um segmento que havia experimentado algumas atividades mal sucedidas. Nessa esteira, os fundos de pensão foram caracterizados como investidores institucionais e, principalmente, utilizados como instrumento de política econômico-financeira, na medida em que as aplicações de suas reservas passaram a ser direcionadas por normas oficiais.

Por essa razão, a concepção da Lei nº 6.435, de 1977, refletiu um sistema com forte viés estatal, muito embora tivesse sido ajustada de forma que se criassem condições para que o setor privado da economia, por meio de empresas que instituísem planos de benefícios para seus funcionários, também pudesse dela se valer, passando este setor, anos depois, a liderar em número o segmento⁵.

Nos anos de implantação e consolidação do sistema de previdência complementar, sob os auspícios da citada lei, várias lições puderam ser apreendidas entre os acertos e desacertos inerentes a todo processo de consolidação. A lei refletiu as preocupações e os anseios manifestados à época, período em que não havia, obviamente, condições de se vislumbrar o Brasil de 20 ou 30 anos à frente, assim como não seria possível supor as profundas transformações tecnológicas e a geopolítica com que as nações iriam se defrontar. A necessidade de ajustes por meio de um novo diploma legal tornou-se cada vez mais iminente, na medida em que a curva de crescimento de recursos indicava crescimento significativo, passando de 1% do PIB, em 1978, para 17%, atualmente.

Dadas as rápidas mudanças socioeconômicas, a legislação passou a ser muito restritiva e, em alguns aspectos, anacrônica, pois sua evolução não vinha acontecendo com a mesma velocidade verificada no cenário econômico e nas relações de trabalho.

Diante de uma população economicamente ativa de quase 70 milhões de pessoas, existem apenas 3 milhões de participan-

tes de fundos de pensão. Assim, era necessária a devida atualização das regras, flexibilizando-as para dar condições idênticas para que o empresariado e as diversas categorias sociais e econômicas deste País pudessem criar seus próprios fundos de pensão. A tendência predominante é a universalização de acesso à previdência complementar.

Para entender a atuação do Estado sobre o sistema de previdência complementar, é importante evidenciar que a Lei nº 6.435, de 1977, conferiu ao Poder Executivo plenos poderes para a criação das instâncias de atuação do poder público no que tange ao mercado de fundos de pensão. Deve-se frisar que as circunstâncias à época não permitiam o pleno exercício da crítica e do poder de veto do Poder Legislativo, principalmente no que concerne aos dispositivos de delegação mais consistentes e apropriados ao equilíbrio e à harmonia entre os poderes da União.

Nesse sentido, o Presidente editou o Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978, que regulamentou a citada lei, criando duas instâncias de atuação do governo: um órgão normativo, representado pelo Conselho da Previdência Complementar (CPC), e um órgão executivo, a Secretaria de Previdência Complementar (SPC), ambos integrantes da estrutura do então Ministério da Previdência e Assistência Social.

Essa organização foi idealizada em uma época em que o processo decisório se fundamentava nos conselhos e colegiados, geralmente formados pelos titulares dos ministérios e pelas “tecnoburocracias” vinculadas aos temas objeto das deliberações⁶. A formação original do CPC, também estabelecida pelo Decreto nº 81.240, de 1978, foi a seguinte:

“Art. 16. O CPC compor-se-á dos seguintes membros:

I – Ministro da Previdência e Assistência Social, na função de presidente;

II – Secretário de Previdência Complementar;

III – representante do Ministério do Trabalho;

IV – representante do Ministério da Fazenda;

V – representante do Ministério da Indústria e do Comércio;

VI – dois representantes do Órgão de atuária e estatística do MPAS;

(...)

VIII – dois representantes de entidades fechadas de previdência privada e respectivos suplentes, nomeados pelo Presidente da República, com mandato de 2 (dois) anos, podendo ser reconduzidos”.

Os representantes dos ministérios indicados nos incisos III, IV, V e VI eram designados pelo respectivo Ministro de Estado. Percebe-se, ainda, que foi uma estrutura extremamente insulada, sem acesso aos demais atores envolvidos no mercado de previdência complementar, tais como os patrocinadores, os participantes e os fundos de pensão.

Interessante observar que a primeira alteração na composição do CPC ocorreu após quatorze anos, reflexo da inexpressividade da atuação dos governos no período compreendido entre o final do período militar e durante a Nova República. O primeiro movimento de mudança representou a instalação dos mecanismos de participação corporativa no processo decisório, não apenas com a inclusão de representantes dos segmentos externos ao governo, mas com participação majoritária no órgão colegiado, renomeado Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC).

A importância desse vínculo no CGPC residiu no fato de que, por meio desse órgão colegiado, podia-se influenciar distintos segmentos e estágios do processo decisório de políticas e disposições normativas. Para os dirigentes e burocratas do governo, o vínculo serviu para obter informações, legitimação, aquiescência ou mesmo um certo grau de subordinação. Observa-se, assim, o surgimento de uma espécie de dualismo de interesses na arena de debates do CGPC, em

que, formalmente, todos contribuíam para a higidez do mercado de fundos de pensão, mas, na realidade, competia-se pela obtenção de vantagens⁷.

Por sua parte, a SPC somente veio a se tornar um órgão mais atuante a partir de 1994, principalmente com o impulso oferecido ao Sistema pela maior estabilidade de preços e devido ao processo de investigação (e, de certa forma, de avaliação) realizado pela CPI dos Fundos de Pensão, realizada ao longo do ano de 2003. Iniciou-se um movimento de organização administrativa daquela Secretaria, destacando-se ações de supervisão, autorizações e formação de uma base de informações públicas. Ainda assim, a estrutura da SPC sempre foi muito débil em face das responsabilidades assumidas. O não-aparelhamento desse órgão pode ser considerado como um forte indício de temor de custos de transação advindos da perda de poder político de alguns segmentos do governo, bem como de necessidade de melhoria na governança dos fundos de pensão, na iminência de um melhor aparelhamento da supervisão do Estado.

Pode-se constatar essa realidade ao observar o órgão executivo das entidades abertas de previdência, a Susep. Tomando por base o panorama entre os anos de 1999 e 2001, época da discussão do projeto de lei, esse órgão supervisionou instituições que reuniam cerca de R\$ 18 bilhões de ativos, contando com aproximadamente 200 funcionários. A SPC, que supervisionou um segmento de entidades que reunia ativos de aproximadamente R\$ 144 bilhões, possuía cerca de 80 funcionários, todos cedidos por outros órgãos do governo, ou seja, sem quadro próprio.

Assim, dois problemas se evidenciam desse contexto:

a) a defesa do processo democrático no processo decisório que regula o mercado operado pelos fundos de pensão, o que remete a questões como delegação de poderes, os limites sobre a questão da legitimidade e a transparência;

b) a necessidade de o governo buscar maior qualidade em sua organização, de forma a melhor dispor sobre as questões normativas e exercer a fiscalização com autonomia.

Portanto, dada a imensa variedade de interesses despertados, bem como o grande volume de recursos envolvidos, uma reformulação dos dispositivos da Lei nº 6.435, de 1977, no que tange aos aspectos da regulamentação do setor de fundos de pensão, tornou-se cada vez mais imperiosa.

A cada momento histórico e político, surgem novas formas de gestão pública que se adaptam à moldura jurídica e, ao mesmo tempo, provocam sobre esses movimentos de mudança. Nesse sentido, em um processo contínuo de aperfeiçoamento das instituições democráticas, a idéia renovadora da implantação de uma agência autônoma que pudesse reunir atribuições reguladoras e fiscalizadoras surgiu como inspiração para uma possível mudança institucional para o setor de previdência privada, na medida em que, em vários outros casos, significou ganhos de credibilidade e independência.

5. Construção argumentativa do Governo e demais grupos de interesse

Antes de iniciar o estudo dos argumentos que fundamentaram o projeto de lei, propõe-se uma breve discussão acerca do uso de técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão a teses que são apresentadas para qualquer assentimento (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1996).

Parte-se do pressuposto de que não há possibilidade de adotar solução puramente racional para todos os problemas, em particular aqueles que envolvam um juízo de valor, o que conduz, naturalmente, à busca de uma racionalidade ética, de uma lógica específica para os valores.

Considera-se que a lógica da argumentação é decididamente uma lógica dos valores, uma lógica do razoável, do preferível. Mas a maior parte dos usos da linguagem

não reúne a unanimidade exigida, por exemplo, uma lógica do tipo matemático, particularmente nos campos de atuação em que ocorre controvérsia de opiniões (a política, por exemplo), nos quais se recorre a técnicas argumentativas.

Interpretando Perelman, Meyers (1993) propõe a seguinte idéia:

“O racional e o razoável constituem o domínio da razão da maneira como se deseja conceber atualmente. Por que fazer referência ao razoável quando se trata de Racionalismo argumentativo não-demonstrativo? Pura e simplesmente porque a conclusão, nada tendo de constringente ou de necessário na lógica argumentativa, só se impõe como tal diante de valores, de lugares comuns para os protagonistas, os quais são levados a adotá-la com base nestes pressupostos. A conclusão de uma argumentação não-formal resulta de uma escolha que sempre pode ser discutida e contestada, que pode impor-se definitivamente porque, no âmbito da sociedade e dada a herança compartilhada entre o enunciador e o auditório, é razoável uma conclusão em vez de outra. Seria racional se pudéssemos concluir “somente” isto em vez daquilo. Mas todos sabemos, pelas discussões às quais nos entregamos todos os dias no nosso trabalho ou alhures, que as conclusões que queremos ver adotadas nada têm de inevitável, e que elas podem gerar convicção baseando-se, unicamente, em seu caráter razoável”.

Nesse sentido, a retórica é utilizada como instrumento para se chegar a um acordo sobre valores e sua aplicação sem abandonar o campo da razão, mas ao mesmo tempo transcendendo as categorias da lógica formal (PERELMAN, 2004).

De acordo com essa perspectiva, a noção de “acordo” retomada pela retórica torna-se necessária nos casos em que, segundo Perelman (2004, p. 137),

“faltam ou são insuficientes os meios de prova e, sobretudo, quando o objeto do debate não é a verdade de uma proposição, mas sim o valor de uma decisão, de uma opção ou de uma ação, consideradas como justas, equitativas, razoáveis, honrosas ou conforme o direito”.

O conceito de acordo ainda pode ser desdobrado na noção de acordo prévio. Acordos prévios são determinadas proposições incontroversas que já se encontram aceitas pelo auditório antes do início do discurso. Sobre essas proposições o “orador” poderá basear seu discurso, procurando transferir a adesão do auditório⁸ em relação aos acordos prévios para a tese que apresenta.

Usando a retórica para um auditório genérico, ou seja, sem a concentração de especialistas, a retórica exerce a persuasão por meio de um discurso de linguagem comum, ou de uma linguagem comum adaptada conforme as circunstâncias, e não de uma linguagem técnica ou especializada.

Assim, é interessante notar que o Congresso Nacional, pelo fato de reunir pessoas de diversas origens, não necessariamente constitui um setor específico, mas, na acepção original, atua como um conjunto representativo da população. Entretanto é necessário destacar que, para o sucesso da argumentação, quanto melhor se conhece o auditório, maior é o número de acordos prévios que se tem à disposição, e, portanto, melhor fundamentada ela será.

Conclui-se, portanto, que a retórica não se limita a transmitir noções neutras e puras, mas tem sempre em vista um determinado comportamento concreto resultante da persuasão por ela exercida, já que se propõe a modificar não só as convicções, mas também as atitudes.

5.1. Análise do discurso no processo legislativo

O processo político envolve a habilidade de obter adesões, dentro de um ativo processo de interação em torno de princípios e opiniões, para a consecução de políticas e

programas públicos (SCHMIDT, 2002). A argumentação e a utilização da retórica para o convencimento dos diversos auditórios são processadas por meio do discurso, expressão essa que não se restringe ao pronunciamento de parlamentares, mas inclui todos os instrumentos que, diretamente ou indiretamente, transmitem idéias.

Portanto, são também veículos de discurso as plataformas partidárias, pronunciamentos e comunicações do governo, manifestações da oposição, debates públicos (aí incluídas as audiências públicas organizadas pelo Congresso Nacional), comentários da mídia, entre outros.

O discurso pode, às vezes, exercer o papel determinante sobre uma mudança de política, servindo de instrumento para superar obstáculos institucionais e favorecer o caminho para novas perspectivas também de cunho institucional, as quais, comumente, são consolidadas por meio de reformas legislativas.

Como veículo de conjunção de idéias, o discurso exerce a função de tornar evidente que a reforma proposta não é apenas necessária, oferecendo razoabilidade para a nova iniciativa de política. Porém, freqüentemente o discurso pode ser apenas mera reprodução de uma mudança de política, reflexo dos interesses dos atores políticos relevantes e uma expressão de *path dependence*⁹. Nesse caso, deixa de ser retórico.

Seu efeito pode ser mais ou menos significativo, dependendo das instituições e dos contextos envolvidos em cada reforma. Assim, a força do discurso pode ser verificada pelo modo como ele é construído e focado.

Nessa perspectiva, entende-se importante uma análise dos textos e das opiniões registradas relativamente ao projeto de lei tratado neste estudo, observando-se a organização interna dos enunciados e as características textuais. Por uma perspectiva crítica, a análise considerará esses documentos como produtos acabados, resultados de uma série de decisões tomadas pelo autor cons-

ciente e inconscientemente. De acordo com Fernandez & Pessalli (2003, p. 209):

“(...) a retórica fornece instrumentos úteis de interpretação. Ler de uma perspectiva retórica significa um esforço em sublinhar como o autor tenta alcançar suas metas de persuasão dados os limites que deve enfrentar e dado seu contexto social e intelectual”.

Portanto, na interpretação do discurso, será observada a retórica utilizada, partindo-se do pressuposto de que o texto produzido é um produto estratégico das decisões governamentais.

Não se pode deixar de ressaltar que o discurso produzido pela manifestação de convidados em audiências públicas também possui características semelhantes à construção discursiva do governo, porém sem a riqueza de artifícios textuais que podem assumir múltiplas características para atender múltiplos auditórios. A manifestação no campo das idéias realizada nas audiências públicas é um mecanismo de influência de grupos de interesse e, portanto, mais nítida e focada para a consecução do objetivo específico de persuadir parlamentares de uma determinada comissão temática.

Por meio dessa verificação, será possível perscrutar o pensamento do governo e dos demais atores envolvidos, bem como os mecanismos argumentativos para conseguir a adesão dos parlamentares. É importante salientar que os raciocínios não apenas se cingem ao Congresso Nacional, mas normalmente procuram disseminar-se pelos diversos mecanismos de comunicação, principalmente a imprensa, de maneira a tornar seu discurso não apenas racional, mas também persuasivo.

Por fim, cumpre destacar que a avaliação discursiva pode revelar uma excelente técnica para entendermos os custos de transação embutidos em qualquer tentativa de reforma.

5.2. Exposição de motivos

Para verificar a retórica utilizada pelo governo para atrair adesões dos parlamen-

tares, serão avaliadas as idéias contidas na Exposição de Motivos (EM) nº 28, de 15 de março de 1999, anexa ao projeto registrado como PLC 10/1999. As exposições de motivos, como veículos de discurso, ao contrário do senso comum, não constituem meras formalidades para o encaminhamento de proposições, mas, sim, ricos instrumentos de pesquisa para investigar minuciosamente os elementos de retórica empregados pelo governo.

Na exposição de motivos, ficam claros vários aspectos que fazem referência específica à motivação do projeto, aos objetivos da lei e às conseqüências desejáveis das proposições.

“3. *Como extensão lógica da Reforma da Previdência, que busca ajustar-se a princípios de maior justiça, transferindo aos grupos mais privilegiados da sociedade maior responsabilidade em prover seus próprios meios nos casos de sobrevivência, invalidez e morte, decorre a necessidade de uma revisão do quadro regulatório do regime de previdência complementar vigente em nosso País, a fim de conferir-lhe maior credibilidade, profissionalismo, transparência e, principalmente, estabilidade de regras*” (grifamos).

O primeiro trecho destacado revela a gênese da iniciativa do governo, buscando estabelecer uma nítida desvinculação entre a reforma da previdência privada e as reformas do Regime Geral de Previdência Social e da aposentadoria do serviço público. O argumento utilizado é a idéia de ajuste aos “princípios de maior justiça” com base na maior independência e condição financeira do segmento social mais privilegiado. A mensagem é a de que o Estado não tem obrigação de garantir a renda de aposentadoria das faixas de maior renda da população, cabendo tão-somente a elas essa responsabilidade.

Além disso, definem-se como princípios desejáveis ao quadro normativo a credibilidade, o profissionalismo, a transparência e,

principalmente, a estabilidade de regras. São elementos que devem ser observados para reduzir os custos de transação que envolvem todas as atividades dos fundos de pensão, pois oferecem a mínima segurança para que os agentes privados (participantes e empresas) possam inserir-se no mercado de fundos de pensão, dado o aspecto intertemporal de suas decisões.

“4. Além da necessária estabilidade nas regras, uma vez que a previdência complementar trabalha com compromissos intergeracionais, a presente proposta de lei complementar busca *dotar o regime de flexibilidade*, evitando o atual “engessamento” de regras num diploma legal desta envergadura, de forma que possamos *estabelecer as condições para uma expansão sustentada da poupança coletiva*. Desse modo, estarão estabelecidas as *condições para a modernização do regime de previdência complementar*, com seus reflexos positivos em relação ao *aumento da poupança agregada*, bem como pelo *estímulo aos investimentos que demandam financiamentos de médio e longo prazos* e sua relevante contribuição para a melhoria do *nível de emprego*” (grifamos).

No item 4, começam a ficar evidentes aspectos vinculados ao propósito do projeto e às conseqüências desejáveis para sua aprovação. Como objetivo, ressalta-se a flexibilidade do regime de previdência complementar, de maneira a expandir a “poupança coletiva” com sustentabilidade. Como conseqüências desejáveis, o governo cita, baseado na modernização do regime de previdência complementar, a expansão da poupança agregada e o estímulo a investimentos de longa maturação, inferindo-se como aqueles que, entre outros aspectos, podem favorecer a melhoria do nível de emprego.

Pode-se observar que os argumentos do governo começam a ser alinhados a um “discurso econômico”¹⁰. Com a flexibilidade e a modernização, busca-se o aumento da poupança coletiva, a qual, no final de todo um

processo, repercutirá na elevação dos investimentos produtivos e no aumento do emprego, por meio da poupança agregada.

A construção dessa idéia favorece a adesão dos parlamentares, na medida em que os temas do emprego e do investimento produtivo, adjacentes às temáticas do crescimento econômico e do desenvolvimento social, têm um apelo político acentuado, pois leva em conta o impacto distributivo de políticas públicas, bem como a visibilidade do benefício líquido dessas políticas nos respectivos redutos eleitorais (MONTEIRO, 2004).

Vale também ressaltar que o tema do crescimento econômico vem ganhando cada vez mais relevo no debate econômico brasileiro, tendo em vista que a estabilidade, patrocinada por forte contingenciamento fiscal e por mecanismos como taxas de câmbio (em um primeiro momento) e taxas de juros (a partir da introdução do modelo de metas de inflação administrado pelo Banco Central), tem provocado tímidos percentuais de crescimento do PIB. Assim, desde a implementação dessas políticas, buscam-se alternativas que privilegiem a elevação do produto, o que remete facilmente à ligação entre fundos de pensão e seus recursos financeiros.

Na medida em que essa idéia é dominante, qualquer política pública que tenha por meta colaborar com os mecanismos de mercado, seja previdenciário ou financeiro, afasta-se da condição de política pública geradora de interferência nociva em processos benéficos de equilíbrio. Assim, o assunto previdência privada obtém “licença” para fazer parte das discussões de ordem econômica, tendendo, obviamente, a se sobressair em relação aos demais.

Isso também pode ser explicado pelo significativo número de atores envolvidos indiretamente no assunto previdenciário, entre os quais as instituições financeiras e as companhias (S.A.). As primeiras, como ofertantes de serviços e as outras, como veículos de investimento/retorno. Esses dois grupos, que para fins de simplificação chamaremos mercado financeiro, constituem um

auditório especializado e com poder de influência significativo sobre as demais platóias. Daí a preocupação pela conciliação com o discurso econômico, de forma a chamar a atenção de mais de um auditório.

“5. Para a concretização da referida expansão, é necessário prover o Estado dos meios suficientes para assegurar a eficácia do regime. Nesse contexto, ‘eficácia’ é tratada como um conceito amplo que serve de teto a seis pilares: (i) flexibilidade de criação e organização de planos e de entidades de previdência complementar, visando à expansão do regime de previdência complementar; (ii) credibilidade do regime de previdência complementar; (iii) incremento da profissionalização dos gestores das entidades de previdência complementar; (iv) transparência junto aos participantes; (v) prudência na gestão de ativos; e (vi) *fortalecimento da capacidade de regulação e fiscalização do Estado*” (grifamos).

Nesse quinto trecho, a expansão da poupança coletiva fica estritamente vinculada à eficácia do regime. Por sua vez, a eficácia deve ser garantida pelo Estado, que terá por instrumentos necessários seis pilares. É interessante notar que os itens *i, iii, iv e v* não são, na verdade, instrumentos do Estado, mas conseqüências desejáveis da sua intervenção, por meio de sua ação regulamentadora e/ou fiscalizadora, ou seja, do item *vi*.

O item *ii*, a credibilidade do regime, ao que parece, mereceria estar ao lado da eficácia para garantir a expansão do próprio regime. Não obstante, pode ser elemento de reforço para o que parece ser a principal idéia do parágrafo, o item *vi*, a necessidade de fortalecimento da capacidade de regulação e fiscalização do Estado. Se essa atuação for efetiva, ao mesmo tempo em que construirá sua credibilidade institucional, colaborará também para a credibilidade do sistema como um todo. O equívoco de construção do argumento deste parágrafo parece ser corrigido no seguinte. Vejamos:

“6. A maior *credibilidade* do regime de previdência complementar *institucionalizará e consolidará uma modalidade de poupança interna pouco explorada em nosso País* – a de perfil de longo prazo –, o que facilitará a *redução do grau extremo de dependência de capitais externos e voláteis* a que nações que ainda não atingiram o nível pleno de desenvolvimento estão sujeitas. Para essa *consolidação da poupança de longo prazo*, a credibilidade é irmã da *transparência da gestão e do pleno acesso de informações aos participantes* de entidades de previdência complementar. Por essa razão, *esses são outros dois objetivos colimados com o presente projeto*” (grifamos).

Esse sexto parágrafo é extremamente revelador, pois reforça idéias inicialmente tratadas nos parágrafos anteriores.

Como dissemos, a credibilidade foi colocada no seu devido lugar, pois colaborará para a expansão da poupança coletiva. Observa-se, contudo, que a ênfase deixa de ser essa poupança coletiva, passando a ser a “poupança interna de longo prazo”. Devemos observar que, tratando-se de expansão do sistema, poupança coletiva oferece condições para poupança agregada, que, por sua vez, pode assumir contornos de poupança de longo prazo. Nesse caso, somente com credibilidade se consegue criar ambiente para esse tipo de poupança.

Novamente, nota-se a farta utilização do discurso econômico, argumentando-se que a formação de poupança de longo prazo reduz a necessidade de capitais externos e voláteis para fecharmos as contas do balanço de pagamentos brasileiro.

Além do mais, dois outros objetivos do projeto de lei são: transparência da gestão e pleno acesso de informações aos participantes. Nesse sentido, começamos a verificar que o discurso do governo é entrecortado por múltiplos objetivos e conseqüências desejáveis, de forma que salta aos olhos do auditório o aspecto da relevância da matéria. Mais adiante comentaremos.

“7. As entidades de previdência privada, especialmente as fechadas, poderão tornar-se, *sob eficaz regulação e atenta fiscalização, atores estratégicos no financiamento doméstico de investimentos de longo prazo* e de grande porte, destacadamente *nas áreas de infra-estrutura e no setor moderno de serviços*. Espera-se, dessa forma, relevantes impactos multiplicadores sobre a retomada do *crescimento econômico e sobre o nível de emprego em várias regiões do País*, consolidando seu processo de desenvolvimento humano e de integração físico-econômica” (grifamos).

Outro aspecto interessante no discurso é a circularidade dos argumentos, utilizando-se de outros termos ou denominações para tratar dos mesmos temas, tal como podemos observar no último item sétimo. Observamos a importância de três idéias já mencionadas:

I – ação do Estado: *sob eficaz regulação e atenta fiscalização*;

II – formação de poupança de longo prazo: *atores estratégicos no financiamento doméstico de investimentos de longo prazo (...) nas áreas de infra-estrutura e no setor moderno de serviços*;

III – como consequência do item anterior, impacto positivo sobre o crescimento econômico e o nível de emprego.

“8. Outro aspecto a ser considerado é a *expansão prevista dos ativos financeiros* das entidades de previdência que contribuirá para o *desenvolvimento e aperfeiçoamento do mercado brasileiro de capitais*, diversificando o espectro de produtos financeiros existentes e aprofundando a profissionalização dos recursos humanos das instituições financeiras aqui sediadas. Cabe mencionar que instituições e mercados financeiros amplamente desenvolvidos constituem-se em *condição indispensável para atrair e reter poupança externa em bases duradouras*” (grifamos).

O parágrafo oitavo é dedicado à defesa da tese de que os recursos dos fundos de pensão propiciam elevação dos ativos fi-

nanceiros, o que representaria fator dinamizador dos mercados financeiro e de capitais. Outro aspecto interessante desse parágrafo é a menção de que sistema financeiro forte atrai capitais externos com bases duradouras, fazendo um contraponto à defesa contra a dependência dos “capitais externos voláteis”. Essa idéia salienta o conceito de poupança agregada, que representa a soma das poupanças interna e externa, as quais repercutem sobre os investimentos.

“10. Convém que façamos uma breve contextualização da situação da previdência complementar em nosso País e no exterior. Apenas em relação às entidades fechadas, existem 353 fundos de pensão, com ativos da ordem de 10% do Produto Interno Bruto e um total de 6.408.373 beneficiários, entre participantes e dependentes. Em países onde a previdência complementar já está desenvolvida e consolidada, esse percentual em relação ao PIB é expressivamente superior. Para se ter idéia, os ativos das entidades de previdência complementar alcançam o valor de 120% do PIB na Holanda, 100% na Suíça, 78% nos Estados Unidos e 40% no Japão. Se considerarmos, também, o potencial das entidades abertas, comparando com a experiência internacional, podemos concluir com segurança que *a capacidade de crescimento da previdência complementar no Brasil é significativa, bem como suas externalidades positivas nas áreas social e econômica*” (grifamos).

Do ponto de vista da retórica, os argumentos que fazem uso de experiências internacionais trazem ao discurso uma boa dose de legitimidade, especialmente quando as boas práticas são oriundas de países desenvolvidos. Assim, o “transporte de perspectiva”, sem ressaltar aspectos institucionais também relevantes para a construção das experiências de cada um dos países citados, acaba tendo igualmente um efeito poderoso sobre o auditório.

“11. Cabe observar, em relação à população beneficiada pelo regime de previdência complementar, que ainda existem outros 48 milhões de brasileiros integrantes da População Economicamente Ativa – PEA, que não estão vinculados a nenhum sistema fechado de poupança previdenciária e se constituem, portanto, numa população alvo para a previdência complementar. Segundo dados da última Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios – PNAD, elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, pelo menos 3 milhões de pessoas integrantes da PEA têm altas faixas salariais e bons níveis de qualificação profissional, constituindo-se em participantes potenciais da previdência complementar” (grifamos).

Os argumentos do tipo quantitativo são extremamente úteis para demonstrar logicamente a sua robustez, assim como para impressionar o auditório, principalmente no que concerne à coerência com a idéia do item 10. Entretanto, uma leitura mais atenta pode acusar debilidade da informação utilizada.

Infere-se que 48 milhões de pessoas não vinculadas a fundos de previdência privada são alvo do sistema após a modernização. Com o intento de tornar esse argumento não falacioso (pois nem todas essas pessoas possuem renda suficiente para contratar um plano de benefício), usa-se a informação de que 3 milhões de trabalhadores com faixa salarial elevada seriam participantes potenciais da previdência complementar. Entretanto, o erro da informação reside no fato de que esses 3 milhões de pessoas já possam integrar um plano de benefícios de algum fundo de pensão ou mesmo ter integrado plano privado de uma seguradora ou entidade de previdência aberta. O detalhe fundamental da informação é, pois, que ela se refere à totalidade da PEA, e não à parcela dos 48 milhões inicialmente citados.

Na defesa da idéia do instituidor, o governo sempre se preocupou em informar de ma-

neira contundente sobre as vantagens dessa proposta, sendo, em muitas oportunidades, excessivamente otimista em suas projeções¹¹.

“16. *Inspirada em experiências bem sucedidas em países da União Européia e nos Estados Unidos*, outra inovação deste projeto é a criação da figura do instituidor, como forma de constituição de entidades fechadas de previdência complementar. Trata-se de possibilitar a pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, a opção de instituir para seus associados ou membros uma entidade fechada de previdência complementar, além de contribuir para a expansão do regime. O instituidor democratizará o acesso de expressiva parcela da população à previdência complementar, antes restrito aos empregados de uma empresa, chamada patrocinadora” (grifamos).

Iniciando a apresentação das inovações mais significativas do projeto de lei, nesse parágrafo expõe-se a noção da figura do instituidor. Duas idéias fundamentais são oferecidas: o argumento de reforço sobre as experiências internacionais, que traz legitimidade à proposta, e a exposição do efeito desejável, qual seja democratizar o acesso aos planos de fundos de pensão, antes restrito apenas aos empregados de empresas.

Uma leitura mais atenta, contudo, expõe a retórica da indução, pois o enunciado “democratizará o acesso de expressiva parcela da população à previdência complementar” eleva ao *status* de certeza o que é uma mera possibilidade. Isso se justifica pelo fato de que o acesso à previdência complementar ocorre por facilidades legais, mas servindo-se de um requisito primordial, que é a renda. O próprio discurso se choca com a idéia defendida pelo parágrafo 11.

O que, sem dúvida, não se pode negar é que o acréscimo pode ser significativo, desde que comparativamente analisado com a situação anterior à mudança institucional.

“18. A modernização do regime de previdência complementar passa, ne-

cessariamente, pelo caminho da *flexibilização, ao reconhecermos a dinâmica do mercado de trabalho* no Brasil, introduzimos a figura da portabilidade, que se constitui na possibilidade de o participante de uma entidade de previdência complementar, em razão do término de seu vínculo com o patrocinador ou instituidor, transferir sua poupança acumulada para o plano de benefícios de outra entidade. Assim, a portabilidade não caracterizará resgate de poupança e sua conversão em liquidez, mas tão-somente uma transferência interinstitucional de ativos, *evitando que haja perdas súbitas de solvência no regime de previdência complementar*” (grifamos).

Nesse parágrafo, são apresentados os institutos da portabilidade e do benefício proporcional diferido, sendo neles utilizadas as idéias de consenso entre especialistas e o mercado.

É interessante notar que, em cada trecho explicativo, foi introduzida uma idéia que chamaremos de “cláusula de segurança”, consubstanciada nas declarações “evitando que haja perdas súbitas de solvência no regime” e “garantido o equilíbrio e a solvência do regime”. Por esses enunciados, nota-se a necessidade de garantir ao auditório que não haverá riscos para os fundos de pensão, participantes e patrocinadoras, conferindo às propostas a certeza de sua funcionalidade.

“25. O regime de previdência complementar funciona basicamente como instrumento de *poupança de longo prazo*. Esse tipo de poupança é socialmente mais desejável, do ponto de vista da *promoção do desenvolvimento econômico*, do que a poupança de curto prazo. Dessa forma, estabelecemos que sobre as contribuições aportadas para as entidades de previdência complementar não incide tributação, sendo o pagamento de resgate e dos respectivos benefícios sujeitos à incidência de imposto sobre a renda” (grifamos).

Apesar de a parte do projeto de lei que trata da mudança do regime tributário não ser objeto deste estudo, esse parágrafo foi selecionado com a intenção de destacarmos a relevância do argumento de que “a previdência complementar é instrumento de poupança de longo prazo” e da promoção do desenvolvimento econômico.

Percebe-se que a superveniência desse argumento confirma o uso da retórica para inserir a matéria do projeto de lei no seio do debate econômico. Processo semelhante pode ser encontrado quanto à abordagem dada ao tema previdência social durante o processo de reforma, o qual foi desalojado do contexto mais amplo dos atendimentos sociais e encaixado como um dos pilares para o ajuste fiscal, mesmo levando-se em consideração a ausência de um novo regime constitucional (MONTEIRO, 2004).

Todavia, enquanto a estimativa de ganhos potenciais relativamente à redução dos gastos constituiu-se em ingrediente central da retórica da mudança (MELO, 2002), a nova disciplina do funcionamento dos fundos de pensão, da maneira como foi defendida, sempre foi tida como uma alternativa à falta de recursos estatais, e não como um remédio para o ajuste fiscal.

“26. Em consonância com a Reforma Administrativa implementada por Vossa Excelência, *propomos o reforço do órgão regulador e fiscalizador das entidades de previdência complementar, a exemplo do que já implementado nas áreas de telecomunicações, energia elétrica, petróleo e vigilância sanitária*. Assim, entre outras atribuições, caberá ao mencionado órgão estabelecer padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial para preservação da liquidez e da solvência dos planos de benefícios e das respectivas entidades, fixar critérios e normas para constituição de reservas técnicas, exigir a clareza, completude e fidedignidade de demonstrações financeiras e avaliações atuariais, inclusive com

abertura e justificativa das premissas e cálculos destas últimas, e definir condições que assegurem transparência, acesso a informações e fornecimento de dados dos citados planos” (grifamos).

A exposição não deixa dúvidas: propõe como novo agente de atuação estatal o órgão regulador e fiscalizador, ou, pelo entendimento comum, uma agência reguladora. Sugere-se, então, o término da estrutura dual até então existente, coexistindo, em um único órgão, o papel exercido pela administração direta como agente fiscalizador, a SPC, e um colegiado como órgão regulador, o CGPC.

De maneira geral, o governo, ao assumir a postura “progressista” na defesa dessa reforma, sentiu que não bastava argumentar a favor dela simplesmente com base na flexibilidade, credibilidade, profissionalismo, transparência e, principalmente, na estabilidade de regras. Para maior efeito retórico, alegou-se que a política era imperativa para manter à distância qualquer possibilidade de trava no crescimento da poupança interna e, em decorrência, no crescimento econômico. Veremos mais adiante que esse mecanismo argumentativo apresenta um curto alcance.

5.3. Audiências públicas

A audiência pública é um instrumento de apoio ao processo decisório que visa oferecer espaço para a manifestação da sociedade civil. É normalmente instalada quando a proposição interfere diretamente em interesses de vários atores sociais. Com isso, busca-se melhorar a comunicação com a sociedade, sob o entendimento de que a transparência é um dos princípios fundamentais para se alcançar a credibilidade, tão necessária para o cumprimento da missão constitucional do Poder Legislativo.

Especificamente falando sobre a tramitação do PLC 10/99, vários grupos foram convidados a colaborar no debate: fundos de pensão, órgãos representativos, associações de classe, sindicatos, bem como autoridades do governo, e todos puderam defen-

der seus argumentos. As audiências ocorreram na Câmara dos Deputados, em um total de doze reuniões, ao longo das quais os assuntos pertinentes às entidades abertas, obviamente, também foram objeto de discussão.

A seguir, resumiremos os argumentos oferecidos por cada grupo de participantes, e, por meio deles, avaliaremos sua postura perante o projeto, especialmente no que concerne ao(s) órgão(s) fiscalizador e regulador.

Representantes de fundos de pensão que participaram das discussões com relação ao estabelecimento de um órgão regulador e fiscalizador defenderam a continuidade da separação de tarefas, ou seja, a diferenciação entre os órgãos.

As associações convidadas foram a ABRAPP, a APEP, a Associação Nacional de Previdência Privada (ANAPP) e o Sindicato das Entidades de Previdência Fechada (SINDAP). Os mencionados órgãos representativos defenderam a continuidade da separação de tarefas, ou seja, a diferenciação entre os órgãos.

Os sindicatos de trabalhadores que contribuíram na audiência pública foram a Confederação Geral do Trabalhadores (CGT), Força Sindical e Central Única dos Trabalhadores (CUT). A única que pareceu ter melhor conhecimento do mercado dos fundos de pensão foi a CUT. Essa central sindical defendeu que a atividade de fiscalização do setor deve ficar a cargo do Ministério da Previdência.

No entanto, de maneira inusitada, a CUT declarou preocupação com o fato de o Ministério da Fazenda estar interessado em ser o órgão fiscalizador ou controlador dos fundos de pensão¹², bem como em relação à regulamentação do art. 5º do projeto de lei (que define o órgão regulador e fiscalizador). Tal informação aparentemente soa de maneira estranha, pois nunca houve pronunciamento oficial nesse sentido. Contudo, pode ser fruto de uma informação privilegiada ou a percepção de um conflito interburocrático entre os Ministérios da Fazenda e da Previdência Social.

A entidade de classe vinculada ao mercado de previdência complementar que foi convidada a participar das audiências públicas foi o Instituto Brasileiro de Atuária (IBA), sociedade civil, sem fins lucrativos, que exerce o papel de disciplinamento técnico e da atuação profissional dos atuários¹³. Antes de observar as opiniões manifestadas por esse instituto, é relevante pontuarmos aspectos específicos que envolvem sua atuação.

O IBA tem como base de associação especialistas ainda raros no Brasil, os atuários, o que lhe garante um poder de influência considerável sobre qualquer política (inclusive pública) que envolva parâmetros de natureza atuarial em diversos tipos de entidades, principalmente fundos de pensão, seguradoras, entidades abertas de previdência e empresas de capitalização.

Dada a natureza do funcionamento dessas entidades, existem algumas atribuições que somente podem ser realizadas pelos profissionais de atuária, entre elas a elaboração das bases técnicas dos planos. Além disso, possui responsabilidade legal sobre as demonstrações contábeis e atuariais de instituições de previdência, seguro e capitalização. É um processo semelhante à prerrogativa dos contadores sobre o balanço das empresas.

A ascendência política do IBA foi significativa, apresentando grande influência na esfera de decisões governamentais para os mercados de previdência privada, principalmente no âmbito do CGPC¹⁴. Portanto, dada a especificidade do IBA, seu discurso é caracterizado como de autoridade, tal como explica Bourdieu (1991):

“A especificidade do discurso de autoridade (curso, sermão etc.) reside no fato de que não basta que ele seja compreendido (em alguns casos, ele pode inclusive não ser compreendido sem perder seu poder), é preciso que ele seja reconhecido enquanto tal para que possa exercer seu efeito próprio”.

Na audiência pública de que participou, o representante do IBA iniciou sua palestra

destacando que somente a atuária poderá garantir a exequibilidade da previdência, seja ela básica ou complementar. Sua intervenção centrou-se mais em aspectos técnicos do texto, mas não se absteve de defender que o órgão regulador deve ser separado do fiscalizador.

As opiniões manifestadas pelo instituto são reveladoras, na medida em que põem em foco o problema do jogo de interesses cuja arena é o CGPC. A propósito, outros representantes do CGPC como a ABRAPP e, posteriormente, a APEP também apresentaram alguns argumentos divergentes das propostas governamentais, elevando-se, assim, as chances de conflitos e dificuldades na oportunidade da regulamentação da Lei Complementar nº 109, de 2001, relativamente ao efetivo funcionamento dos novos institutos.

Parece-nos interessante, também, ressaltar fato singular ocorrido nas audiências públicas que foram mais direcionadas aos dispositivos referentes às entidades abertas de previdência e seguradoras. Falava, na oportunidade, o Superintendente da Susep, o qual, ao final de sua exposição, manifestou-se contrário à figura do instituidor, alegando esse ser um controlador com baixo compromisso de resultado, diferenciando-se do patrocinador pelo fato de não carregar o risco, o que, no seu entendimento, prejudica a governança das instituições.

Tal afirmação deixa entrever que as equipes do governo não estavam em plena sintonia, o que corrobora a tese de que o projeto de lei foi fruto de trabalhos de concepções diferenciadas em relação aos mercados de previdência privada, desvelando certo conflito interburocrático.

Os participantes da audiência pública não manifestaram posições radicalmente contrárias à proposta, contudo também não demonstraram apoio irrestrito. De maneira geral, as opiniões se mantiveram em uma posição intermediária, apoiando ou recusando certos dispositivos. Tal postura revela, ainda, certa insegurança em relação a

mudanças, as quais poderiam interferir em pontos de atuação já consagrados dentro do segmento. Entretanto, nenhum agente apresentou manifestação contrária às diretrizes defendidas pelo governo (novamente, flexibilidade, credibilidade, etc). Daí, a postura dúbia e, em vários sentidos, conservadora.

5.4. Comparação entre os discursos: governo x demais agentes

Os diferentes pontos de vista expressos pelo governo e pelos demais agentes de certa forma refletem o debate entre tendências progressistas e conservadoras, sem necessariamente caracterizar tais posições de maneira maniqueísta, mas, simplesmente, do ponto de vista da origem e das consequências das mudanças propostas.

A linha progressista do governo segue o raciocínio da “reforma em continuação”, ou seja, que os avanços conseguidos com a Lei nº 6.435, de 1977, devem ter continuidade, mas por meio de um instrumento mais moderno, adequado às contingências modernas. Além disso, existe grande respaldo oferecido pelas experiências internacionais bem-sucedidas e firmemente defendidas por organismos multilaterais (BID, FMI, etc).

A linha conservadora dos agentes pode ser notada (i) pela resistência da obrigatoriedade e da formatação técnica envolvendo os institutos da portabilidade e do BPD; (ii) pelo temor da revogação da Lei nº 6.435, de 1977; (iii) pela união das atividades reguladoras e fiscalizadoras exercidas pelo governo; (iv) pelas dúvidas e receios gerados pela figura do instituidor; e, finalmente, (v) pela defesa contundente da legislação em vigor, em especial as exposições de algumas centrais sindicais.

Sobre esse debate de idéias, Hirschman (1992) ofereceu valiosa contribuição quando tratou de mapear a retórica conservadora em vários acontecimentos da história, chamando o conjunto de argumentos conservadores de “retórica da intransigência”. Entre as teses conservadoras elencadas por Hirschman, uma delas chama atenção pela

similaridade em relação à postura conservadora assumida pelos agentes: a tese da ameaça.

Segundo Hirschman (1992, p. 73), a tese da ameaça:

“(…) assevera que a mudança proposta, ainda que talvez desejável em si, acarreta custos ou conseqüências inaceitáveis de um ou outro tipo”.

O autor ainda tece esclarecimentos acerca daqueles que se servem dessa tese como linha de argumentação conservadora:

“Os que argumentam nesse sentido não afirmam que a reforma proposta é em si errada; em vez disso, alegam que ela conduzirá a uma seqüência de eventos tal que seria perigosamente imprudente, ou apenas indesejável, tomar o rumo (intrinsecamente justo ou correto) proposto” (HIRSCHMAN, 1992, p. 74).

“Além disso, com esse tipo de argumentação, o reacionário veste-se mais uma vez com a roupagem do progressista e argumenta como se tanto o progresso antigo quanto o novo fossem desejáveis, e então, de modo típico, mostra de que maneira uma nova reforma, se levada a cabo, poria em perigo mortal outra mais antiga e muito apreciada, que poderia ter sido posta em prática recentemente” (HIRSCHMAN, 1992, p. 75).

Identificou-se, na manifestação dos agentes, certa sobrevalorização da legislação em vigor, ressaltando que ela satisfazia plenamente às necessidades do mercado e, ainda, o fato de que, com ela, o segmento ganhou impulso e força nos últimos anos. Nesse sentido, utilizaram-se largamente da tese da ameaça, pois a raiz de quase todos os argumentos era a de que o custo da reforma ou mudança proposta era alto demais, pois colocaria em perigo outra “preciosa” realização anterior.

Hirschman (1992, p. 126) também observa características do pensamento progressista:

“(...) os observadores progressistas concentram-se nas razões pelas quais uma reforma nova e outra antiga terão uma interação positiva e não negativa. A propensão a argumentar em favor dessa espécie de interação afortunada e positiva, ou, tal como o chamo, *apoio mútuo*, é uma das marcas registradas do temperamento progressista”.

Conclui o citado autor que

“os reacionários exageram os danos que qualquer nova ação ou intervenção causará à reforma mais antiga, enquanto os progressistas têm excessiva confiança em que todas as reformas são mutuamente solidárias, mediante o que eles gostam de chamar de princípio da sinergia” (HIRSCHMAN, 1992, p. 127).

Diante dessas idéias, percebe-se que, no Congresso Nacional, acabam ocorrendo fortes disputas, as quais, com auxílio da retórica e de teses argumentativas como as defendidas por Hirschman, determinam a real face de uma proposição legislativa.

5.5. *Proposições aprovadas*

É importante descrever as modificações implementadas pelo Congresso nos textos das proposições mais relevantes para os fins deste trabalho, bem como uma rápida explanação acerca do conteúdo de cada uma delas, de maneira a verificarmos as transformações ocorridas com os debates proporcionados pelo Poder Legislativo.

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que as audiências públicas foram determinantes para as modificações implementadas pelo Congresso, em especial em relação às emendas do relator da proposta na Câmara dos Deputados, Deputado César Castro. O Relatório da Comissão Especial da Câmara, relativamente aos propósitos deste trabalho, manifesta que a indefinição dos órgãos reguladores e fiscalizadores fragiliza os objetivos de imprimir maior credibilidade ao regime de previdência complementar

e de fortalecimento da capacidade de regulação e fiscalização do Estado.

O Senado Federal, dado o extenso debate já ocorrido na Câmara, optou por não realizar novas audiências. Todas as alterações propostas pelo substitutivo da Câmara foram acatadas, sendo introduzido apenas um dispositivo de aprimoramento técnico (relativo ao instituto da portabilidade).

Acerca do órgão regulador e fiscalizador, a mudança em relação ao projeto apresentado pelo governo foi a seguinte:

I – Projeto de Lei do Governo:

“Art. 75. A vinculação, as atribuições e demais aspectos relativos aos órgãos ou órgão regulador e fiscalizador de que trata o art. 5^o desta Lei Complementar serão estabelecidos por meio de lei, observado o disposto no inciso VI do art. 84 da Constituição Federal”.

II – Lei Complementar 109/2001:

“Art. 74. Até que seja publicada a lei de que trata o art. 5^o desta Lei Complementar, as funções do *órgão* regulador e do órgão fiscalizador serão exercidas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, por intermédio, respectivamente, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) e da Secretaria de Previdência Complementar (SPC), relativamente às entidades fechadas, e pelo Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), em relação, respectivamente, à regulação e fiscalização das entidades abertas”.

A questão do órgão regulador e fiscalizador será objeto de lei específica e, segundo a opinião do governo à época, não haverá prejuízos da organização legal vigente, seja no que se refere às entidades abertas, seja no que se refere às entidades fechadas. Certamente a intenção era de iniciar, imediatamente após a publicação da lei complementar, a tramitação do projeto de lei

específico sobre o órgão regulador e fiscalizador.

Entretanto, esse suposto vácuo legal deixou desconfortáveis os demais agentes envolvidos e, especialmente, os parlamentares. Novamente, ao longo do processo legislativo nas duas Casas do Congresso, não observamos qualquer articulação política em torno de uma proposta de órgão regulador e fiscalizador; ao contrário, houve uma grande ausência do governo nesse particular. Na verdade, apesar do discurso em defesa de um órgão dessa categoria na exposição de motivos, o próprio corpo do projeto deixou margem para dúvidas em relação a possíveis “vazios legais” caso o projeto fosse aprovado na sua forma original.

Entendemos que essa leniência do governo não foi simplesmente reflexo de falta de habilidade política ou incapacidade argumentativa. Como veremos adiante, existe a possibilidade de disputas interburocráticas, envolvendo Ministério da Previdência e o poder de veto do Ministério da Fazenda, terem minado qualquer disposição da Presidência da República em apresentar o projeto.

6. *Regulamentação do marco legal*

A participação do Poder Executivo no processo legislativo também pode ser considerada por meio da edição de normas regulamentares, igualmente criadoras de regras gerais, de maneira a fazer cumprir as leis aprovadas no Congresso.

Tal participação, outrossim, é explicada pela complexidade que envolve o tema previdenciário, tornando-se materialmente impossível para o legislador ordinário prever todas as possíveis mutações sociais de forma a atender interesse público, o qual permeia a prestação de serviços e as atividades do mercado regulado.

Lembra-nos Menezello (2002, p. 121):

“(...) deparamo-nos com o fato de que novas relações jurídicas passam a ser disciplinadas por comandos infralegis que devem ser legítimos, válidos

e eficazes, ou seja, está ocorrendo a juridicização de várias disciplinas que antes estavam fora do campo do Direito”.

Portanto, as delegações são necessárias devido à multiplicidade de fatores e à impossibilidade de que o Congresso tenha os conhecimentos e a experiência necessários para legislar exaustivamente.

Nesse sentido, a autora ainda acrescenta: “(...) o legislador, no momento da elaboração de cada uma das leis de regência das agências, optou, como política legislativa, por legislar por meio de preceitos de ordem geral, determinando que as especificidades de cada setor devam ser reguladas pelas agências mediante a aprovação de atos normativos obrigatórios” (MENEZELLO, 2002, p. 122).

Assim, ainda afirma Menezello que qualquer ato regulatório – ato normativo secundário – que pretenda disciplinar direitos deve originar-se e estar submetido aos ditames da legislação aprovada pelo Poder Legislativo.

Tais observações são importantes, pois, em última instância, a efetividade da reforma é alcançada ou não conforme a sua regulamentação. Portanto, torna-se importante verificar o grau de adequação das normas de hierarquia inferior à lei complementar, bem como o processo de articulação política que envolveu tal processo.

É interessante ressaltar que, até o ano de 1999, o referido conselho funcionou de maneira errática, apresentando uma “produção” normativa pequena. Sobre esse panorama, deve-se, no entanto, evidenciar que a atuação mais efetiva do Estado sobre a atividade dos fundos de pensão iniciou-se a partir de 1994. Além disso, boa parte das atividades do CGPC cingiram-se ao julgamento de recursos administrativos oriundos de autos de infração expedidos pela SPC, o que ocupou significativa parte da agenda do conselho.

Ainda assim, como ficou constatado no texto da Lei Complementar nº 109, de 2001, o

CGPC permaneceu como órgão normativo das atividades dos fundos de pensão.

O instrumento utilizado pelo CGPC na sua atividade regulamentar é a resolução, cujas determinações podem ser desdobradas em normas de caráter eminentemente técnico, tais como as instruções normativas utilizadas pela SPC. Coube ao CGPC debater e decidir sobre determinados aspectos, especialmente os relativos à figura do instituidor e aos quatro institutos que devem fazer parte dos planos de benefícios (portabilidade, Benefício Proporcional Diferido, resgate e autopatrocínio), de forma a expedir resoluções que dispusessem em maiores detalhes os preceitos da Lei Complementar nº 109, de 2001.

É interessante, antes de analisarmos com mais detalhes as resoluções, contextualizar o ambiente decisório com que se revestiu o CGPC ao longo dos debates que resultaram nas normas vigentes.

O referido colegiado somente iniciou seus trabalhos de regulamentação da lei complementar no ano de 2002. Contribuiu para esse atraso a sucessiva troca de Ministros de Estado e, principalmente, de Secretários de Previdência Complementar, responsáveis diretos pela agenda do colegiado¹⁵. Apesar disso, os trabalhos foram destacados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) como a prioridade máxima para o CGPC no ano de 2002¹⁶. A estratégia adotada foi a discussão e aprovação de cada inovação em separado, de forma a garantir a aprovação até o final do mandato do Presidente da República.

A primeira minuta de resolução foi apresentada em abril de 2002 e versou sobre portabilidade. Sua votação aconteceu apenas ao final de junho e revestiu-se de muita tensão. Na sua 66ª reunião, ficou evidente o surgimento de uma clivagem no CGPC: o grupo formado pelos representantes do governo e o grupo dos representantes dos demais atores. A minuta foi apresentada pela equipe da SPC e foi duramente criticada pelo segundo grupo, que manifestou contrarie-

dade perante o bloco do governo¹⁷. Nesse contexto, foi aprovada a Resolução nº 9, publicada em 27 de junho de 2002.

A segunda resolução aprovada foi a referente à figura do instituidor. Também nessa reunião, as fissuras abertas pelas discussões sobre portabilidade não se cicatrizaram. As tensões ainda permaneceram latentes, tendo em vista o choque entre os grupos do setor público e do privado. Novamente, prevaleceu boa parte do texto de iniciativa da SPC. O texto aprovado foi publicado em 17 de setembro de 2002, como Resolução nº 12 do CGPC.

As demais resoluções foram votadas em um clima de maior tranquilidade, dado o maior consenso existente entre os dois grupos relativamente ao BPD (Resolução nº 13, de 2 de outubro de 2002) e ao resgate. Importante ressaltar que a última resolução aprovada pelo CGPC no ano de 2002, a relativa ao instituto do resgate, inexplicavelmente, não foi sequer publicada, não permitindo que seus dispositivos tivessem qualquer efeito sobre o mercado.

O ano de 2003 serviu para consolidar a regulamentação aprovada no ano anterior, redefinindo em parte os dispositivos aprovados. Isso foi possibilitado pela iniciativa do governo de redefinir sua postura, procurando retomar a adesão do setor privado às decisões do governo, principalmente do CGPC. Para isso, procurou reequilibrar o poder de voto e a composição do conselho em um número menor de grupos de interesse (Ver Tabela 1, na Seção 7).

7. Ineficiência institucional

Como se pôde observar, o momento da regulamentação da Lei Complementar nº 109, de 2001, foi ilustrativo, na medida em que se evidenciaram problemas institucionais que, de alguma forma, colaboraram para a maior lentidão da publicação das regras essenciais para o funcionamento dos comemorados avanços legais. Daí, revela-se um problema fundamental, princi-

palmente no que diz respeito à delegação de poderes e ao processo democrático.

Sobre essa questão, Sérgio Bruna (2003, p. 57) observa que:

“a ação cada vez mais presente do Poder Executivo sobre a economia, abrangendo inclusive o exercício de funções normativas, criou um vazio no que diz respeito aos modos de legitimação dessa nova modalidade de atuação estatal, principalmente tendo em vista a forma pela qual deva ser realizado o controle das novas funções da administração, pois os novos agentes normativos são desprovidos da responsabilidade política tradicionalmente conferida aos representantes políticos do processo eleitoral”.

Portanto, uma das questões relativas à regulação é identificar quais indivíduos ou grupos de indivíduos são capazes de utilizar o Estado para alcançar seus interesses, ou quais são aqueles selecionados pelo Estado para serem usados para a consecução dos interesses de outrem (BRUNA, 2003). Nesse sentido, nossa atenção volta-se para o CGPC, seu significado e seus conflitos, bem como as burocracias ligadas aos Ministérios da Fazenda e da Previdência Social.

7.1. Conflito interburocrático dentro do órgão normativo

Uma das características principais do CGPC, como pudemos verificar, é a co-participação de agentes públicos e agentes privados, com a vantagem para o Poder Executivo, dada a flexibilidade oferecida pela lei, de publicar, a qualquer momento, novo Decreto alterando a composição daquele Conselho, algo que aconteceu em outras cinco oportunidades, sendo a última em 2003, no início do mandato do Presidente Luís Inácio Lula da Silva.

Como se verifica no Quadro 1, a composição do CGPC expandiu-se de maneira significativa, passando, gradativamente, a incorporar a burocracia atuante na área econômica do governo (Banco Central, CVM, Susep, MPOG), a reforçar a equipe do próprio MPAS com as representações adicionais da SPC e da SPS, bem como a elevar o nível de representatividade dos atores do mercado de previdência fechado, com destaque para a Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Privada (ABRAPP), entidade que se coloca como principal interlocutor dos fundos de pensão.

Quadro 1 – Composição do CGPC – Decretos Presidenciais

| Decreto n° 607/92 | Decreto n° 1.114/94 | Decreto n° 2.774/98 | Decreto n° 4.003/2001 | Decreto n° 4.678/2003 |
|-----------------------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|------------------------------------|----------------------------------------------|
| Ministro MPAS | Ministro MPAS | Ministro MPAS | Ministro MPAS | Ministro MPAS |
| Secretário SPC | Secretário SPC | Secretário SPC | Secretário SPC | Secretário SPC |
| | Representante MiniFaz | Representante MiniFaz | Representante MiniFaz | Representante MiniFaz |
| 2 Representantes Fundos de Pensão | 2 Representantes Fundos de Pensão | 2 Representantes Fundos de Pensão | Representante dos Fundos de Pensão | Representante dos Fundos de Pensão |
| 2 Representantes Participantes | 2 Representantes Participantes | 2 Representantes Participantes | Representantes Participantes | Representante Participantes |
| 2 Representantes Patrocinadoras | 2 Representantes Patrocinadoras | 2 Representantes Patrocinadoras | Representante Patrocinadoras | Representante Patrocinadoras / instituidores |
| ABRAPP | ABRAPP | ABRAPP | ABRAPP | ABRAPP |
| | Representante SPC | Representante SPC | Representante SPC | |
| | 2 Representantes SEPLAN | 2 Representantes Minist. Planej. | Representante MPOG | Representante MPOG |
| | INSS | INSS | - | |
| | Banco Central | Banco Central | Banco Central | |
| | CVM | CVM | CVM | |
| | Representante SPS | Representante SPS | Representante SPS | Representante SPS |
| | IBA | IBA | IBA/ANCEPP | |
| | | | Susep | |
| | | | APEP | |

Siglas Utilizadas: MiniFaz – Ministério da Fazenda; ABRAPP – Associação Brasileira das Entidades de Previdência Privada; SEPLAN – Secretaria de Planejamento da Presidência da República; CVM – Comissão de Valores Mobiliários; IBA – Instituto Brasileiro de Atuária; SEST – Secretaria de Controle das Estatais; MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; SPS – Secretaria de Previdência Social; ANCEPP – Associação Nacional dos Contadores das Entidades de Previdência Privada; APEP – Associação das Patrocinadoras Privadas.

A composição do CGPC a partir de 2001 pode ser entendida como um movimento estratégico de alguns participantes, especialmente os que estiveram nas audiências públicas no Congresso, na tentativa de também influenciar a posterior regulamentação da lei. Em resposta, o governo, buscando revestir de maior legitimidade as decisões do CGPC, incorporou naquele colegiado dois integrantes que participaram ativamente do período de tramitação da lei complementar: a Susep (como membro do governo) e a APEP (agregando a participação do setor privado).

Mesmo garantindo a maioria da composição, o Governo, nessa tentativa de “demo-

cratizar” a participação do CGPC, provocou inchaço da estrutura desse órgão, criando sérias dificuldades, como as que pudemos observar na regulamentação da Lei Complementar nº 109, de 2001.

Observa-se, pela Tabela 1, que a composição de forças, que não são necessariamente atreladas ao número de votos, alterou-se ao longo do tempo, conforme as estratégias adotadas pelos agentes e pelo governo. Nessa perspectiva, considera-se grupo de interesse cada Ministério representado, os fundos de pensão, os participantes, os patrocinadores e os representantes de outras classes.

Tabela 1 – Poder de voto e representatividade no CGPC

| Normas | Setor Público | | Setor Privado | | Total | |
|-----------------------|---------------|---------------------|---------------|---------------------|-------|---------------------|
| | Votos | Grupos de Interesse | Votos | Grupos de Interesse | Votos | Grupos de Interesse |
| Decreto nº 81.240/78 | 7 | 3 | 2 | 1 | 9 | 4 |
| Decreto nº 607/92 | 2 | 1 | 8 | 3 | 10 | 4 |
| Decreto nº 1.114/94 | 10 | 3 | 8 | 4 | 18 | 7 |
| Decreto nº 2.774/98 | 10 | 3 | 8 | 4 | 18 | 7 |
| Decreto nº 4.003/2001 | 9 | 3 | 6 | 4 | 15 | 7 |
| Decreto nº 4.678/2003 | 5 | 3 | 4 | 3 | 9 | 6 |

Fonte: elaboração própria

Em várias oportunidades, a composição do CGPC privilegiou alguns grupos de interesse, concedendo-lhes maior poder de voto. Considerando o ano de 2001, destacamos os seguintes grupos:

a) Ministério da Previdência Social – 3 votos (4 votos se o Ministro do MPS estiver presidindo as reuniões);

b) Ministério da Fazenda – 4 votos (5 votos se considerarmos o MPOG, conforme a conjuntura do governo anterior);

c) Fundos de pensão – 2 votos.

Nesse sentido, é válido levar em conta a hipótese de que os agentes do governo tomam parte das decisões do CGPC, compartilhando dos sucessos e dos insucessos com os agentes privados.

Sobre os movimentos estratégicos, colobra Dixit (1996, p. 30, 31) nos seguintes termos:

“Podemos ver cada decisão política não como uma escolha feita para maximizar a função de bem estar social, mas como um episódio ou jogo

de uma competição, com regras e instituições já estabelecidas, mas que admite espaço para manobras para realizar movimentos estratégicos capazes de afetar ou alterar futuras regras e instituições”.

O uso da estrutura institucional dual (órgão regulador/órgão fiscalizador) nesses últimos anos parece enquadrar-se na questão dos mecanismos institucionais auto-reforçantes defendidos por Douglass North (1990), que fazem com que uma matriz institucional permaneça *locked in* (uma vez alcançada uma solução, é difícil sair dela) e crie *path dependence* (“trajetória de dependência”). Esses mecanismos são centrais nos comportamentos das organizações e em suas perspectivas de mudanças, pois são eminentemente conservadores, mantenedores do *status quo*.

Uma vez escolhida uma opção de funcionamento, mesmo que as instituições existentes não sejam as melhores para gerar, com efetividade, o desenvolvimento do setor, como há retornos institucionais crescentes para os grupos de interesse, a tendência é de que elas persistam. Nesse caso, é possível haver mudanças institucionais marginais e, ainda assim, a partir dos arranjos já constituídos (TOYOSHIMA, 1999).

Assim, as mudanças institucionais que foram implementadas, ou seja, alteração dos membros CGPC, das rotinas de funcionamento interno desse colegiado e todas as normas que surgiram da interação com a SPC, deram-se exclusivamente com base na estrutura órgão regulador-executor, gerando, muitas vezes, medidas tão-somente incrementais para o funcionamento do mercado de fundos de pensão.

Se as instituições desenvolvidas não foram necessariamente eficientes para o pleno desempenho da previdência privada, isso provavelmente se deve aos arranjos institucionais que foram moldados, em grande parte, pelo conflito de interesses daqueles que possuem poder de barganha, ou seja, os integrantes do CGPC. Já a partir do momen-

to em que surgiu a oportunidade de reformulação da Lei nº 6.435, de 1977, havia a percepção de engessamento do processo decisório, colocando em evidência questionamentos acerca da verdadeira representatividade do setor privado e dos participantes dentro do conselho.

Podemos utilizar-nos da mesma visão que Dixit (1996, p. 30) apresenta sobre a política econômica, estendendo-a para a formulação de políticas públicas de maneira geral. Esse processo é visto como

“um jogo dinâmico, de condições incertas e mutantes, e cujas normas são ao menos parcialmente feitas pelos participantes tal como eles desejam. Cada participante tentará manipular a operação subsequente do jogo para tentar conseguir resultados que favorecerão seus próprios interesses”.

7.2. Projeto de uma agência reguladora

Segundo Sola, Garman e Marques (2002, p. 120),

“Deve-se reconhecer que, em um contexto democrático, o principal requisito desse processo é um ato de delegação política de autoridade – dos políticos para outros atores –, ato que certamente pode ter conseqüências desejáveis, desde que os formuladores de políticas públicas incluam a questão da transparência e da *accountability* nesse ato de delegação”.

A criação e o funcionamento das autarquias especiais, tais como as agências reguladoras, num processo contínuo de aperfeiçoamento das instituições democráticas, têm sido adotados como alternativa para um novo arranjo institucional que permita maior percepção e sensibilidade na participação da construção das normas regulatórias e na elaboração das decisões administrativas. Ademais, seria uma solução para o grave problema da descontinuidade administrativa provocada pela grande circulação de Ministros e Secretários de Estado, bem como para a dificuldade de se preservar a “me-

mória” do órgão, elemento essencial para qualquer desenvolvimento da gestão do sistema.

Ainda assim, como pudemos verificar, a alternativa institucional das agências reguladoras não prosperou para o segmento dos fundos de pensão. Há boa possibilidade de não ter ocorrido consenso dentro do governo acerca da criação desse tipo de órgão.

À época, inclusive, foi divulgado pela imprensa que havia estudos para a criação de uma superagência para fiscalizar e normatizar os mercados de seguros, previdência privada (aberta e fechada) e de capitais. Tal proposta estaria sendo desenhada pela equipe do então presidente do Banco Central, Armínio Fraga¹⁸, mas não prosperou.

Outro aspecto interessante a ser evidenciado, e que reforça a tese da disputa ou conflito intragovernamental, é que a equipe do MPAS encaminhou à Presidência da República, em 9 de março de 1999, ou seja, antes mesmo de ser enviado projeto de lei complementar, projeto de lei que transformaria a SPC na Agência Nacional de Previdência Complementar (ANPC)¹⁹.

Esse projeto propunha a criação da agência que cuidaria exclusivamente de fiscalizar e normatizar as atividades dos fundos de pensão. Seria uma autarquia especial nos moldes das agências já criadas (Aneel, ANP, Anatel, etc), com autonomia administrativa e financeira e estabilidade para os respectivos dirigentes.

A agência teria em sua estrutura um Conselho Diretor (Diretoria) composto por cinco membros, que seriam nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. Os membros do Conselho Diretor, entre os quais seria definido o Presidente da agência, teriam estabilidade no cargo, cujo mandato seria de quatro anos, e não poderiam, nos 24 meses que antecederem à sua nomeação, ter mantido vínculo empregatício ou contratual com órgãos ou empresas patrocinadoras, assim como com fundos de pensão. Essas e outras limitações buscariam assegurar para os ad-

ministradores da ANPC total independência do setor.

Como alternativa ao CGPC, o projeto previa a criação de um Conselho Consultivo da Previdência Complementar, por meio do qual a sociedade participaria das decisões da Agência. Seria composto por representantes de órgãos governamentais (Ministérios da Fazenda, Planejamento, Orçamento e Gestão, Banco Central, Cade, CVM, etc.), participantes de fundos de pensão, patrocinadores, entidades, órgãos técnicos do sistema e de defesa do consumidor. Caberia a esse conselho tão-somente opinar sobre as propostas de políticas e diretrizes governamentais para o sistema.

Como instrumento auxiliar para a participação da sociedade e para viabilizar o encaminhamento e a solução das diversas demandas relativas aos fundos de pensão, o projeto da ANPC previa uma Ouvidoria, cujo papel seria ouvir as reclamações e denúncias de qualquer cidadão ou entidade relativas a infringências a normas do sistema de previdência complementar, bem como encaminhá-las para a manifestação e providências dos órgãos responsáveis. O Ouvidor seria nomeado pelo Presidente da República, para um mandato de dois anos, e não teria qualquer vinculação hierárquica com os Conselhos Diretor e Consultivo, assegurando, dessa forma, a autonomia técnica e organizacional para o exercício do cargo.

Finalmente, além de quadros técnicos próprios, a ANPC contaria com recursos provenientes de uma taxa de fiscalização, suficientes para assegurar a sua autonomia orçamentária e financeira.

Não resta dúvida de que, ao idealizar a figura de um órgão regulador e fiscalizador que concentre poderes que antes eram compartilhados, o governo entendeu que a estrutura vigente não poderia atender aos princípios propostos para um bom quadro normativo (credibilidade, profissionalismo, transparência e estabilidade de regras). Ainda assim, lembrando North (1990), se o mecanismo de *lock-in* configurado pela exis-

tência do CGPC vem atuando, significa dizer que sua trajetória é significativa para a determinação da estrutura institucional dual, e esta, por sua vez, tem força para influenciar a matriz institucional futura. A ligação do passado com o presente e o futuro é dada pelo histórico, significando que as instituições apresentam características de *path dependence*.

Observa-se, então, que a Lei Complementar nº 109, de 2001, não alterou a estrutura institucional vigente no que tange à atuação do Poder Público, e não se pode afirmar que houve omissão. Pelo contrário, defendemos que a decisão pela manutenção das estruturas administrativas foi uma decisão de governo, nitidamente influenciada pelos que poderiam, em potencial, perder sua parcela de poder no âmbito da previdência privada.

Esse conflito interburocrático é compreensível, pois uma agência exclusiva para cuidar de previdência aberta e fechada seria um órgão que reuniria significativo poder, o qual, ainda hoje, é partilhado entre os Ministérios da Fazenda e da Previdência Social. Pergunta-se: a qual ministério esta agência estaria vinculada? Sem dúvida, nenhuma das partes abriria facilmente mão de suas influências, ainda mais em se tratando da transferência de atribuições fortemente vinculadas a decisões normativas, para, tão-somente, participar do processo atuando de maneira consultiva.

Mesmo levando em conta que o projeto abrangeria apenas o segmento de previdência complementar fechada, ambas as representações, do governo (principalmente o Ministério da Fazenda) e da iniciativa privada, perderiam precioso espaço de manobra no processo decisório das normas para os fundos de pensão. Isso também se justifica pelo fato de que o CGPC é um órgão pouco transparente, pois nunca divulgou adequadamente suas atas (que, até há pouco tempo, ainda estavam disponíveis no sítio do MPS na *internet*). As minutas de resolução também não são apresentadas para a sociedade antes das reuniões do conselho e

muito menos há apresentação de exposição de motivos (inclusive para os próprios conselheiros).

Como braço normativo do sistema operado pelos fundos de pensão, o CGPC goza de certa autonomia (do ponto de vista decisório), mas pouca responsabilização. Tal aspecto está intimamente relacionado com a questão da transparência.

Nesse sentido, Melo (2001, p. 58, 59) nos oferece duas importantes reflexões:

“Além disso, a forma de operação dessas agências – que é fortemente publicizada – contrasta de forma marcante com aquela de órgãos reguladores internos à burocracia, cujos procedimentos e processo decisório obedecem a padrões de sigilo de informações típicos de administração pública ordinária”.

“O caso de baixa responsabilização e alto insulamento está associado a situações nas quais os decisores detêm alto grau de autonomia em um quadro de escassa capacidade de controle social no sistema político”.

Para manter o equilíbrio entre a autonomia dos reguladores e sua responsabilização, Villela e Maciel (1999, p. 17) propõem algumas medidas, entre as quais destacamos: (i) estabelecer elevados padrões de transparência nos procedimentos regulatórios; (ii) estipular exigências rigorosas na elaboração de relatórios, inclusive um relatório anual; e (iii) estipular escrutínio legislativo das propostas orçamentárias da agência.

Logo, nesse modelo, há sérios problemas de assimetria de informação e baixa eficiência, tal como demonstra novamente Melo (2001, p. 61), no quadro da página a seguir.

Nesse caso, fica claro que os custos de transação hoje existentes devido às características da matriz decisória atual, tais como os conflitos entre os *polycymarkers*, a dificuldade de articulação intragovernamental, a assimetria de informação (dada a pouca transparência do processo), não tive-

| | | Responsabilização | |
|------------------|--------------|------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------|
| | | Baixa | Alta |
| Delegação | Baixa | Baixa eficiência sistêmica | Baixa eficiência produzida por baixa capacidade institucional |
| | Alta | Baixa eficiência produzida por desincentivos ao desempenho | Eficiência |

ram a devida solução, o que impediu sua redução.

Na verdade, os agentes que são beneficiados pela estrutura atual temem que qualquer mudança institucional reverta para eles em outros custos (também transacionais) decorrentes da perda de poder (decisório e político), tais como construção de outros canais de influência, necessidade de adaptações relativamente a novas exigências regulamentares (principalmente por parte dos fundos de pensão), entre outros aspectos que caracterizam custos transacionais (econômicos e políticos). Sintetizando: arranjos institucionais que beneficiam determinada cota de agentes podem impor custos mais altos a outros.

Portanto, percebe-se o porquê de o projeto da ANPC sequer ter sido submetido à deliberação do Legislativo.

Outro fator de significado valor para avaliar a decisão de criar um órgão da natureza de uma agência estatal é o custo que a sociedade deverá suportar, em termos financeiros, em troca dos benefícios que seriam alcançados pela melhor supervisão e normatização dos fundos de pensão. Nesse caso, o modelo adotado pelo governo para esse tipo de organização é determinante para saber se haverá “déficit” para a sociedade, sendo-lhe imposta um custo de transação que supera os benefícios, ou se haverá “superávit”, revelando sucesso da nova estrutura de governança.

8. Ensaio de fortalecimento para o aparato de fiscalização e regulação do Estado

Instituições podem ser estabelecidas de forma “ineficiente” para lidar com os custos transacionais decorrentes de um relacionamento econômico, social e político, podendo, entretanto, ser consideradas “remediáveis”. Ainda assim, “a maior parte das mudanças é lenta e gradual” (NORTH, 1990, p. 89).

Utilizando idéia defendida por Monteiro (2004, p. 112), o uso de medidas provisórias, infelizmente, oferece “ao Executivo a oportunidade de selecionar políticas que estão mais próximas da escolha ideal dos burocratas”, implementando políticas segundo suas próprias preferências.

Não obstante as escolhas estarem longe de ser maximizadoras, existem aspectos relevantes que atenuam o modelo em vigor, obedecendo a uma lógica do tipo “*second best*” (SOLA; KUGELMAS, 2002).

Por meio da Medida Provisória nº 233, de 30 de dezembro de 2004, o Governo criou nova estrutura administrativa para fiscalizar e regulamentar o mercado operado pelos fundos de pensão, especialmente quanto à criação de uma autarquia, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC. Por motivos alheios às discussões atinentes à própria previdência complementar, essa Medida Provisória teve

seu prazo de vigência encerrado sem que houvesse deliberação do Senado Federal, perdendo eficácia. Não obstante, seu texto é uma interessante amostra de vantagens construídas, bem como de ausências que poderiam comprometer o fortalecimento do sistema, principalmente no que tange ao controle social e equilíbrio de poderes.

8.1. Breve descrição da Medida Provisória nº 233, de 2004

O arranjo definido pela MPV nº 233, de 2004, estabeleceu três instâncias de atuação do Poder Público no mercado operado pelos fundos de pensão.

A primeira e mais importante foi a criação da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC), autarquia de natureza especial, com autonomia administrativa, financeira, patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Previdência Social. Teria como competência fiscalizar e supervisionar os fundos de pensão, bem como executar as políticas para o regime de previdência complementar fechado. Para tanto, além de poder aplicar penalidades nos termos da legislação pertinente, poderia expedir instruções e procedimentos para a aplicação das normas, bem como efetuar diversos tipos de autorizações, hoje de atribuição da SPC, tais como as de constituição e de funcionamento de fundos de pensão, celebração de convênios, decretação de intervenção e liquidação extrajudicial, e outras ações de sua área de competência.

A PREVIC foi apresentada com a seguinte estrutura: Diretoria Colegiada, Procuradoria Federal, Ouvidoria e Corregedoria, além de coordenações gerais de caráter técnico. A Diretoria Colegiada seria composta por um Diretor-Superintendente e quatro diretores, indicados pelo Ministro da Previdência Social e nomeados pelo Presidente da República. Aos membros desse colegiado seria vedado o exercício de qualquer outra atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção político-partidária, salvo magistério. A Procuradoria Federal Especi-

alizada teria seu quadro constituído por Procuradores Federais, vinculados à estrutura da Advocacia Geral da União – AGU, com conhecimento sobre previdência privada, o que contribui para a profissionalização e a estabilidade dos quadros da administração previdenciária. Por fim, a Ouvidoria, segundo a exposição de motivos da MPV nº 233, de 2004, atuaria junto à Diretoria, mas sem subordinação hierárquica a esta, o que lhe asseguraria, em tese, autonomia e independência de atuação no cumprimento de suas atividades institucionais.

A MPV nº 233, de 2004, previa o estabelecimento de metas de gestão e de desempenho para a PREVIC, mediante acordo celebrado entre o Ministério da Previdência Social e a Diretoria Colegiada. Essas metas durariam, no mínimo, um ano e seriam periodicamente avaliadas e, conforme o caso, revisadas.

Além de dotações orçamentárias e recursos de convênios e acordos com organismos nacionais e internacionais, as receitas da PREVIC seriam constituídas principalmente pela Taxa de Fiscalização e Controle da Previdência Complementar – TAFIC e do produto da arrecadação de multas. A TAFIC constituiria uma contribuição recolhida trimestralmente dos fundos de pensão, cujo fato gerador seria o montante de recursos garantidores vinculados a cada plano de benefício administrado.

A MPV nº 233, de 2004, previa, ainda, um quadro de auditores, que passaria dos atuais 92 para 300, além de a Superintendência poder contar com uma carreira a ser composta por 120 especialistas de nível superior em Previdência Complementar; outra, por 100 analistas de nível superior e mais 80 técnicos de nível médio, totalizando um quadro de 600 servidores. Os atuais 230 servidores da SPC seriam aproveitados e os demais seriam contratados por concurso público.

Outro órgão novo seria a Secretaria de Políticas de Previdência Complementar (SPPC), um desmembramento da atual SPC,

e seria responsável pela elaboração de políticas de governo e diretrizes para a Previdência Complementar, servindo de elo entre o Conselho Nacional de Previdência Complementar e a PREVIC.

Por fim, seria criado o Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC), substituindo o atual Conselho de Gestão da Previdência Complementar. Esse órgão seria responsável por fixar as políticas propostas pela SPPC e normatizar o sistema de fundos de pensão. Foi restabelecida a estrutura da Câmara de Recursos, com a finalidade exclusiva de julgar os recursos referentes a penalidades administrativas.

A MPV nº 233, de 2004, estabeleceu uma composição para o CNPC semelhante à atual composição do CGPC, adaptando-a aos novos órgãos criados. Como novidades no conjunto de conselheiros, temos a inserção (i) do Diretor-Superintendente da PREVIC, (ii) do representante da Secretaria de Políticas de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social e (iii) de representante de instituidores de entidades fechadas de previdência complementar.

A grande vantagem da composição do CNPC é que a composição de forças entre agentes públicos e privados está estabelecida na lei, atenuando a discricionariedade do Executivo para determiná-la. Caberá tão somente ao Presidente da República a liberdade de nomear os representantes que ocuparão lugares no conselho.

8.2. Avaliações e reflexões sobre a proposta

A MPV nº 233, de 2004, inspirou-se na maioria das propostas do antigo projeto da ANPC apresentado pelo MPAS em 1999. Entretanto, como pudemos verificar, o custo político de transação de arcar com uma agência que concentre poderes de fiscalização e de regulação foi por demais elevado para as burocracias do Ministério da Fazenda e para os demais agentes privados.

Além do motivo acima, o projeto da PREVIC foi montado com a forma de superintendência provavelmente pelo fato de que

hoje se discute o poder de atuação e a independência das agências reguladoras existentes, processo no qual se observa um grande movimento do Governo para retomar o poder decisório dos Ministérios setoriais, particularmente no desenho das grandes políticas e diretrizes nas grandes áreas de atuação.

Nesse sentido, a MPV nº 233, de 2004, também seguiu alguns princípios que nortearam o Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, de iniciativa do Poder Executivo, que pretende estabelecer uma espécie de lei orgânica das agências reguladoras. Tal projeto contém dispositivos que reduzem a independência das agências em relação ao Poder Executivo, procurando, entre outras coisas, transferir atribuições que hoje pertencem às agências para os Ministérios e estabelecer um maior controle social sobre as agências.

8.2.1. Manutenção dos poderes da administração direta

Para evitar que o exercício de competências de governo fosse realizado por uma agência independente, a MPV nº 233, de 2004, criou os três órgãos já citados, que deverão trabalhar em sintonia: a PREVIC, como fiscalizadora e executora das leis e normas; o CNPC, como órgão regulador e árbitro de penalidades administrativas; e a SPPC, como órgão responsável pela articulação das políticas públicas relativas ao sistema.

Tal matriz institucional tem por objetivo estabelecer maior coerência de políticas no conjunto do governo e evitar que funções legislativas, executivas e judiciárias estejam presentes em um único órgão (a tese do “Estado dentro do Estado”). Como pudemos verificar, com a manutenção do binômio órgão regulador e órgão fiscalizador, haveria enormes possibilidades de aberturas a grupos de interesses ou de conflitos internos, provocando forte déficit democrático e entraves para o desenvolvimento do setor.

8.2.2. Contrato de gestão e desempenho

Essa iniciativa inspira-se no conceito de agências de atuação executiva, na medida

em que coloca a autarquia na condição de executora de políticas traçadas mediante diretrizes ministeriais, em consonância com a estrutura administrativa a ser criada.

Com a introdução da figura do contrato de gestão determina-se um padrão mais objetivo para a avaliação do desempenho do órgão. Entretanto, para que mudanças de governo não impliquem mudanças bruscas nas ações da PREVIC, os contratos de gestão devem ter como base a aderência das atividades a uma diretriz estável.

Outra preocupação é a possibilidade de ocorrerem choques exógenos entre a decisão do regulador, baseada em informações *ex ante*, e a avaliação do Ministério, feita *ex post*. Esses choques devem ser levados em conta quando a PREVIC for avaliada, o que pode tornar difícil apreciar suas decisões, pois nela estão envolvidos elementos de subjetividade.

Por isso, é útil ter algum mecanismo que faça esses órgãos prestarem contas de suas ações. Nesse sentido, o contrato de gestão deverá aperfeiçoar o acompanhamento da gestão da PREVIC, promovendo maior transparência e controle social. Tal necessidade é necessária, mesmo que implique uma possibilidade de perda de autonomia regulatória.

Ainda assim, pode-se dizer que a MPV nº 233, de 2004, apesar de conferir à sociedade um instrumento de controle e de transparência de suas ações, não prevê a prestação de contas ao Congresso Nacional, elevando a possibilidade de o Poder Executivo fazer ingerências no que concerne às atividades de regulação sobre os fundos de pensão.

Finalmente, como já se verificou, o instrumento dos contratos de gestão constitui uma maneira de aproximá-la do modelo de agência executora de políticas públicas. Em última instância, pode-se afirmar que o estabelecimento do contrato de gestão qualifica a PREVIC como uma agência executiva, ou seja, ao instituto criado pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

Agências executivas não são mais que autarquias ou fundações preexistentes, diplomadas por intermédio de um decreto do Poder Executivo, que celebrem contrato de gestão com a administração direta.

8.2.3. TAFIC

Sabe-se que esse tipo de instrumento é um dos fundamentos para assegurar a independência efetiva das agências, garantindo-lhes capacidade operacional condizente às suas responsabilidades. Entretanto, não é esse o caso em tela.

A criação de uma taxa para oferecer autonomia financeira à PREVIC faz transparecer, então, um vício de origem: que tipo de autonomia terá um órgão totalmente subordinado ao MPS? A resposta, que parece ser óbvia, pode mascarar um objetivo totalmente estranho aos compromissos pela manutenção da higidez do sistema operado pelos fundos de pensão: o contingenciamento imposto pelo Tesouro Nacional, muito provavelmente para utilizar parte das receitas dos órgãos para fazer superávit primário.

A Medida Provisória prescreve no seu art. 14 que a TAFIC será “recolhida ao Tesouro Nacional”. Dessa forma, a independência para uso dessa taxa pela PREVIC é questionável, dado que a prática de contingenciamento largamente utilizada pelo governo vem sistematicamente impedindo que as agências reguladoras façam uso efetivo de toda sua fonte de recursos, prejudicando sua operação, bem como comprometendo sua imagem, caso demonstre, em algum momento, falhas de supervisão por condições de funcionamento precárias. Dessa forma, mesmo não sendo uma agência reguladora “pura”, são atribuídos à PREVIC mecanismos semelhantes de autofinanciamento, bem como há imensa chance de se aplicar os instrumentos perversos de desvio de finalidade de recursos. De se notar que o Projeto de Conversão nº 10, de 2005, aprovado pela Câmara dos Deputados, havia incorporado no texto uma emenda que determinava o recolhimento da TAFIC diretamente

aos cofres da PREVIC. Tal iniciativa, se não for solução, pelo menos impõe maiores resistências ao Tesouro.

8.2.4. Ouidorias

De acordo com a exposição de motivos²⁰, haverá um Ouvidor que atuará junto ao Conselho Diretor sem subordinação hierárquica e exercerá suas atribuições, sem acumulação com outras funções. Recomenda-se que o Ouvidor tenha acesso a todos os processos da PREVIC e que conte com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, periodicamente ou quando julgar oportuno, relatórios sobre a atuação da agência. Poderiam ser atribuições do Ouvidor zelar pela qualidade dos serviços prestados pela agência e acompanhar o processo interno de apuração de denúncias e reclamações dos interessados contra a atuação dela ou contra a atuação dos entes regulados. A transparência e o controle social sobre a PREVIC serão beneficiados com a existência do Ouvidor .

8.3. Ajustes possíveis

Entendemos que, apesar das dificuldades hoje impostas sobre o Poder Legislativo em face do mecanismo quase impositivo das medidas provisórias, ainda é possível que o Congresso possa agregar boas contribuições ao aparato institucional proposto pelo Governo Federal.

A questão a ser verificada realça a importância da tensão entre delegação e responsabilização subjacente à criação de autarquias especiais ou agências independentes.

Descrivendo argumentos de Kiewet e McCubbins (1991), Melo (2001) identifica um repertório de instrumentos que o Congresso pode utilizar para reduzir o custo de delegação (*agency losses*) e aumentar a visibilidade das questões para a base de controle dos parlamentares. Nesse sentido, destacamos os seguintes:

a) *screening*, ou seja, filtragem de agentes durante o processo de recrutamento para reduzir “seleção adversa”;

b) desenhos contratuais específicos, tais como incentivos para compensação e punição de comportamento, ou *relational contracting* em casos de “contratos incompletos”;

c) exigência de prestação de contas detalhada.

Utilizando essas noções, apresentamos algumas contribuições para um futuro projeto de lei do governo de agência reguladora do setor, de maneira a tornar crível e harmônica a nova ação regulatória e de fiscalização. Asseveramos que elas são compatíveis ou até coincidentes com o antigo anteprojeto de lei de criação da Agência Nacional da Previdência Complementar apresentado pelo Ministério da Previdência em 1999, proposta essa que consideramos ser menos parcial e mais permeável ao controle social que a estrutura apresentada pela MPV nº 233, de 2004. Outrossim, elas poderão ser fatores de redução de custos de transação políticos, na medida em que podem favorecer a diminuição da assimetria de informação e prestigiar mecanismos mais democráticos, via controle social e interpoderes.

8.3.1. Aprovação de dirigentes pelo Senado Federal

Tal como acontece com as agências reguladoras, seria recomendável que os diretores de uma agência para os fundos de pensão se submetessem à sabatina do Senado, para terem confirmadas suas nomeações. É importante ressaltar que esse procedimento não se dirige apenas às agências já existentes, mas a órgãos de grande relevância, tais como o Banco Central e a CVM, autarquias vinculadas ao Ministério da Fazenda²¹. Portanto, dada a importância estratégica do segmento de fundos de pensão em várias dimensões da sociedade, seria relevante estabelecer o mesmo mecanismo para os dirigentes da agência. Deve-se ressaltar que o Ouvidor, por ser também indicado pelo Poder Executivo, poderá estar com este comprometido. Portanto, seria recomendável que o critério sugerido para a posse dos direto-

res pudesse ser da mesma forma estendido ao Ouvidor.

8.3.2. Avaliação do contrato de gestão

O ideal seria atribuir ao Poder Legislativo um controle mais efetivo sobre as atividades da agência, além do já previsto monitoramento a ser exercido pela Casa Civil e pelos Ministérios da Previdência Social e do Planejamento, Orçamento e Gestão. Esse controle poderá ser especialmente usado para verificar a compatibilidade das ações adotadas pelas agências com as políticas definidas para os setores regulados, além de seguir preceito constitucional que atribui ao Congresso Nacional ou a qualquer de suas Casas a competência de fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, tarefa que requer amplo acesso a informações relacionadas a esses atos. Também é matéria passível de emenda por parte do Parlamento.

8.3.3. Consultas e exposição de motivos

Como valioso instrumento de controle social e de transparência, a utilização da consulta pública poderia ser estendida aos atos normativos da agência, previamente à tomada de decisão pelos Conselheiros e pela Diretoria Colegiada. Nesse sentido, a medida contribui para que a regulação seja efetiva e busque a harmonia entre a proteção aos participantes e aos assistidos, o equilíbrio econômico-financeiro dos fundos de pensão e o equilíbrio atuarial dos planos de benefício. Dessa maneira, seria um instrumento inclusivo de formação e de legitimação de políticas públicas na área previdenciária, sem afetar a autoridade executiva nas mãos do poder público (SOLA; KUGELMAS; WHITEHEAD, 2002).

O ganho de transparência, no entanto, não ocorre sem custos. O dispositivo poderia trazer morosidade às decisões gerenciais das agências. Ademais, nem sempre a publicidade exigida pelos procedimentos da consulta pública é compatível com decisões sobre determinados temas ou ações administrativas. Para evitar esse problema, as

consultas públicas poderiam, por exemplo, restringir-se às resoluções e a instruções normativas da agência com repercussões diretas sobre os participantes, resguardando-se as normas relativas a procedimentos estratégicos, tais como os de fiscalização. Este último ponto é extremamente importante para garantir a transparência das agências a respeito de um assunto que interessa diretamente aos participantes/assistidos. Ao tornar público o processo de revisão dos parâmetros ou dos dispositivos do plano, diminui-se o risco de que o regulador/fiscalizador seja benevolente com o regulado/fiscalizado. Além disso, deve-se estabelecer um prazo mínimo para as consultas.

Adjacente às consultas, um aspecto importante e que costuma ser negligenciado pelo braço normativo do segmento operado pelos fundos de pensão é a falta de exposição de motivos das resoluções aprovadas. Como pudemos verificar ao longo deste estudo, a exposição de motivos é instrumento importante para tornar públicas as intenções do proponente, permitindo-se, inclusive, que a participação na consulta pública seja mais eficaz. Também não se deve deixar de lado o fato de que os atos normativos devem ser devidamente avaliados à luz dos motivos invocados, exigindo-se que haja uma conexão lógica entre os motivos alegados e as finalidades propostas, sob pena de não atender ao requisito de razoabilidade (BRUNA, 2003).

Portanto, combinando-se elementos de consulta pública com a exigência de uma exposição de motivos, a administração pública estará evitando que seus procedimentos normativos sejam despidos de sentido prático ou legítimo.

Tal sugestão, além disso, não é original. Os arts. 40 e 42 da Lei nº 9.472, de 1997, obrigam a Anatel a submeter minutas dos atos normativos que pretenda editar a um procedimento de consulta pública, justificando a decisão que vier a adotar por meio de uma exposição de motivos. Deve-se ressaltar, ainda, que esse caso não é único no

que tange à existência de dispositivos legais que determinem, de alguma forma, mecanismos de consulta pública para edição de atos normativos²².

9. Considerações finais

Ao longo deste trabalho, pretendeu-se fazer uma revisão do processo de mudança do marco regulatório no tocante aos dispositivos que disciplinam o segmento operado pelas entidades fechadas de previdência complementar (fundos de pensão), procurando acompanhar desdobramentos técnicos e políticos desde a apresentação da proposta pelo Executivo até a fase de regulamentação, no mesmo poder.

Com relação às mudanças empreendidas nos dispositivos legais, percebeu-se que o alcance pretendido esteve longe de ser alcançado, pelo menos da forma propagada pelas autoridades do governo; levando-se em conta que as mudanças, mesmo demonstrando aspectos de modernização, não representaram rupturas com a situação anterior. Assim, quaisquer efeitos delas resultantes deverão acontecer em um prazo de tempo relativamente mais longo.

Nessa visão, Dixit (1996, p. 26) afirma que “mudança de regras ou normas frequentemente falham quando pretendem realizar um completo rompimento com o passado antes esperado”. O autor ainda reforça seu argumento citando uma observação similar à de North (1990) ao dizer que “mudança (r)evolucionária nunca é revolucionária tal como desejam seus defensores”.

Os efeitos das normas também são sentidos mais lentamente, tendo em vista aquilo que podemos chamar de inércia das normas sociais informais, que permeiam todo o processo político e decisório. Nesse sentido, a abordagem dos custos transacionais é útil na medida em que se percebeu a implicação desses custos não apenas na esfera econômica, mas principalmente na esfera política.

Outro elemento importante que devemos evidenciar é a utilidade da metodologia da

avaliação do discurso para aprimorar a percepção dos agentes dentro do processo político e decisório. Por ela pôde-se perceber os reais objetivos, as contradições e foi possível desvendar as estratégias para a adesão dos diversos “auditórios” envolvidos na temática da previdência complementar.

Verificando as etapas do processo, foi possível perceber o papel de diversos agentes interessados ou na mudança ou na conservação do *status quo*.

“Os grupos (de interesse) têm particularmente fortes motivos para formar coalizões para interceder pela continuidade da política. Assim, a política pode persistir por um longo período a despeito dos grandes custos que infligem o resto da economia” (DIXIT, 1996, p. 26).

Como se poderia esperar, os agentes privados, de maneira geral, mantiveram uma postura mais conservadora. No entanto, ao contrário do senso comum, foi observado que o movimento dentro do governo se dividiu em duas instâncias. No campo da modernização dos parâmetros técnicos, o movimento foi majoritariamente a favor das mudanças, mas, no campo da organização institucional, a burocracia governamental sofreu uma dissensão, revelando conflito de interesses, principalmente entre o Ministério da Fazenda e o da Previdência Social.

Assim, matrizes institucionais mais modernas que as utilizadas, tais como a implantação de uma agência reguladora para o segmento, foram totalmente impedidas, dado o impasse interno do governo e a ação dos grupos de interesse privados. Segundo North (1990), parte-se do pressuposto de que a luta dos agentes econômicos por diferentes formas de organização leva a um equilíbrio das instituições, que não é, contudo, necessariamente eficiente. Portanto, não deve ser necessário que todos estejam obrigatoriamente felizes com o arranjo institucional, mas tão-somente que se julgue que o custo de qualquer mudança não se justifique em função do benefício esperado.

Não obstante, as limitações institucionais que guiaram os movimentos estratégicos dos agentes conduziram a uma tentativa de equilíbrio, consubstanciada pela proposta de criação da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC). Como se observou, a iniciativa reforça substancialmente o aparato de supervisão dos fundos de pensão, deixando-se, entretanto, a esfera das decisões normativas pluralmente compartilhada, de maneira semelhante ao que vem sendo feito.

Ainda assim, existem alguns gargalos que devem ser vencidos, de maneira a não permitir que a inércia dos arranjos informais estabeleça novos mecanismos auto-reforçantes (*lock in e path dependence*), impedindo que novos avanços sejam alcançados.

Finalmente, espera-se que as contribuições oferecidas por este trabalho possam colaborar para o debate dentro do Congresso sobre a MPV nº 233, de 2004. Todas elas visam ao reforço democrático da ação dos novos órgãos propostos, por meio da instituição de mecanismos de controle entre os Poderes, e de transparência, de forma a permitir a elevação do padrão da política de ação regulatória dos fundos de pensão.

Notas

¹ De acordo com a Superintendência de Seguros Privados (Susep), o número de participantes estava assim distribuído entre os diversos produtos: 1,65 milhão vinculados às EAPC, 3,7 milhões às sociedades seguradoras e 1,85 milhão vinculados a planos do tipo Plano Gerador de Benefícios Livre (PGBL).

² Instituições são as regras do jogo da sociedade ou, mais formalmente, são as restrições que estruturam a interação humana. Elas são compostas por regras formais (estatutos, regulamentos), informais (convenções, normas de comportamento e códigos de conduta auto-impostos) e o *enforcement* de ambas (NORTH, 1990). As instituições possuem várias funções: reduzir as incertezas, introduzir regularidade e estabilidade ao dia-a-dia, servir de guia para as interações humanas, propagar informação, determinar as estruturas de incentivos e ajudar as pessoas a decodificar o contexto social de forma a torná-las aptas para fazer escolhas e tomar decisões.

³ A não-autonomia dos agentes privados encontra significado “na extensão em que eles têm seus conjuntos de escolhas condicionados por uma variedade de decisões estabelecidas no processo político em que se define o fluxo de regulação ou política econômica (...)” (MONTEIRO, 2004, p. 17).

⁴ Entidades sem fins lucrativos que comercializavam planos prometendo benefícios tecnicamente insustentáveis.

⁵ Mesmo ocorrendo um expressivo crescimento do número de entidades de previdência complementar patrocinadas pelo setor privado, em termos de volume de recursos, o setor estatal sempre foi amplamente majoritário. Hoje, 63% do patrimônio total cabe às entidades patrocinadas por empresas públicas, enquanto 37% dos ativos do segmento cabem às privadas (Dados MPS/SPC, mar-2004).

⁶ Dois traços básicos podem ilustrar esse modelo: (i) centralização autoritária do exercício de poder no Executivo; e (ii) aprofundamento da fragmentação do Estado (CODATO, 1997).

⁷ Esse movimento se assemelhou, em alguns aspectos, ao movimento de reação da grande burguesia brasileira contra a centralização das decisões de política econômica, na figura do antigo Conselho de Desenvolvimento Econômico (CDE) criado por Geisel.

⁸ O conjunto de pessoas que o “orador” deseja influenciar mediante seu discurso.

⁹ De acordo com Melo (2002), “grosso modo, *path dependency* descreve o viés criado pelo estado de coisas num momento inicial (ou anterior a determinados fenômenos) sobre o curso futuro dos acontecimentos. O conceito foi formulado (...) para explicar porque algumas instituições adquirem ‘resiliência’ ao longo do tempo”.

¹⁰ Aqui entendido como o uso de terminologias da ciência econômica utilizadas em diversos meios de comunicação e não a linguagem técnica e específica que somente os estudiosos da economia compreendem.

¹¹ Ver estudo *Uma simulação do crescimento do sistema de previdência complementar com o ingresso dos “instituidores”*, publicado na revista *Conjuntura Social*, editada pelo Ministério da Previdência Social (v. 10, n. 3, jul/ago/set, pp. 108, 1999).

¹² Diário da Câmara dos Deputados, 2/12/1999, p. 01847.

¹³ O IBA não possui competência legal para a fiscalização do exercício profissional do atuário.

¹⁴ Apenas a partir do Decreto nº 4.678, de 2003, o IBA não foi mais convidado a participar do CGPC.

¹⁵ A partir da gestão do Ministro Waldeck Ornêlas, os trabalhos acerca da Lei Complementar foram iniciados, com auxílio da equipe do Secretário de Previdência Complementar Paulo Kliass. Em dezembro de 2000, assumiu a SPC Solange Paiva, ainda na gestão de Waldeck Ornêlas, durante o

processo de tramitação da Lei Complementar no Congresso. Logo em seguida, o Ministério foi assumido por Roberto Brant. Apesar de ter sido mantida na SPC, Solange Paiva não conseguiu ficar em sintonia com os trabalhos daquela pasta exigidos pelo Ministro. Então, assumiu José Roberto Savóia, à época Secretário-Adjunto, o qual dirigiu a SPC até o final do mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Nesse ínterim, assumiu o Ministério José Cechin, no âmbito da última reforma ministerial do mandato de Fernando Henrique, baseada em critérios mais técnicos, com baixo impacto político sobre a relação entre os partidos. José Cechin era Secretário Executivo do Ministério da Previdência Social desde 1995. Assim, ao longo de cinco anos, tivemos três ministros e três secretários da SPC. Mesmo levando em conta que houve avanços na atuação do Estado sobre o mercado operado pelos fundos de pensão, a circulação de dirigentes é fator inibidor de qualquer processo de aprimoramento institucional.

¹⁶ Fonte: Ata da 64ª Reunião do CGPC – MPAS.

¹⁷ A votação em bloco não significou ausência de sugestões ou aprimoramentos por parte dos demais integrantes do governo. A posição em bloco foi eminentemente política.

¹⁸ Reportagem da *Folha de São Paulo*, Caderno FolhaInvest, de 11 de junho de 2001.

¹⁹ Essa informação foi publicada na Revista *Conjuntura Social*, p. 42-43, jul. set. 1999.

²⁰ No texto da MP, não há qualquer dispositivo que esclareça o funcionamento da Ouvidoria. Provavelmente, o Poder Executivo o fará por meio de decreto.

²¹ Para o Banco Central, existem dois dispositivos constitucionais que estabelecem o procedimento de aprovação de nomes para a diretoria e Presidência: (i) o art. 52, inciso III, alínea “d”, determinando que é competência privativa do Senado Federal aprovar, por voto secreto, após arguição pública; e (ii) o art. 84, inciso XIV, que estabelece a competência privativa do Presidente da República para nomear esses dirigentes, após aprovação do Senado Federal. Para a CVM, a aprovação do Presidente e dos diretores está estabelecida no art. 6º da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com a redação dada pela Lei nº 10.411, de 26 de fevereiro de 2002.

²² Outros exemplos podem ser verificados pelos seguintes dispositivos: (i) art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.427, de 1996 (lei da Aneel); (ii) art. 19 da Lei nº 9.478, de 1997 (lei da ANP).

Referências

BARR, Nicolas. Reforming pensions: myths, truths, and policy choices. In: PENSION SYSTEMS IN CRISIS: a Harvard University World Bank workshop on pension reform, 2000, Cambridge. Cambridge: The Kennedy School of Government, Harvard University, June, 2000.

BELTRÃO, K. I.; LEME, F. P.; MENDONÇA, J.L.; SUGAHARA, S. Análise da estrutura da previdência privada brasileira: evolução do aparato legal. *Texto para discussão n. 1043*, Rio de Janeiro, IPEA, 2004.

BOURDIEU, P. *A economia das trocas lingüísticas: o que falar quer dizer*. São Paulo: Edusp, 1991.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Boletim de previdência complementar*, Brasília, v. 1, n. 13, nov./dez. 2001.

_____. Fundos de pensão: onde o sonho é a realidade. *Conjuntura social*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 90, jul./set., 1998.

_____. Uma simulação do crescimento do sistema de previdência complementar com o ingresso dos “instituidores”. *Conjuntura social*, Brasília, v. 10, n. 3, p. 108, jul./set., 1999.

_____. Reforma da Previdência: mudanças e perspectivas. *Conjuntura Social*, Brasília, v. 11, n. 1, jan./mar., 2000.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CODATO, A. N. *Sistema estatal e política econômica no Brasil pós-64*. São Paulo: Hucitec/ANPOCS, 1997.

DIXIT, Avinash K. *The making of economic policy: a transaction cost politics perspective*. Cambridge: MIT Press, 1996.

FERNANDEZ, Ramón Garcia.; PESSALI, Huáscar Fialho. Oliver Williamson e a construção retórica da economia dos custos de transação. In: ARIDA, Pérsio; GALA, Paulo.; REGO, José Márcio. (Org.). *História do pensamento econômico como teoria e retórica: ensaios sobre metodologia em economia*. São Paulo: Editora 34, 2003.

GUSHIKEN, Luiz. *Regime próprio de previdência dos servidores: como implementar?: uma visão prática e teórica*. Brasília: MPAS, 2002.

HIRSCHMAN, Albert O. *A retórica da intransigência: perversidade, futilidade, ameaça*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

- KIEWET, Roderick; MCCUBBINS, M. *The logic of delegation: congressional parties and the appropriations process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.
- KLIASS, Paulo. Previdência complementar no Brasil. *Conjuntura Social*, Brasília, abr./jun. 2000.
- MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 46, p. 56-68, jun. 2001.
- _____. *Reformas constitucionais no Brasil: instituições políticas e processo decisório*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- MENEZELLO, Maria D'assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002.
- Michel Meyers. In: HUSMAN, Denis (Org.). *Dictionnaire des philosophes*. Paris: French & European Pubns, 1993.
- MONTEIRO, J.V. *Lições de economia constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.
- NORTH, D. C. *Institutions, institutional, change and economic performance*. Cambridge: University Press, 1990.
- PACHECO, Gustavo de Brito F. Retórica e nova retórica: a tradição grega e a teoria da argumentação de Chaim Perelman. *Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, [19—?]. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/textos/c1gpache.doc>. Acesso em: 01 dez. 2004.
- PERELMAN, Chaim. *A Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____.; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- ROGIERI, Nelson. Reforma da previdência e os fundos de pensão. *Conjuntura Social*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 90, jul./set. 1998.
- SCHMIDT, Vivien A. Does discourse matter in the politics of welfare state adjustment?. *Comparative Political Studies*, Washington, n. 35, p. 168-193, 2002.
- SILVA, Devanir da. Modelo de previdência complementar e suas perspectivas. *Conjuntura Social*, Brasília, v. 11, n. 2, abr./jun. 2000.
- SOLA, L.; GARMAN, C.; MARQUES, M. Banco Central, autoridade política e governabilidade democrática: um equilíbrio delicado. In: _____.; KUGELMAS, E.; WHITEHEAD, L. (Org.). *Banco Central, autoridade política e democratização: um equilíbrio delicado*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.
- _____.; KUGELMAS, E.; WHITEHEAD, L. (Org.). *Banco Central, autoridade política e democratização: um equilíbrio delicado*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.
- TOYOSHIMA, S. H. Instituições e desenvolvimento econômico: uma análise crítica das idéias de Douglass North. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 29, 1999.
- VILLELA, A. V.; MACIEL, C. S. A regulação do setor de infra-estrutura econômica: uma comparação internacional. *Texto para discussão n. 684*, Brasília, IPEA, 1999.