

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Outubro-Dezembro/2001 – Ano 38 – Nº 152



Aldemir Martins, "Marina", 1972. Acervo do Senado Federal.

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 38 • nº 152

outubro/dezembro – 2001

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) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

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

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, Ana Paula Marques Silva, Anderson de Figueiredo Matias

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Greyciane Souza Lins

REVISÃO DE PROVAS: Maria de Jesus Pimentel, Larissa dos Santos Aguiar, Renata Filgueira Costa, Viviane Inacio da Silva

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Camila Luz Ferreira

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.

Pidese 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 38 · nº 152 · outubro/dezembro · 2001

João Gualberto Garcez Ramos	Aspectos penais da “responsabilidade fiscal” 7
Olavo Nery Corsatto	Sistema legislativo brasileiro 23
Carlos Antonio de Almeida Melo	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: proposta de um critério objetivo para o estabelecimento do referencial temporal implícito 49
José de Ribamar Barreiros Soares	A justiça administrativa no Direito comparado 55
Marco Antonio Hatem Beneton	A racionalidade na teoria e prática jurídica enfocando a sociologia política e os tipos de dominação legítima em Max Weber 63
Fábio Wellington Ataíde Alves	O teste de alfabetização do pré-candidato a cargo eletivo: a concretização do art. 14, § 4º, da Constituição Federal 67
Gilberto Guerzoni Filho	Notas sobre a cobrança de contribuição previdenciária no serviço público 79
Roberto Sampaio Contreiras de Almeida	Os poderes instrutórios do juiz no processo civil e a instrumentalidade do processo 89
Carlos Fernando Mathias de Souza	Princípios gerais de direito 103
Agassiz Almeida Filho	Controle de inconstitucionalidade por omissão em Portugal 115
Eduardo Capellari	A crise do Poder Judiciário no contexto da modernidade: a necessidade de uma definição conceitual 135
Antonio Carlos de Almeida Diniz	Direito, Estado e Contrato Social no pensamento de Hobbes e Locke: uma abordagem comparativa 151
José Carlos Buzanello	Objecção de consciência: uma questão constitucional 173
Eduardo C. B. Bittar	Direito natural: sentido natural <i>versus</i> sentido cultural 183
Marcelo Garcia da Cunha	Responsabilidade civil do advogado 191
Ana Cláudia Porpino	Um <i>E</i> na Lei de Responsabilidade Fiscal 197

Karina Brunet	Crise do Estado: participação e solidariedade	205
Sandra Pires Barbosa	Emprego público e atividades exclusivas de Estado: incompatibilidade?	215
Dilvanir José da Costa	O direito de vizinhança e suas novas vertentes	233
Celso Barbi Filho	Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal	243
Hugo Hortêncio de Aguiar	Islamismo e Estado	269
Fernanda Stracke Moor	Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites	275

Resenha Legislativa

(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)

Fernando Antonio Lyrio Silva	A atuação do Congresso Nacional na área ambiental	303
------------------------------	---	-----

Aspectos penais da “responsabilidade fiscal”

João Gualberto Garcez Ramos

A partir do momento em que, no Brasil, a inflação foi reduzida aos níveis em que por ora se encontra, ao mesmo tempo foram colocados a nu os efeitos perversos que a cultura inflacionária, ao longo dos anos, produzira nas pessoas e nas instituições. E, ainda que essa redução possa não ser duradoura, são definitivos os conhecimentos auferidos a partir de sua redução.

A doma da inflação mostrou que, na verdade, os brasileiros estavam acostumados com ela. Como uma droga administrada a um ser vivo durante muito tempo, a inflação de dois dígitos produzira *tolerância* nos organismos. Ela era, então, parte da cultura nacional.

E um dos efeitos mais perversos dessa “droga” na mente das pessoas e no inconsciente das instituições consistia precisamente na crença da possibilidade da *geração espontânea* do dinheiro. Todos conseguem lembrar-se dos tempos em que os “juros” pagos pela caderneta de poupança, por exemplo, pareciam um verdadeiro milagre da multiplicação dos pães.

O *over night* era, então, uma espécie de panacéia, uma das melhores coisas que os tecnocratas do Setor Financeiro haviam conseguido inventar. Uma noite de sono e um monte de dinheiro paria um monte menor, suficiente para honrar compromissos de última hora ou, em alguns casos, para sustentar a família por um mês. Um verdadeiro prodígio da moderna “genética financeira”.

João Gualberto Garcez Ramos é Professor Adjunto da UFPR e Titular da Unipar; Procurador da República.

Com o controle da inflação, obtido em meados da década de 90, a crença na *geração espontânea* da moeda mostrou ser um gigantesco engodo. O que parecia ser o produto de *geração espontânea* era apenas um mecanismo que perpetuava os desajustes, que adia a hora da verdade. O momento em que as pessoas e as instituições teriam de trabalhar, de produzir para gerar dinheiro; a Era em que o dinheiro perderia parte de sua miraculosa “fertilidade”.

O fim da correção monetária antecipou esse momento. As instituições financeiras foram as primeiras a serem atingidas pelo novo momento econômico. Logo em seguida, o Setor Público percebeu que também estava em maus lençóis.

No caso das instituições financeiras, inúmeras foram as liquidações extrajudiciais que, de uma forma ou de outra, colaboraram para o saneamento do sistema, embora ninguém possa saber ao certo se o Setor Financeiro está hoje saneado ou não. Isso porque, infelizmente, inúmeras foram as operações governamentais de salvamento de instituições que, de tão pequenas, nunca representariam qualquer risco ao Sistema Financeiro Nacional. O Estado continua devendo à sociedade um esclarecimento cabal a respeito das motivações de algumas dessas atrapalhadas operações de salvamento. A ausência de critérios claros a respeito do que causa e do que não causa o chamado “risco sistêmico” é total. É possível afirmar que a atuação sempre errática e por vezes suspicaz do Banco Central é que é o verdadeiro risco sistêmico¹. Mas o tema do presente estudo não é esse. O tema é a nova sistemática de responsabilidade fiscal.

No Setor Público, após a redução da inflação, os ajustes ocorreram em diversas frentes. A rigor, a maioria das Emendas Constitucionais promulgadas desde 1994² resultam de um esforço de ajustamento do Setor Público à nova realidade econômica.

A Lei Complementar n. 101, de quatro de maio de 2000 – a chamada “Lei de Responsabilidade Fiscal” (LRF) – é um dos mais

significativos esforços nessa direção. E é dela e da Lei n. 10.028, de dezenove de outubro de 2000, de que se ocupará o presente estudo.

A primeira constatação a respeito da LRF é que ela é declaradamente inspirada no *Fiscal Responsibility Act 1994*, da Nova Zelândia. Essa lei foi editada em junho de 1994, passou a vigorar em 1º de julho de 1994 e foi ligeiramente emendada em 1998. E foi motivada, segundo afirmou seu Ministro das Finanças em setembro de 1995, pelo “historicamente pobre desempenho fiscal” da Nova Zelândia³.

Os antecedentes legais do *Fiscal Responsibility Act 1994* neozelandês encontram-se no *State-Owned Enterprises Act 1986* – lei que regulou a administração das empresas estatais naquele país – e o *Public Finance Act 1989*. Essas duas leis, entre outras providências, uniformizaram a contabilidade de todos os órgãos públicos e determinaram que eles seguissem a chamada *Generally Accepted Accounting Practice (GAAP)*. São as *rotinas contábeis* da Administração Pública, reguladas, no Brasil, principalmente pela Lei n. 4.320, de dezessete de março de 1964⁴. Essas iniciativas, ainda segundo o estudo assinado pelo Ministro das Finanças neozelandês e disponibilizado na Internet, “aumentaram a transparência da posição fiscal e estenderam o período para o relatório orçamentário de um para três anos”⁵.

O art. 5º do *Fiscal Responsibility Act 1994* – com o título “Generally accepted accounting practice” – reiterou a determinação de que todos os relatórios e declarações financeiras do Setor Público neozelandês sejam feitos de acordo com a *GAAP*⁶. O art. 50 da LRF dispõe, basicamente, o mesmo⁷.

As semelhanças, entretanto, não terminam aí.

Os valores políticos perseguidos pelo *Fiscal Responsibility Act 1994* são declaradamente os seguintes: 1º) a *transparência* das políticas públicas a serem adotadas, bem como as conseqüências econômicas e fiscais dessas políticas; 2º) um *foco plurianual* para o orçamento; 3º) a *previsibilidade* dos impac-

tos agregados na realização do orçamento; 4º) a *avaliação* independente e detalhada das políticas fiscais e 5º) a *facilitação* da fiscalização por parte do parlamento e da sociedade, das informações econômicas e fiscais⁸.

Como se resumisse e detalhasse todos esses princípios, o § 1º do art. 1º da LRF veio para estabelecer que

“a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”.

O art. 4º, seção 2, do *Fiscal Responsibility Act 1994* define a estratégia para a consolidação do que denomina *gerenciamento fiscal responsável*: a) *redução* do total da dívida pública a níveis prudentes, de maneira a providenciar-lhe uma proteção contra os fatores que podem impactá-la negativamente no futuro, assegurando-se que, até que esses níveis sejam atingidos, o total de despesas operacionais públicas sejam, a cada ano fiscal, menores do que as respectivas receitas tributárias; b) uma vez que a dívida pública total atinja esses “níveis prudentes”, *manutenção* desses níveis, assegurando-se que, na média, durante um razoável período de tempo, o total das despesas operacionais públicas não exceda o total das receitas tributárias; c) com o atingimento e a manutenção dos níveis prudentes do total da dívida pública, a *obtenção de um superávit* que garanta a ela uma proteção contra fatores que possam impactá-la negativamente no futuro; d) *gerenciamento* prudente dos riscos fiscais; e e) *perseguição* de políticas que sejam consistentes com um grau razoável de previsibilidade

de sobre o nível e a estabilidade dos tributos para os anos futuros⁹.

Rigorosamente todas essas estratégias estão espalhadas pela LRF. Enfim, a similitude entre as duas leis é notável.

Não é possível, ainda, tirar conclusões a respeito da *constitucionalidade* da LRF como um todo. Assim como Ricardo Lobo Torres (2000, p. 42) e Betina Treiger Grupenmacher¹⁰, suspeita-se da inconstitucionalidade de diversos de seus dispositivos.

E a suspeita é a atitude mais apropriada, pois os ordenamentos jurídicos do Brasil e da Nova Zelândia não são exatamente similares. Para usar a expressão consagrada pelo comparatista francês René David, eles não pertencem à mesma “família” jurídica¹¹. Enquanto o Brasil é um típico representante da família romano-germânica, ou do *Civil Law*, a Nova Zelândia, membro da *Commonwealth* que é, apresenta-se como uma legítima representante da família do *Common Law*.

Mas não é só isso.

A Nova Zelândia tem dimensão territorial¹² muito menor do que a do Brasil: ela equivale, territorialmente, a alguns Estados brasileiros, como Piauí¹³ e Tocantins¹⁴.

A centralização proposta pelo *Fiscal Responsibility Act 1994* não deve ter causado estranheza lá, pois a Nova Zelândia não é uma federação. Mas o Brasil é; e a sistemática implantada pela LRF implicará sensível mitigação das autonomias regionais e municipais¹⁵.

É possível, pois, prever problemas na adaptação da nova metodologia à sistemática constitucional. Ou na adaptação da sistemática constitucional a essa nova metodologia?

Uma análise retrospectiva da atuação do atual governo revela um olímpico desprezo pela sistemática implantada pela “Constituição Cidadã”. A idéia é de que ela produz “ingovernabilidade”. Nenhum outro fator, senão essa ideologia, fez da Constituição de 1988 a mais emendada da história do Brasil. Por isso, responde-se à pergunta acima:

é mais provável a adaptação do ordenamento constitucional à lei, invertendo-se radicalmente a pirâmide kelseniana. Em pouco tempo iniciar-se-á a “constitucionalização” da LRF¹⁶.

Há, contudo, aspectos indiscutivelmente positivos nessa nova experiência institucional. Como afirmou com muita acuidade Friedmann Anderson Wendpap, o

“aspecto extremamente positivo da LRF será a criação de ambiente de lealdade na disputa eleitoral. Até hoje as pessoas que se dedicaram à atividade política estiveram expostas a meio ambiente pernicioso, em que vale a lei do cão. É fácil perceber que o político que não cobra impostos como IPTU e ISS, não cobra pelo asfalto, distribui benesses individuais, tem mais chances de se conservar na vida pública por via eleitoral. O político que vem para pagar contas, arrumar a casa, economizar o dinheiro público, cobrar tributos, não tem vida política longa. (...) A LRF auspícia saudável ambiente para o exercício da atividade política. Quiçá, premidos por seus imperativos, anjos e demônios vejam-se compelidos a condutas similares como ordenadores de despesa pública. Todos terão de cobrar tributos, limitar gastos, demitir funcionários, poupar dinheiro público, chegar ao superávit. A disputa eleitoral, em ambiente transparente, dar-se-á em torno da capacidade de cada candidato em maximizar os resultados positivos com o uso do dinheiro do povo”(WENDPAP, 2001, p. 10) .

Além disso, é ponderável afirmar que a mitigação da federação, proporcionada, em um primeiro momento, pela LRF, tenha, no longo prazo, um impacto positivo sobre o equilíbrio entre os entes políticos; em outras palavras, que reafirme a própria Federação. Isso porque o dever de instituir e cobrar todos os tributos, imposto pelo art. 11 da LRF¹⁷ – certamente um dos itens mais polêmicos,

no que diz com sua constitucionalidade¹⁸ –, tende a tornar os Estados e Municípios, com o tempo, menos dependentes das transferências por parte da União.

O tema deste estudo, porém, é relacionado com os aspectos penais da nova sistemática de responsabilidade fiscal.

Conforme se sabe, a LRF não contém normas penais em sentido estrito. Por essa razão, seu art. 73 dispôs que

“as infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-lei n. 2.848, de sete de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei n. 1.079, de dez de abril de 1950; o Decreto-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei n. 8.429, de dois de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente”.

Assim, pouco mais de cinco meses depois da edição da LRF, foi editada a Lei n. 10.028/2000, que alterou o Código Penal, a Lei n. 1.079/50 e o Decreto-lei n. 201/67. Interessam ao presente estudo os seus artigos 2º e 4º. Isso porque os artigos 3º e 5º da Lei n. 10.028/2000 dão às condutas trato político e administrativo, respectivamente, sendo alternativas ao trato propriamente penal dessas condutas. Absurdo, rigorosa e inominavelmente absurdo o novo art. 41-A da Lei n. 1.079, de dez de abril de 1950, a ela acrescentado pelo art. 3º da Lei n. 10.028/2000. Por essa razão não será analisado neste estudo; tamanho despautério merece um estudo específico, a ser feito oportunamente¹⁹.

A primeira indagação válida, quando se estuda a introdução de tipos incriminadores no ordenamento jurídico-penal, consiste precisamente em investigar quais os motivos pelos quais foram criados. A pergunta é a seguinte: por que cargas d’água foram criados novos tipos penais e o responsável pela novidade não confiou nos já existentes?

O setor da ciência criminal global dedicado ao estudo dos *princípios* que levam ou que devem levar o Estado a optar por medi-

das de caráter penal chama-se *política criminal*²⁰.

Aníbal Bruno não logrou definir se a política criminal é ciência ou arte, mas estabeleceu que ela se constitui no “conjunto de princípios de orientação do Estado na luta contra a criminalidade, através de medidas aplicáveis aos criminosos”(1959, p. 33). Paul Johann Anselm von Feuerbach, o mais clássico dos clássicos alemães, já dera definição semelhante²¹.

Sabendo ou não, essa entidade abstrata e em grande medida imaginária chamada *legislador* realiza a política criminal do Estado ao eleger condutas e ameaçar seus autores com pena criminal. Quanto mais consciente de princípios superiores para a construção de novos tipos penais incriminadores, melhor é sua política criminal.

Repita-se a pergunta: porque o legislador houve por bem criar os tipos penais da Lei n. 10.028/2000 e não confiou nos já existentes? E acrescenta-se uma outra: seguiu o legislador os bons princípios político-criminais para criar esses tipos?

Quanto à primeira parte da pergunta, a resposta é intuitiva. O legislador criou os tipos penais da Lei n. 10.028/2000 porque considerou que a única forma de lograr obter a obediência dos administradores públicos seria por meio da ameaça de sanção penal. Sem que se sentissem intimidados com a ameaça penal, pensou, não seria possível obter a disciplina fiscal indispensável ao equilíbrio das contas públicas no Brasil. Por isso não confiou nos tipos penais já existentes. Ao menos foi esse o discurso oficial. Não se deve olvidar que, nos dias atuais, o labor legislativo em matéria penal – dada a cobertura proporcionada pela imprensa – tornou-se um atestado de seriedade no trato dos temas públicos e rende um prestígio que não pode ser medido senão em votos. Qualquer labor legislativo. Mesmo que cause dificuldades futuras na aplicação das leis dele originadas.

Quanto à segunda pergunta – se seguiu bons princípios político-criminais –, a resposta é mais difícil. E decididamente não pode

ser monolítica. No caso específico da Lei n. 10.028/2000, a única conclusão possível é de que em parte seguiu e em parte se afastou dos bons princípios político-criminais.

A moderna *política criminal* frisa o antigo ensinamento segundo o qual o Direito Penal é ou *deve ser* a última *ratio* do Estado, pena de sua deslegitimação. Como pelotões militares em uma guerra, o Direito Penal deve ser aquele que o comandante lança mão quando nenhum dos outros logrou derrotar o inimigo. Se o comandante lança mão desse pelotão quando ainda não esgotou todas as demais possibilidades, seu comando corre o risco de se deslegitimar, pois o pelotão penal é *diferente* dos demais. Sua resposta é desproporcionalmente mais violenta que as demais. Estigmatiza seu alvo e pode-se revelar remédio mais forte do que o mal praticado. Enrique Bacigalupo Zapater escreve que,

“exteriormente considerado, o direito penal procura alcançar seus fins declarando certos comportamentos como indesejáveis e ameaçando sua realização com sanções de rigor considerável: suas sanções são as mais rigorosas que se conhecem no sistema social e os comportamentos aos quais estas se conectam são – em princípio – os mais intoleráveis para o sistema social”²².

Assim, a conduta incriminada deve corresponder, o quanto seja possível, a um *conceito material* de crime. Segundo Heleno Cláudio Fragoso, o crime, sob o aspecto material, é “um desvalor da vida social, ou seja, uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa (dano ou perigo) a um bem, ou a um valor da vida social” (1986, p. 147).

A idéia acima exposta parece remontar a Raffaele Garofalo e sua idéia de *delito natural*²³, já definitivamente abandonada. Isso, porém, não é exato, pois sabe-se que até hoje não foi possível encontrar uma definição que abarque todos os crimes. Trata-se, ao contrário, de se fixar uma tendência, isto é, um

objetivo, qual seja, o de se construírem tipos penais incriminadores o tão próximos quanto possível de uma noção material de crime, como obtempera Luiz Alberto Machado:

“É evidente que, pela sua amplitude conceitual, a definição material do crime tem sabor pré-legislativo, de orientação e parâmetro à liberdade legislativa de criação de delitos, limitada pela valoração político-criminal do Estado Democrático de Direito democrático liberal” (1986, p. 78).

Os crimes da Lei n. 10.028/2000 aproximam-se de um conceito material de crime?

Para responder a essa indagação, é mister localizar os *objetivos principais* da LRF. São eles, segundo os seus mais autorizados estudiosos (KHAIR, 2000), o *planejamento*, a *transparência*, o *controle* e a *responsabilização*. São esses valores que, alcançados, redundarão em uma melhor e mais eficiente administração fiscal.

Um primeiro passo para auferir a legitimidade penal da lei é identificar se os tipos penais constantes da Lei n. 10.028/2000 servem a esses valores fundamentais. Se a resposta for positiva, é possível que estejamos diante de normas penais legítimas.

Tome-se, em primeiro lugar, o *planejamento*. As infrações contra o *planejamento fiscal* – basicamente, condutas omissivas – encontram-se, em sua maioria, no art. 5º da Lei n. 10.028/2000, que define as infrações administrativas contra as leis de finanças públicas:

“Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas: I – deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei; II – propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei; III – deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidas em lei; IV – deixar de ordenar ou de promover, na forma e

nos prazos da lei, a execução de medida para redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição do Poder no limite máximo”.

Para todas essas condutas previu a lei a pena de “multa de trinta por cento dos vencimentos do agente que lhe der causa” e frisou que o pagamento é de sua responsabilidade pessoal²⁴. E definiu, outrossim, que os prováveis autores dessas infrações serão julgados “pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida”²⁵.

Neste passo, andou bem a Lei n. 10.028/2000. Ao optar pelo direito administrativo – quando poderia ter criado tipos penais omissivos puros –, demonstrou ter reservado o direito penal para as condutas mais graves e perigosas e/ou danosas ao chamado “equilíbrio fiscal”.

Quanto ao valor *transparência da gestão fiscal*, a Lei n. 10.028/2000 não andou tão bem.

Como demonstração de que a transparência é um dos valores centrais da nova sistemática, prevê, nos artigos 48 e 49 da LRF, os instrumentos dessa transparência. Assim, o art. 48, *caput*, dispõe que

“são instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; a prestação de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos”.

O parágrafo único do art. 48 da LRF estabelece, por sua vez, que “a transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos”.

No art. 49, *caput*, da LRF, tem-se que “as contas apresentadas pelo Chefe do Poder

Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade”.

E, finalmente, o parágrafo único do art. 49, destinado exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo Federal, determina o conteúdo de sua prestação de contas, o que serve de orientação aos chefes dos demais entes políticos. Determina esse dispositivo que “a prestação de contas da União conterá demonstrativos do Tesouro Nacional e das agências financeiras oficiais de fomento, incluído o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, especificando os empréstimos e financiamentos concedidos com recursos oriundos dos orçamentos fiscal e da seguridade social e, no caso das agências financeiras, avaliação circunstanciada do impacto fiscal de suas atividades no exercício”.

Pela leitura de todos esses dispositivos, percebe-se a importância que a *transparência* teve na criação da nova sistemática de responsabilidade fiscal. Estranhamente, porém, a Lei n. 10.028/2000 não contém nenhuma sanção – penal ou administrativa – ao administrador público que ignorar, fraudar ou ludibriar esses instrumentos, disponibilizando as demonstrações de forma que a clareza dos dados fique comprometida.

As infrações penais previstas na Lei n. 10.028/2000 atentam, basicamente, contra o *controle* das contas públicas.

Essa característica é, portanto, o maior defeito da nova sistemática, ao menos no que diz com os seus aspectos penais. Ela constrói tipos penais exclusivamente sobre condutas violadoras das sistemáticas de *controle do endividamento público*. Para as condutas omissivas que atentam contra o *planejamento* das estratégias fiscais, prevê sanções administrativas, no que está rigorosamente certa; para as condutas mais fraudulentas desse mesmo planejamento, os tipos

penais do Código Penal parecem perfeitamente adequados.

Para as condutas que eliminam a *transparência* no trato desse mesmo planejamento e na divulgação dos resultados das estratégias, a nova sistemática não contempla sanção qualquer, no que está profundamente equivocada. Ora, o *descontrole* das contas públicas decorre da falta de *planejamento* e a responsabilização, outro dos pilares da LRF, da falta de *transparência*. As contas públicas que houverem sido adequadamente planejadas são – ao menos teoricamente – menos sujeitas a descontrole na sua execução. O mesmo se diga das previamente fiscalizadas pela sociedade.

Assim, percebe-se que a LRF optou por privilegiar gravemente a punição do agente público que cause o *descontrole* das contas públicas, quando poderia ter lançado mão de instrumentos punitivos menos intensos – multas, inelegibilidade e outros – para estimular os administradores a implementar um planejamento mais competente e transparente. Como na família e na sociedade, educa-se agora para não ter de punir depois.

O calcanhar de aquiles da nova sistemática reside precisamente na diferença existente entre os sujeitos dessa nova realidade. Segundo os dados do Censo de 1996, confirmados pelo que está para ser divulgado, o Brasil possui 5.507 municípios, dos quais 91,3% – ou 5.027 municípios – têm uma população de até cinquenta mil habitantes. E, entre esses, 81% – ou 4.073 municípios – têm menos de vinte mil habitantes.

Esses municípios menores não têm a mesma capacidade de organização e planejamento que os maiores. Seus administradores, não raro, são amadores, insipientes e incipientes.

Não foi por outra razão que o art. 63 da LRF dispensou-lhes um tratamento favorecido. Segundo esse dispositivo, esses municípios podem divulgar o relatório mencionado no art. 22²⁶ e no art. 30, § 4^o (FRAGOSO, 1986, p. 147), ambos da LRF, duas vezes

por ano, ao final de cada semestre, e não três vezes por ano, ao final de cada quadri-
mestre.

Além disso, o art. 64 da LRF cria, para a União, o dever de prestar aos Municípios “assistência técnica e cooperação financeira”, com o objetivo de modernizar-lhes as respectivas administrações tributária, financeira, patrimonial e previdenciária.

Tudo com o objetivo de facilitar o cumprimento das normas da LRF. Esse dever de assistência técnica consiste, basicamente, no treinamento e desenvolvimento dos quadros das Prefeituras e na “transferência de tecnologia”, com vistas a obter a maior transparência possível nas contas públicas. O dever de cooperação financeira corresponde à “doação de bens e valores, o financiamento por intermédio das instituições financeiras federais e o repasse de recursos oriundos de operações externas”²⁷.

Será suficiente?

O eventual *descontrole* nas contas públicas advirá sempre de mal *planejamento*. Qual a sanção prevista no ordenamento jurídico à própria União, quando ela tardar em cooperar com os Municípios mais pobres e de menor população? Não se encontra na LRF e em nenhum outro dispositivo. Ao administrador do município pobre, que não tenha recebido o apoio necessário com vistas à profissionalização de seus quadros, será lícito direcionar punições severas? São perguntas que logo serão respondidas pelo Poder Judiciário, a quem caberá analisar as acusações dirigidas aos administradores.

É hora, porém, de tratar mais de perto das figuras penais contempladas na nova sistemática para proteger o equilíbrio das contas públicas propriamente dito. Em outras palavras, o *controle* da administração dessas contas.

Para tanto, a Lei n. 10.028/2000 acrescentou diversos dispositivos ao Código Penal. Não fez o que seria normal, isto é, acrescentar os artigos, numerando-os e, depois, renumerar os subseqüentes; normal e perfeitamente inócuo, pois o art. 359 é o antepenúltimo dispositivo do Código Penal. Parece, porém, que algumas das experiências passadas, em que inadvertidamente tentou-se renumerar dispositivos da Parte Especial do Código Penal, deixou marcas. Na presente experiência, a lei acrescentou oito tipos penais ao Código Penal e não o renumerou.

O resultado dessa operação causa perplexidade, pois o art. 359 do Código Penal – cujo *nomen iuris* é “desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito” – não tem absolutamente nada que ver com a questão tributária ou orçamental. Eis que, nesse caso, os acessórios não têm nada que ver com o principal.

O novo art. 359-A do Código Penal dispõe que constitui crime punido com pena de reclusão, de um a dois anos, “ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa”.

São condutas assemelhadas a essa as do administrador público que “ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo (...) com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal”²⁸ e a do que “ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo (...) quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei”²⁹

O *nomen iuris* dessas três condutas é “Contratação de operação de crédito”, o que não deixa de ser uma impropriedade; não é criminosa a operação de crédito, mas aquela feita sem autorização legal ou com excesso em relação à autorização legal; indevida, portanto. O *nomen iuris* correto seria “Contratação irregular de operação de crédito”.

Figuras penais semelhantes passam a existir nos incisos XVII³⁰ e XX³¹ do art. 1º do DL n. 201/67, que ameaçam seus autores com pena de detenção de 3 (três) meses a 3 (três) anos, além da perda do cargo público.

Todas essas condutas atentam, efetivamente, contra o objetivo de *controle das contas públicas*, na medida em que ampliam o seu déficit. Não merecem críticas, pois, com

relação à sua legitimidade penal. Da mesma forma os novos artigos 359-D – “Ordenação de despesa não autorizada”³² – e 359-E – “Prestação de garantia graciosa”³³. Ambas constituem estereótipos de condutas perigosas ou lesivas ao equilíbrio das contas públicas e ao patrimônio público como um todo.

Correta, pelos mesmos motivos acima citados, a incriminação, pelo art. 359-H, do Código Penal, da conduta de “ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e custódia”. A única crítica que se lhe pode dirigir é relacionada ao seu *nomen iuris*: “Oferta pública ou colocação de títulos no mercado” não diz com precisão aquilo que prevê a norma. A pena de reclusão mais severa, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, está justificada pelo perigo que a conduta representa à economia popular.

Nenhuma das figuras típicas acrescentadas ao Código Penal pela Lei nº 10.028/2000, porém, parece mais justificada do que as dos artigos 359-C – com o *nomen iuris* de “Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura” – e 359-G – com o *nomen iuris* de “Aumento de despesas total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura”.

O art. 359-C do Código Penal ameaça com pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, a conduta de

“ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa”.

O art. 359-G do Código Penal ameaça com igual pena o administrador que “ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete

aumento de despesa total com pessoal, no cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura”.

São suficientes os episódios escandalosos de assunção de enormes dívidas pelos maus administradores, justo ao final de seus mandatos, as quais haverão de ser suportadas pelos seus sucessores, que ficam de pés e mãos atados no mandato subsequente. Há inúmeros políticos que parecem “especializados” em depauperar as reservas públicas, contabilizar ganhos políticos com isso e passar todo o mandato de seu sucessor – empenhado em recuperar o erário – a criticá-lo justamente pela ausência de obras. Era preciso pôr um fim nessas atitudes desleais e lesivas aos cofres públicos. Os novos tipos penais vieram a seu tempo.

O art. 359-G do Código Penal, sob o *nomen iuris* de “Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar”, ameaça com pena de seis meses a 2 (dois) anos o administrador que “ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei”.

Há, nesse tipo penal, a assimilação de duas condutas não equivalentes. É indiscutivelmente mais grave a conduta do administrador que “ordena ou autoriza a inscrição em restos a pagar de despesa que não tenha sido previamente empenhada” do que a do administrador que “ordena ou autoriza a inscrição em restos a pagar de despesa que exceda limite estabelecido em lei”.

Não há justificativa para que esses dois tipos penais figurem no mesmo dispositivo legal que, assim, torna-se um *tipo misto cumulativo*. A primeira conduta tem um componente de fraude que a segunda não possui. O administrador que inclui nos restos a pagar uma despesa que não houvera sido previamente empenhada sabe ou deve saber que, com isso, favorece interesses privados em detrimento do erário. A conduta equivale, *mutatis et mutandis*, àquela prevista no art. 1º, inciso XII, do Decreto-lei n. 201/67³⁴, do Prefeito Municipal que antecipa ou in-

verte a ordem de pagamento a credores do Município, sem ganho para o erário.

No segundo caso, a despesa existe, porque foi previamente empenhada, mas sua inclusão em restos a pagar é vedada, pois ela excede os limites legais. A segunda conduta põe em perigo o controle das contas, mas não lesa, por exemplo, outros credores do Estado. Sua gravidade é claramente menor.

Outro crime incluído no Código Penal, no novo art. 359-F, sob o *nomen iuris* de “não cancelamento de restos a pagar”, tem a seguinte redação: “Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei: pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos”.

Essa nova conduta padece de alguns defeitos que não podem deixar de ser apontados. O primeiro deles diz com sua natureza jurídico-penal: é um *post factum* impunível.

O administrador público que inclui quantias em restos a pagar fá-lo porque pretende honrá-los. Pergunta-se: será ele punido duas vezes, uma porque incluiu e outra porque deixou de ordenar, autorizar ou promover o cancelamento da inclusão? Ora, indiscutível que a segunda conduta é um *post factum* impunível. Não se pune, pela prática de apropriação indébita, o autor de furto porque uma hipotética autoridade intima-o a devolver a coisa furtada e ele não o faz. Se não há como punir um fato que meramente exaure o primeiro crime, muito menos há como puni-lo duas vezes.

Outra questão. Como se dará o mecanismo por meio do qual o Administrador Público saberá que deve excluir aquelas quantias acima dos limites? Quem fará essa determinação? Deve ser alguém do mundo dos vivos, porque a lei não prevê prazo algum para que ocorra esse cancelamento. E aí outra pergunta ocorre. Se o prazo não nasce *ex vi legis*, quem o estabelece? Esse “alguém” fixará o prazo? Estar-se-á, então, diante de uma pessoa que ameaçará com pena criminal um Prefeito, um Governador ou um ou-

tro administrador, como, por exemplo, o Presidente do Supremo Tribunal Federal. Que pessoa será essa? É razoável que esse “estímulo” se verifique sob ameaça de pena criminal? Não parece que seja. Assim, prevêem-se problemas quase insolúveis para a aplicação do novo art. 359-F do Código Penal.

Aliás, esses mesmos problemas verificar-se-ão com a aplicação do art. 4º da Lei n. 10.028/2000, que acrescentou oito incisos ao art. 1º do Decreto-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967.

São condutas criminosas restritas aos administradores públicos municipais, razão pela qual uma indagação faz-se indispensável: por que somente eles?

Tome-se o novo inciso XXI do art. 1º do DL n. 201/67, que ameaça com a pena de detenção de 3 (três) meses a 3 (três) anos a conduta de “captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido”.

Se essa conduta é penalmente relevante – e a seguir-se o raciocínio até o momento desenvolvido ela o é, porque periclita o controle das contas públicas –, ela o é seja qual for o administrador público – que pode captar recursos via instituição de tributos, obviamente – envolvido. Se um Governador de Estado capta recursos nessas condições, coloca em perigo as contas públicas e atinge, ao mesmo tempo, a economia popular. Aliás, atinge a economia popular em um âmbito muito mais extenso do que aquele que poderia atingir um Prefeito Municipal. Pergunta-se, então, por que não tornar criminosa a conduta do Governador de Estado? Não há, na Lei n. 10.028/2000, qualquer conduta criminosa equivalente cujo autor típico seja Governador de Estado. Não há dúvidas de que os municípios representam, sob o prisma do equilíbrio geral das contas públicas, um perigo maior, pois são muitos e marcadamente amadores no que diz com a administração dos seus erários. Contudo, nada justifica que apenas os Pre-

feitos Municipais sejam ameaçados com pena criminal por condutas que desequilibram e põem em perigo as contas públicas e a economia popular. A mesma crítica pode ser feita com relação ao tipo do novo inciso XXII do art. 1º do Decreto-lei n. 201/67³⁵.

Outros incisos, acrescentados ao art. 1º do Decreto-lei n. 201/67 – especificadamente os incisos XVI³⁶, XVIII³⁷ e XIX³⁸ –, merecem crítica um tanto diversa. Eles não correspondem, nem de longe, a um conceito material de crime. Não há, nem nunca houve, clamor público para que essas condutas fossem proibidas sob ameaça de pena criminal; até porque os procedimentos implementados pela LRF ainda não são, hoje, mais do que uma experiência. Algumas das recalcitrâncias dos administradores públicos não serão graves o suficiente para terem exigido uma resposta penal aos seus autores; poderão constituir, simplesmente, sintoma de inadaptação.

Todas essas incriminações decorrem da ânsia dos ideólogos da responsabilidade fiscal em obter, a qualquer custo, a adesão dos administradores públicos à nova sistemática. Com elas, o Direito Penal não é utilizado como última *ratio* do controle social, senão como um instrumento de ameaça aos que não quiserem se enquadrar na nova sistemática.

Essa atitude é duplamente perigosa, como, aliás, acima já se escreveu. Em primeiro lugar, porque vulgariza o instrumento – Direito Penal – que passa a ser subalterno de uma política contingente. Em segundo lugar, porque subtrai o devido valor ao destinatário desse mesmo instrumento. O Administrador Público – e não apenas o eleito por seus pares, como é o caso do Prefeito Municipal, mas também aquele que exerce suas funções porque designado por uma autoridade hierarquicamente superior – tem uma importância política, para o concerto social, que não pode ser desprezada. A lei penal o etiquetará, transformando-o automaticamente em um criminoso, quando o máximo que se poderá dizer dele é que

é inepto, incompetente. Por duas vias, portanto, pode operar-se a deslegitimação da norma penal incriminadora, com prejuízos para toda a sociedade. Não se questiona a punição das condutas, mas o Direito Penal não é, definitivamente, o instrumento adequado para puni-las.

Os excessos penais da Lei n. 10.028/2000 chegam a um nível insuportável – um verdadeiro ponto de ruptura – com o inciso XXIII, que acrescenta ao art. 1º do Decreto-lei n.º 201/67. Como um símbolo, ele demonstra como os valores de uma política contingente não podem ser eleitos, *ipso facto*, como valores da sociedade.

O referido inciso ameaça com pena de detenção, de três meses a três anos, além da perda do cargo e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, o Prefeito Municipal que “realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei”.

O absurdo é evidente. Quem *recebe* transferência voluntária colabora para o equilíbrio das contas públicas do ente que administra, não para seu desequilíbrio. Pode colaborar para o desequilíbrio das contas públicas do ente que realiza a transferência. Não há, porém, fonte legal que crie o dever de equilibrar as contas públicas de outrem. O Administrador Público que *recebe* recursos para seu município não comete crime, ainda que o art. 1º, inciso XXIII, do Decreto-lei n. 201/67 diga o contrário. O *princípio da lesividade* deve estar presente em todo e qualquer tipo penal incriminador. Qualquer disposição em contrário é inconstitucional.

A ânsia pela submissão incondicional a uma nova política pública não pode ir até o ponto em que constitua abuso de um radical instrumento de controle como o Direito Penal. Ele é maior do que todas as políticas, contingentes por natureza. Ele não *pertence* ao Governo, por melhor que seja. Ele *pertence* aos cidadãos.

A advertência não é despidianda nem desimportante. O *princípio da lesividade*, como

pontua com precisão Nilo Batista³⁹ foi olvidado quando da construção de inúmeros tipos penais baseados na doutrina da Segurança Nacional. Não é preciso escrever mais para sublinhar sua importância para a construção de um Estado de Direito democrático.

Notas

¹ Cf., a propósito Ella Wiecko Volkmer de Castilho (1998, p. 287): “No âmbito investigado, verifica-se que é o Banco Central quem decide, fundamentalmente, quais são os fatos que geram prejuízo ao sistema financeiro e que pessoas deverão se submeter à repressão penal. A seleção básica é feita mediante o uso de parâmetros pouco transparentes e dificilmente questionáveis em face do sigilo bancário. A quantificação e a qualificação das condutas excusadas é impossível. Mas (...) pode-se inferir que a filtragem é generosa. O que resta é muito pouco: uma média de 76 casos por ano em todo o Brasil”.

² Entram nessa categoria, com matizes diversos, cuja análise o tema deste trabalho não comporta, as Emendas Constitucionais números 6, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 27, 29, 30, e 31.

³ A frase é a seguinte: “*Part of the motivation for the Act was to address New Zealand’s history of poor fiscal performance, to reduce public debt (...) and to improve fiscal management*” (Tradução livre: “Parte da motivação da lei foi endereçada ao pobre desempenho fiscal da nova Zelândia em reduzir a dívida pública e em melhorar o gerenciamento fiscal”) (Disponível em: <http://www.treasury.govt.nz/legislation/fra/explanation/>).

⁴ “Dispõe sobre a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”.

⁵ Trecho original, para conferência: “*Administrative practice had also increased the transparency of the fiscal position and extended the period for budget reporting from one to three years*” (Disponível em: <http://www.treasury.govt.nz/legislation/fra/explanation/>).

⁶ Trecho original, para conferência: “*All financial statements included in reports required under this Act shall be prepared in accordance with generally accepted accounting practice*” (Disponível em: <http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/1994/se/017se5.html>).

⁷ “Além de obedecer às demais normas de contabilidade pública, a escrituração das contas públicas observará as seguintes: I – a disponibilidade de caixa constará de registro próprio, de modo que os recursos vinculados a órgão, fundo ou despesa obrigatória fiquem identificados e escriturados de forma individualizada; II – a despesa e a assunção de compromisso serão registrados segundo o regime de competência, apurando-se, em caráter suplementar, o resultado dos fluxos financeiros pelo regime de caixa; III – as demonstrações contábeis compreenderão, isolada ou conjuntamente, as transações e operações de cada órgão, fundo ou entidade da administração direta, autárquica e fundacional, inclusive empresa estatal dependente; IV – as receitas e despesas previdenciárias serão apresentadas em demonstrativos financeiros e orçamentários específicos; V – as operações de crédito, as inscrições em Restos a Pagar e as demais formas de financiamento ou assunção de compromissos junto a terceiros, deverão ser escrituradas de modo a evidenciar o montante e a variação da dívida pública no período, detalhando, pelo menos, a natureza e o tipo de credor; VI – a demonstração das variações patrimoniais dará destaque à origem e ao destino dos recursos provenientes da alienação de ativos. § 1º No caso das demonstrações conjuntas, excluir-se-ão as operações intragovernamentais; § 2º A edição de normas gerais para consolidação das contas públicas caberá ao órgão central de contabilidade da União, enquanto não implantado o conselho de que trata o art. 67. § 3º A Administração Pública manterá sistema de custos que permita a avaliação e o acompanhamento da gestão orçamentária, financeira e patrimonial”.

⁸ A tradução, no texto, é livre. Trecho original, para conferência: “*The Act (refere-se ao “Fiscal Responsibility Act 1994”) sets out to do five things: increase the transparency of policy intentions and the economic and fiscal consequences of policy; bring a long-term (as well as an annual) focus to budgeting; disclose the aggregate impact of a Budget in advance of the detailed annual budget allocations; ensure independent assessment and reporting of fiscal policy; and facilitate parliament and public scrutiny of economic and fiscal information and plans*” (Disponível em: <http://www.treasury.govt.nz/legislation/fra/explanation/>).

⁹ Trecho original, para conferência: “*the principles of responsible fiscal management are: a) reducing total Crown debt to prudent levels so as to provide a buffer against factors that may impact adversely on the level of total Crown debt in the future, by ensuring that, until such levels have been achieved, the total operating expenses of the Crown in each financial year are less than its total operating revenues in the same financial year; and b) once prudent levels of total Crown*

debt have been achieved, maintaining these levels by ensuring that, on average, over a reasonable period of time, the total operating expenses of the Crown do not exceed its total operating revenues; and c) achieving and maintaining levels of Crown net worth that provide a buffer against factors that may impact adversely on the Crown's net worth in the future; and d) managing prudently the fiscal risks facing the Crown; and e) pursuing policies that are consistent with a reasonable degree of predictability about the level and stability of tax rates for future years” (Disponível em: <http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/1994/se/017se4.html>).

¹⁰ GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Lei de responsabilidade fiscal: competência tributária, arrecadação e renúncia*. Ensaio (no prelo).

¹¹ “O agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo. (...) Em primeiro lugar, limitar-nos-emos, de um modo mais pragmático, a por sumariamente em relevo as características essenciais de três grupos de direitos que, no mundo contemporâneo, ocupam incontestavelmente uma situação proeminente: família romano-germânica, família da common law, família dos direitos socialistas” (DAVID, 1978, p. 44).

¹² Aproximadamente 267.844 quilômetros quadrados.

¹³ Aproximadamente 251.273 quilômetros quadrados.

¹⁴ Aproximadamente 277.401 quilômetros quadrados.

¹⁵ Cf. o muito bem feito resumo a respeito do tema em Paulo Bonavides: “A expansão industrial do século XX, o considerável alargamento das vias de comércio entre os Estados, o imenso progresso tecnológico de caráter unificador, a propagação das ideologias que apagam e crestam as variações do particularismo político, erigindo camadas maciças e uniformes de opinião, o conseqüente incremento da legislação social apaziguadora do conflito entre o trabalho e o capital e o excesso de dirigismo econômico se apresentam como fatores da transformação já operada. Tal transformação, sacrificando a competência efetiva dos Estados-membros, deixou quase revogada a lei da autonomia, fez do intervencionismo estatal necessidade indeclinável à subsistência mesma do Estado federal, tornou o poder central mais sensível e sujeito ao influxo maior da massa nacional dos cidadãos que ao influxo dos Estados-membros, colocou os Estados, em face da deficiência de seus recursos, debaixo da servidão financeira do poder federal (de sorte que já não podem estes sobreviver fora das subvenções do erário da União) e desenvolveu em suma nos cidadãos

mesmos certo sentimento de menoscabo ou de ruínosa indiferença às prerrogativas autonomistas das unidades componentes, o que, em algumas Federações, como o Brasil e os Estados Unidos, veio avolumar as correntes de opinião mais favoráveis aos interesses da União, identificados portanto com o interesse nacional, contraposto ao dos Estados, o qual se principiou a condenar por representativo de formas de egoísmo e particularismo” (1994, p. 89).

¹⁶ O termo foi grafado entre aspas por ter sido usado em uma acepção mais ampla do que a que lhe dá José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 348): “Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”.

¹⁷ “Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação. Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no *caput*, no que se refere aos impostos”.

¹⁸ Cf. GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Lei de responsabilidade fiscal: competência tributária, arrecadação e renúncia*. Ensaio (no prelo): “Sendo o exercício da competência tributária uma prerrogativa legislativa, e inexistindo mecanismos na Magna Carta Constitucional que obriguem o legislativo a criar tributos, a facultatividade é ilação necessária a que se chega da interpretação sistemática do Texto Constitucional e por esta razão não se pode afirmar, em relação à competência tributária, que a inércia do legislador caracterizaria uma omissão inconstitucional. (...) Quanto ao comando legal dirigido aos (...) gestores da administração pública para instituírem tributos sob pena de responsabilização, importante destacar a imprecisão técnica da mencionada regra. (...) a instituição de tributos é aptidão legislativa, que por esta razão integra as atribuições constitucionais do Poder Legislativo, nas esferas Federal, Estadual, Municipal e Distrital”.

¹⁹ Apenas para que não fique sem qualquer referência o absurdo, ele consiste no seguinte: a Lei n. 10.028/2000 acrescentou um art. 41-A à Lei n. 1.079/50, com a seguinte redação: “Respeitada a prerrogativa de foro que assiste às autoridades a que se referem o parágrafo único do art. 39-A e o inciso II do parágrafo único do art. 40-A, as ações penais contra elas ajuizadas pela prática dos crimes de responsabilidade previstos no art. 10 desta Lei serão processadas e julgadas de acordo com o rito instituído pela Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, permitido, a todo cidadão, o oferecimento da denúncia”. Os equívocos são inúmeros. Em primeiro lugar, não há “prerrogativa de foro” para as

autoridades acusadas com base na Lei n. 1.079/50. As Casas Legislativas competentes para julgá-las não correspondem aos tribunais, que substituem aos juízes nos processos contra certas autoridades e, com isso, constituem-se num privilégio estabelecido *ratione muneris*. Em segundo lugar, a ação penal intentada com base nessa lei não é penal, mas política. Finalmente, a invocação da Lei n. 8.038/90 é totalmente indevida, pois esse diploma foi concebido para o processo judicial, o que não ocorre com as infrações políticas da Lei n. 1.079/50. O transplante das técnicas procedimentais do processo judicial para o processo de *impeachment* é totalmente inconveniente. Essa matéria é reservada aos regimentos internos das respectivas casas legislativas, constituindo questão *interna corporis*.

²⁰ Contra, SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Atualizado por Guillermo J. Ferro. 5. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992. p. 58-59, para quem a expressão “política criminal” refere-se unicamente à corrente doutrinária encabeçada na Alemanha pelo austríaco Franz von Liszt (“*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*”, de 1881 e “*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*”, de 1905), na Bélgica por Adolphe Prins (“*Criminalité et répression*”, de 1886 e sobretudo “*Science pénale et droit positif*” de 1899), na Holanda por Gerhard Adolf van Hamel (“*Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht*”, 3ª edição em 1913) e na França por Emile Garçon (“*Code Pénal annoté*, de 1901 a 1911 e “*Société Générale des Prisons*”, de 1908) e que se caracterizou pelas teses seguintes: luta contra as penas privativas de liberdade de curta duração, ampliação dos sistemas de liberdade condicional e de condenação condicional, aceitação das medidas de segurança nos códigos penais, proclamação da necessidade de critérios científicos obtidos pela sociologia e pela antropologia para a criação de tipos penais incriminadores, e proclamação da necessidade de que o legislador não concentre sua tarefa penal na criação de tipos penais incriminadores, mas também na criação de mecanismos preventivos. De fato, a expressão “política criminal” surgiu para o mundo do direito penal com a obra inovadora de Franz von Liszt e seu “Programa de Marburgo”, exposto no ensaio “*Der Zweckgedanke im Strafrecht*” (publicado na página 1 e seguintes do volume 3 do periódico alemão *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*” de 1883 e na coletânea “*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*” editada em 1905, em Berlim). Mas o certo é que sobreviveu a ele e é uma preocupação metodológica atual. O próprio Sebastián Soler admite que a política criminal pode “seguir sendo concebida, com von Liszt, como um campo no qual se procura conciliar as conclusões da ciência com as exigências da política, conservando-se assim a pureza metódica da

primeira e freando as improvisações da segunda” (trecho original: “*seguir siendo concebida, con von Liszt, como un campo en el cual se procura conciliar las conclusiones de la ciencia con las exigencias de la política, conservandos así la pureza metódica de la primera y frenando las improvisaciones de la segunda*”). Hoje, inclusive, a Organização das Nações Unidas (ONU) utiliza a expressão para designar o conjunto de critérios orientadores da legislação penal, bem como as políticas tendentes a prevenir as diversas formas de criminalidade (cf. FRAGOSO, 1968, p. 17).

²¹ FEUERBACH, Paul Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen rechts*, 1801 apud DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Tradução de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992. p. 24: para o penalista bávaro, política criminal é “o conjunto dos procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime”.

²² A tradução é livre. Eis o texto original, para conferência: “*Exteriormente considerado, el derecho penal procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considerable: sus sanciones son las más rigurosas que se conocen en el sistema social y los comportamientos a los que éstas se conectan son – en principio – los más intolerables para el sistema social*” (1987, p. 27).

²³ “ofensa feita à parte do senso moral formado pelos sentimentos altruístas de piedade e de probidade (...) que se considera patrimônio moral indispensável de todos os indivíduos em sociedade” (1925, p. 64).

²⁴ Lei n. 10.028/2000, § 1º do art. 5º.

²⁵ Lei n. 10.028/2000, § 2º do art. 5º.

²⁶ “A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos artigos 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre”. O art. 19 da LRF fixa os limites orçamentários para os gastos com pessoal (50% para a União e 60% para os Estados e Municípios) e o art. 20 define a “repartição dos limites globais” de comprometimento das receitas orçamentárias.

²⁷ LRF, art. 64, § 2º.

²⁸ Código Penal, art. 359-A, parágrafo único, inciso I.

²⁹ Código Penal, art. 359-A, parágrafo único, inciso II.

³⁰ “ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal”.

³¹ “ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda

que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente”.

³² “Ordenar despesa não autorizada por lei: pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”.

³³ “Prestar garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei: pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano”.

³⁴ “São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (...) antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do município, sem vantagem para o erário”.

³⁵ “Ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou”. A pena é de detenção, de três meses a três anos, além da perda do cargo e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

³⁶ “Deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal”. A pena é de detenção, de três meses a três anos, além da perda do cargo e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

³⁷ “Deixar de promover ou ordenar, na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei”. A pena é de detenção, de três meses a três anos, além da perda do cargo e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

³⁸ “Deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro”. A pena é de detenção, de três meses a três anos, além da perda do cargo e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

³⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 91-92: “À conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar

a intervenção penal. No campo dos crimes políticos, qualquer lei inspirada na doutrina da segurança nacional contém dispositivos violadores do princípio da lesividade, porque perante aquela doutrina a dissidência política toma as cores de ‘inimigo interno’ e provoca ‘um processo de criminalização’ (GARCÍA MENDEZ, Emilio. *Autoritarismo y control social*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1987, p. 106)”.

Bibliografia

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTILHO, Ella W. Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. n. 21.

GAROFALO, Raffaele. *Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal*. Tradução de Julio de Mattos. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1925.

KHAIR, Amir Antônio. *Lei de responsabilidade fiscal: guia de orientação para as prefeituras*. Brasília: Ministério do Planejamento e Gestão, 2000.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: RT, 1986.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 5.

WENDPAP, Friedman Anderson. LRFM ou LRF-mi? *Jornal da Justiça Federal do Paraná: Informativo da Seção Judiciária do Paraná*. Curitiba: Justiça Federal, n. 28, p. 10, fev./mar. 2001.

Sistema legislativo brasileiro

Olavo Nery Corsatto

Sumário

1. Legislação: conceito e composição. 2. Atos normativos e outros atos legais. 3. Sistema legislativo brasileiro: elementos e estrutura. 4. Ordem nacional. 4.1. Constituição e Emendas Constitucionais: natureza e funções. 4.2. Leis Complementares: natureza e funções. 5. Ordens parciais. 5.1. Leis ordinárias e outras leis: espécies e funções. 5.1.1. Leis ordinárias. 5.1.2. Leis Delegadas. 5.1.3. Medidas Provisórias. 5.1.4. Decretos Legislativos. 5.1.5. Resoluções. 5.2. Decretos: espécies e funções. 5.3. Normas complementares: espécies e funções.

1. Legislação: conceito e composição

“Legislação” (de *legislatio*), segundo os dicionários, é o “conjunto ou corpo de leis que regula um país ou uma matéria qualquer”. Ou seja, o termo pode designar tanto o universo das leis de um país, como parte desse universo, desde que se limitem a determinada matéria.

O conceito, todavia, peca por insuficiência, quando atinente apenas às leis de parte de um país (Estado ou Município, por exemplo), ou de órgão público, ou de determinado período; e pode compreender não só as leis, como também outros atos legislativos – os decretos, as portarias, as instruções ministeriais etc.

Por sua vez, a expressão “atos legislativos” é às vezes entendida como significando os atos editados pelo Poder Legislativo,

enquanto seriam “atos executivos ou administrativos” os emanados do Poder Executivo; e “atos judiciais” os do Poder Judiciário. Ora, isso não é totalmente verdadeiro, pois, como se sabe, essas três espécies de atos são emitidas pelos três Poderes, ao exercerem suas competências constitucionais. É claro que uma delas prevalece e prepondera sobre as outras, por constituir a sua função principal, a própria razão de existência do Poder. Prevalece e prepondera, mas não é a única, nem constitui seu monopólio. A propósito, escreve Kildare Gonçalves Carvalho:

“Essas considerações revelam que a especialização de funções estatais, relacionada com o princípio da separação de Poderes, é relativa, pois, na realidade, consiste numa predominância e não exclusividade desta ou daquela função desempenhada por um órgão ou complexo de órgãos do Estado. Assim, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário exercitam as funções legislativa, executiva ou administrativa, e jurisdicional, em caráter predominante e não exclusivo, já que, como se deduziu, cada um desses Poderes poderá desempenhar, excepcionalmente, uma função material de outro Poder” (1993, p. 24).

Uma visão científica das funções do Estado nos é oferecida por Marques Oliveira (1987, p. 48):

“Na concepção tetraédrica do Estado temos quatro funções maiores: Executiva, Legislativa, Judiciária e Controladora. Cada uma dessas funções exerce, como Poder, uma função específica: o Poder Executivo realiza a maior função executiva; o Poder Legislativo exercita a função maior legislativa; o Poder Judiciário executa a função maior jurisdicional; e a função maior Controle, atualmente repartida pelos três Poderes, não tem um Poder onde se encarne.

“Os Poderes do Estado, por sua vez, são também tetraedros compo-

tos de quatro funções cada um. Há, então, funções *estatais* e funções *dos Poderes*. As funções *estatais* são as que chamei de funções *maiores* por referirem-se aos Poderes como tais ou como um todo. As funções que compõem cada um dos *Poderes* chamo de funções *menores*. São elas: a função menor administrativa, a função menor normativa, a função menor judicativa e a função menor controlativa.

“Qual o sentido disso a que chamei predominância? Quando digo que uma função menor predomina numa função maior (a executada pelo Poder como tal) quero dizer que a mesma é a atividade-fim desse poder, sendo as outras atividades-meio. Podemos então dizer simplesmente: na função executiva predomina a função administrativa; na função legislativa predomina a função normativa; na função jurisdicional predomina a função judicativa; e, finalmente, na função maior Controle predomina a função controlativa.

“Proponho uma terminologia especial para distinguir essas funções menores predominantes e o faço por paralelismo com o já existente termo *função* jurisdicional: administracional, controlacional e legislacional.

“Isso nos leva a entender claramente que a função predominante, quando exercida *interno corpore*, é função menor, mas, se realizada *externo corpore*, passa a valer função maior. Ou seja, a função predominante pode ser tanto atividade-fim do respectivo Poder, como não passar ela própria de atividade-meio. Assim, o Executivo administra para todo o Estado (função maior, atividade-fim) – como também pode administrar-se (função menor, atividade-meio). O Legislativo legisla para o Estado (função maior, atividade-fim) e também legisla para si mesmo (função menor, atividade-

meio). O Judiciário julga para todo o Estado (função maior, atividade-fim), e julga para si (função menor, atividade-meio). E, atualmente, o Tribunal de Contas da União exerce o controle de todo o Estado (função maior, atividade-fim) e controla-se a si mesmo (função menor, atividade-meio).

“É de notar-se que cada Poder está sujeito duplamente à sua função menor predominante. Assim, o Executivo não só se administra pelo exercício da sua função menor administrativa mas ainda se administra quando ele administra para todo o Estado (função administrativa), uma vez que ele próprio faz parte do Estado. O Legislativo, quando elabora uma Lei, fica ele próprio submetido à lei que elaborou e suas normas internas não podem contrariar dita lei. O Judiciário, quando julga, quando exerce sua função jurisdicional, não pode deixar de acatar sua própria decisão, e aqui talvez se encontre a gênese tanto da “autoridade da coisa julgada” como do prestígio das súmulas de jurisprudência. E o Tribunal de Contas, por exemplo, não pode deixar de vincular-se às próprias decisões ou veredictos”.

Essa arguta lição do ilustre e pranteado jurista brasileiro ainda não foi devidamente considerada pela doutrina, mas, por certo, quando o for, provocará repercussões importantes, principalmente em matéria de direito constitucional e direito administrativo, no País e no exterior.

Isso não nos impede de observar, contudo, que a função por ele designada de função maior (referente à atividade-fim) de um Poder seja exercida também por outro Poder. Como exemplos, tomem-se a competência do Supremo Tribunal Federal de processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I e

II); e a do Presidente da República de editar medidas provisórias e leis delegadas (arts. 62 e 68). Claro, trata-se de exercício *excepcional*, no confinamento traçado na Lei Maior.

Além da lição de Marques Oliveira, a pesquisa do termo “legislação” é facilitada pelo direito positivo, porquanto, como se sabe, é o próprio direito que regula a sua criação.

A Constituição, no art. 59, estabelece que o *processo legislativo* compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Por sua vez, o Código Tributário Nacional, no art. 96, alberga sob a expressão legislação tributária, além das leis (já previstas no texto magno), os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares (das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos), definidas, tais normas complementares, como sendo os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas, as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa a que a lei atribua eficácia normativa, as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas e os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Uma simples visualização do elenco de atos relacionados no art. 59 da Constituição e no art. 96 do CTN será suficiente para verificar-se que a legislação se compõe não só de atos “legislativos”, mas também de atos “normativos”.

Uns e outros serão examinados no tópico seguinte, juntamente com os atos não normativos (que *não* integram a legislação). Tais noções embasarão um conceito mais completo de legislação. Por ora, basta considerar legislação o universo dos atos normativos em vigor, editados pelo Estado ou pelos órgãos políticos ou administrativos dotados de competência legislativa. Esse universo é chamado ainda de ordenamento jurídico.

2. *Atos normativos e outros atos legais*

Dissemos acima que apenas os atos normativos integram o ordenamento jurídico (ou legislação). Observe-se, entretanto, que sob o *nomen juris* de determinadas categorias normativas são editados pelos órgãos de governo *atos simplesmente administrativos*, de natureza não normativa. Também são atos legais, como o são os atos normativos, não se podendo dizer, precisamente, que se contenham no ordenamento jurídico.

São, *verbi gratia*, os casos de *decretos* de nomeação, promoção, exoneração de servidores; *decretos* de autorização de cursos, de doação ou demarcação de terras, de declaração de utilidade pública; de *portarias* de reconhecimento de cursos ou do estado de calamidade pública; de *atos declaratórios* de autorização ou cancelamento etc.

Os atos simplesmente administrativos contemplam situações individuais, particulares, específicas, concretas, enquanto os atos normativos são, na maioria dos casos, regras de direito, genéricas, abstratas.

É o que, em outras palavras, diz Orme-zindo Ribeiro de Paiva (1979, p. 11), embora, como outros autores, impropriamente chamando de “normas gerais” os atos normativos e de “normas individuais” os atos administrativos não normativos:

“A expressão *espécies normativas*, tomada em seu sentido amplo, pode abranger tanto as normas gerais como as individuais. Aquelas têm o seu comando dirigido de forma indiscriminada a pessoas que eventualmente se encontram em idênticas situações, sendo, portanto, além de abstratas, também impessoais. Estas outras (as individuais) determinam comportamento a pessoas discriminadas. Não obstante o que acaba de ser afirmado, a locução *espécies normativas* ou simplesmente atos normativos induz, com acerto, a conclusão de que se está cogitando de normas gerais.

“Para desenvolvimento do tema que ora nos ocupa é suficiente considerar as espécies normativas como sendo os atos com eficácia jurídica, de observância obrigatória, emanados do Poder Legislativo ou, com a aprovação deste, do Presidente da República ou, ainda, de entidade ou autoridade no exercício de poderes recebidos por delegação autorizada pelo texto constitucional”.

Como se vê, para conceituar *espécies normativas*, invoca o autor aspectos ainda não abordados por nós. O mesmo faz José de Queiroz Campos ([19- -]) para conceituar *ato legislativo*, embora trazendo também o preceito “que interesse a um só indivíduo”. E prossegue:

“Interessa-nos a norma escrita, o ato legislativo, ou, mais objetivamente, a legislação, no sentido amplo, desde a Constituição até as portarias. Basta que se trate de:

“a) norma escrita obrigatória, por mais restrito que seja o campo de sua atuação;

“b) emanada de quem – poder ou pessoa investida de autoridade – possa garantir ou assegurar essa obrigatoriedade;

“c) preceito vigente por determinado espaço de tempo numa certa coletividade ou grupo social, mesmo que interesse a um só indivíduo”.

Antes de prosseguirmos, vale aduzir o que lembra Eugen Ehrlich sobre o conteúdo dos preceitos jurídicos:

“Os conteúdos mais diversos podem ser apresentados na forma de preceitos jurídicos, sobretudo na de leis. Há, assim, preceitos jurídicos sem conteúdo normativo, com conteúdo normativo, com conteúdo legal que não seja obrigatório, leis no sentido formal. Há também preceitos jurídicos que não fornecem normas de decisão, mas sim normas sociais de outro tipo. Não se falará aqui nem dos primeiros nem dos segundos, mas somente de pre-

ceitos jurídicos que contêm normas jurídicas. Estas têm como objetivo servir de base ou para as decisões dos tribunais ou para intervenções diretas por parte de autoridades (1967, p. 135).”

Paulo de Barros Carvalho (1981, p. 22) invoca o celebrado Norberto Bobbio para criticar os autores que empregam o termo norma “*anche per quelle proposizioni imperative che si riferiscono ad una azione concreta come sono la sentenza del magistrato e il provvedimento amministrativo*”, fazendo uso impróprio “*o per lo meno discutibili del termine ‘norma’ che significa abitualmente regola di condotta, e quindi si riferisce non ad una singola azione ma ad una classe di azione, ‘regola’ implicando un’azione ricorrente elevata a modello*”. Esse autor conclui por apresentar quadro sugestivo e abrangente de todas as espécies do gênero “proposições prescritivas”, em que assinala as prescrições abstratas a que atribui, com exclusividade, a designação de *normas jurídicas*. Na traça do notável jusfilósofo italiano, cremos também que o conceito de norma não deva prestar-se para individualizar prescrições outras que não as abstratas, reservando-se a designação de ordens ou comandos exclusivamente para as prescrições concretas, se bem que ambos os tipos de proposições coexistam harmonicamente no sistema jurídico: “*in un ordinamento si mescolano prescrizioni dei diversi tipi, ma solo le prescrizioni astratte, ovvero le vere e proprie regole di condotta o norme ne costituiscono il fondamento*”.

Portanto, como ressalta o ilustre mestre paulista, “se prescrições concretas (comandos jurídicos) e prescrições abstratas (normas jurídicas) têm existências coalescentes no mesmo sistema, essas últimas, inequivocamente, desempenham papel preponderante, sendo possível dizer-se que constituem o fundamento da ordem jurídica”(p. 23). E continua, voltando a citar Bobbio: “*Com prescrizioni soltanto concrete, ovvero solo mediante ordini, nos si costituisce un ordinamento giuridico. Le norme concrete presuppongono necessariamente l’esistenza di norme astrat-*

te”.

Alerte-se, porém: não se confundam *prescrições concretas* (comandos jurídicos) com meros atos administrativos, pois aquelas se inscrevem no bojo de leis *stricto sensu*, cujo processo de criação (seu aspecto formal) é uma de suas características essenciais, aplicando-se-lhes plenamente o brocardo latino *forma dat esse rei*.

Em outro tópico, Paulo (p. 34), dando seqüência ao problema da composição dos atos legislativos, ensina que o sistema jurídico é formado por *juízos de estrutura hipotética* (normas jurídicas), que se conjugam a *juízos* outros *de natureza categórica* (proposições que descrevem estados, pessoas, coisas), estes com funções ancilares na ordem jurídica global (exemplos: “Tais pessoas são comerciantes”, “A maioria se completa aos vinte e um anos”, “Este País é uma República”). E reconhece que referidos juízos categóricos, embora não consubstanciando, verdadeiramente, regras jurídicas, são chamados de “normas atributivas” ou “normas qualificativas”, curvando-se ele, assim, à generalização do termo *norma* para expressar todas as proposições do ordenamento jurídico. Podemos, portanto, nós, também, generalizar e afirmar: para ser designado ato *normativo*, basta que um ato jurídico albergue, em sua composição, uma ou mais normas jurídicas (ao lado de outras disposições de natureza não exatamente normativa). Até porque as demais disposições, embora sem rigor terminológico, também são chamadas de *normas*, em decorrência.

Isso não nos autoriza, todavia, a confundir as expressões “ato normativo” e “ato legislativo”, porque, como adiante veremos, esta última é reservada aos atos normativos resultantes do devido processo constitucional legislativo, ao passo que a locução ato normativo pode ser empregada tanto para designar estes, quanto para designar os atos administrativos normativos. Também não se deve confundir ato legislativo ou ato normativo – *continentes* – com norma – *conteúdo*. Por isso, julgamos infeliz a denominação “nor-

mas complementares” aos atos administrativos normativos de que trata o já referido art. 100 do CTN.

Linhas atrás utilizamos a expressão leis *stricto sensu*, reconhecendo, em sua *gênese formal*, elemento de essencialidade. E o fizemos pensando no processo de sua criação – vale dizer, nos procedimentos formais de elaboração e nos órgãos que dela participam, em conformidade com as determinações constitucionais.

Assim, e perfilhando lição de José de Queiroz Campos ([19--], p. 157), podemos considerar leis *stricto sensu* as espécies arroladas no art. 59 da Carta Magna; e leis *lato sensu* os decretos e as normas complementares. As primeiras estão sujeitas, na sua formação, ao processo legislativo em sentido estrito. As demais são leis *materialmente* legislativas. E apenas materialmente. Vale insistir, ainda, que, materialmente, apenas uma parte das leis *stricto sensu* são normas (prescrições normativas), constituindo-se de prescrições concretas a outra parte, embora sejam estas também chamadas de normas, como vimos.

Merece reparos, pois, a afirmação generalizadora de Kildare Gonçalves Carvalho (1993, p. 29), *verbis*:

“O que, portanto, importa considerar é que o ato legislativo (*rectius*: normativo) resulta na criação de normas jurídicas abstratas e gerais, não obstante a sua origem: se proveniente do Poder Legislativo ou de Poder Executivo. A abstração e a generalidade revelam, então, a essência e a natureza do ato legislativo” (*rectius*...).

Nenhum reparo haveria se o autor se referisse a ato normativo, pois o ato legislativo pode conter também outras normas, não abstratas e gerais.

Outro fator de *discrimen* entre lei em sentido estrito e lei em sentido lato é a inovação trazida, pela primeira, à ordem jurídica. Vejamos o que diz, a respeito, o Dr. Kildare (p. 30):

“Fala-se ainda em *novidade* como essência do ato legislativo (Laband e Ranelletti). A novidade serviria para dis-

tinguir a lei do regulamento, pois enquanto aquela, além de impessoal, geral e abstrata, invariaria a ordem jurídica, ao regulamento faltaria apenas a novidade, já que seria, como a lei, regra impessoal, geral e abstrata. Há, no entanto, quem sustente ser impreciso o critério de novidade em relação aos seus verdadeiros alcances. É que, se inovar significa produzir originariamente, apenas os atos legislativos de hierarquia constitucional inovariam a ordem jurídica, pois antes deles é que nada existia.

“Seabra Fagundes, a propósito, esclarece:

“A novidade do preceito, importando modificação de situação jurídica, não pode, por si só, caracterizar a lei, pois que todo ato jurídico (e, conseqüentemente, também o ato administrativo) implica em modificar situação jurídica anterior”.

“Advirta-se, no entanto, que a novidade da lei significa que a mesma estabelece direitos e obrigações, circunstância inexistente no regulamento, que, sendo de execução, não cria, altera ou extingue direitos e obrigações. Caracteriza-se ainda como novo o direito (lei) criado em plano imediatamente inferior à Constituição, enquanto que o regulamento emerge de um segundo plano, que é mediato relativamente à Constituição”.

O fator *novidade*, que é aspecto material, substancial, de conteúdo, geralmente não se encontra nos atos legislativos ou leis em sentido lato. A Constituição ou a lei pode, contudo, em caráter excepcional, atribuir a função inovadora a atos normativos infra-legais.

Em resumo, pelo *critério material*, reconhece-se a natureza *normativa* do ato legislativo ou do ato administrativo se o ato contiver (1) normas genéricas e abstratas, (2) que inovem na ordem jurídica.

Na terminologia de Marques Oliveira (1987, p. 151), os *atos públicos* ou são políticos ou

são administrativos. Os *atos políticos* são editados por agentes políticos, no exercício da função maior de cada Poder, correspondendo à sua atividade-fim, *externo corpore*. Têm a forma de decretos, regulamentos, regimentos internos. Os *atos administrativos lato sensu* são editados por agentes administrativos no exercício de função menor de cada Poder, correspondente à sua atividade-meio. Têm a forma de resoluções, portarias e outras normas complementares.

Desse modo, os atos legislativos (arrolados no art. 59 da Constituição) serão atos políticos; e os atos administrativos normativos serão atos administrativos *lato sensu*. Poderemos aceitar que os atos legislativos sejam atos políticos, porém será mais prudente conservar a locução atos administrativos normativos para os segundos.

3. Sistema legislativo brasileiro: *elementos e estrutura*

Aparentemente, o direito positivo apresenta-se para o leigo como um emaranhado caótico de milhares de leis quase sempre ininteligíveis. Isso se deve à contínua, incessante e inexorável multiplicação de atos normativos, cujo acompanhamento já se tornou tarefa das mais difíceis até para os juristas, como Alfredo Augusto Becker (1985, p. 65-66), que se tornou o mais implacável crítico da “fúria legiferante”, da “demência legislativa”, do “manicômio jurídico”. O problema, todavia, não é só nosso: autores de nomeada, como Giannini, Berliri, Alório, Sainz de Bujanda e muitos outros se têm preocupado com ele.

Se isso ocorre também nos países mais desenvolvidos, entre nós a situação é mais grave em decorrência da complexidade do Estado brasileiro – e, por extensão, dos nossos sistemas político, jurídico e legislativo.

Na letra do art. 1º da Constituição, o Estado brasileiro é uma República Federativa (*ente político soberano nacional*), constituída pela União, pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal (*entes políticos autônomos parciais*). Todos esses entes políti-

cos são dotados de competência legislativa; e contam com inúmeros órgãos de administração direta e indireta, por sua vez dotados de competência legislativa *lato sensu*. Também são dotados de competência legislativa os três Poderes da República (art. 2º).

Da complexidade estatal e política decorre a do sistema legislativo. Manuel Teran define sistema como “o conjunto ordenado de elementos segundo uma perspectiva unitária”. Celso Ribeiro Bastos (1991, p. 103), como “todo conjunto de elementos organizados de tal sorte que a alteração de um deles cause alteração no todo” e em que “o significado de cada parte é dado pelo todo a que pertence, da mesma maneira que uma modificação qualquer de suas partes repercute sobre o todo”. Para o já citado Paulo de Barros Carvalho (1985, p. 65-66), “há sistema ali onde encontramos elementos que se relacionem entre si e uma forma na qual os elementos e relações se verifiquem. Um grupo de unidades caoticamente reunidas não atinge o nível de sistema simplesmente pela somatória de seus componentes. É indispensável um vínculo que enlace os integrantes, unificando-os numa organização coerente”. O autor exemplifica: sistema nervoso, sistema solar, sistema jurídico. “O ser sistema requer um princípio unificador que presida o relacionamento das entidades que o compõem. Tércio Sampaio Ferraz Jr. chama de repertório ao conjunto de elementos, e de estrutura ao complexo das relações que entre eles se estabelecem”.

E prossegue afirmando que “as normas jurídicas formam um sistema, na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador” e que “o sistema de direito oferece uma particularidade digna de registro: suas normas estão dispostas numa estrutura hierarquizada, regida pela fundamentação ou derivação, que se opera tanto no aspecto material quanto no formal ou processual, o que lhe imprime possibilidade dinâmica, regulando, ele próprio, sua criação e suas transformações. Examinando o sistema de baixo para cima, cada unidade normativa se encontra fundada, *material e formalmente*, em normas superiores. Invertendo-se o

prisma de observação, verifica-se que das regras superiores derivam, material e formalmente, regras de menor hierarquia. Todas as normas do sistema convergem para um único ponto, que é a Constituição positiva. Sua existência dá, decisivamente, caráter unitário ao conjunto, e a multiplicidade de normas, como entidades da mesma índole, lhe confere o timbre de homogeneidade”.

Vale ainda transcrever:

“A Ciência do Direito estuda o sistema empírico do direito positivo, vendo-o como uma imensa pirâmide que tem no ápice a Lei Constitucional e, para legitimá-la, uma norma imaginária que Kelsen chama de *norma hipotética fundamental*. A contar da Constituição, as restantes normas do sistema distribuem-se em vários escalões hierárquicos, ficando nas bases da pirâmide as regras individuais de máxima concretude. Concepção dessa ordem propicia uma análise estática do ordenamento jurídico – *nomoes-tática* – e uma análise dinâmica do funcionamento do sistema positivo – *nomodinâmica*. Na primeira, as unidades normativas são surpreendidas num determinado instante, como se fossem fotografadas; na segunda é possível indagar do ordenamento nas suas constantes mutações, quer no que diz com a criação de regras novas, quer no que atina às transformações internas que o complexo de normas tem idoneidade para produzir. No plano da *nomodinâmica* nos deparamos com o ser humano, com suas ideologias, suas crenças, seus valores, atuando para dinamizar o sistema, realizando efetivamente o direito” (p. 67).

Para embasar essa magnífica lição, escreve Paulo: “Se pudermos reunir todos os textos do direito positivo em vigor no Brasil, desde a Constituição Federal até os mais singelos atos infra-legais, teremos diante de nós um conjunto integrado por elementos que se inter-relacionam, formando um sistema. As unidades desse siste-

ma são as normas jurídicas que se despregam dos textos e se entreligam mediante vínculos horizontais (relações de coordenação) e liames verticais (relação de subordinação-hierarquia)”(p. 7). E acentua:

“Os conceitos até aqui introduzidos permitem ver a ordem jurídica brasileira como um sistema de normas, algumas de comportamento, outras de estrutura, concebido pelo homem para motivar e alterar a conduta no seio da sociedade. É composto por subsistemas que se entrecruzam em múltiplas direções, mas que se afunilam na busca de seu fundamento último de validade que é a Constituição do Brasil. E esta, por sua vez, constitui também um subsistema, o mais importante, que paira, sobranceiro, sobre todos demais, em virtude de sua privilegiada posição hierárquica, ocupando o tópico superior do ordenamento e hospedando as diretrizes substanciais que regem a totalidade do sistema jurídico nacional”(p. 70).

O sistema legislativo brasileiro se amolda à composição do Estado e é dela decorrente. Assim, ele se divide em tantos subsistemas quantos são os entes políticos constitucionais, os quais, como são fontes do ordenamento jurídico, passamos a designar ordens, havendo, pois, a *ordem nacional* (a República) e as *ordens parciais* (a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal).

A ordem nacional, que editou a Constituição e com a qual constituiu o Estado brasileiro, editará também as emendas que modificarão a Constituição e as leis complementares, que a complementarão; as ordens parciais editarão as leis ordinárias (e diplomas do mesmo nível), os decretos e as normas complementares.

“Foi obra de Adolf Merkel, depois continuada por Kelsen e completada por Cossio, a teoria da estrutura piramidal do ordenamento jurídico. (...) A primeira condição lógica, o pressuposto, mesmo, de todos os princípios teóricos configuradores da teoria do ordenamento jurídico é que as normas

– constituição, leis, regulamentos, decretos, contratos, sentenças, atos administrativos – não se encontram soltas, mas, mutuamente entrelaçadas. Sem isso, não se poderia falar de sistema, de ordem, de *ordenamento jurídico*” (MACHADO NETO, 1977, p. 147).

Tomando a pirâmide de Kelsen como inspiração – adaptando-a, porém, à complexa organização do Estado nacional –, podemos conceber o ordenamento jurídico brasileiro habitando um edifício de cinco andares, sendo cada um dos três inferiores subdivididos (por linhas verticais) em três partes. Os espaços assim delimitados dão idéia de como são dispostas, pelo edifício, as categorias legislativas ou normativas, ou seja, de forma cartesiana, vertical e horizontalmente, procurando sugerir suas inter-relações de hierarquia e coordenação.

O desenho resultante permitiria vislumbrar, de pronto, a localização de uma norma no plexo do processo legislativo, ou seja, em razão de sua gênese, portanto, no seu aspecto formal (nomoestática); e, ao mesmo tempo, imaginar as necessárias correções impostas pelo seu aspecto material, seu conteúdo, ou seja, em razão da função a ela atribuída (nomodinâmica). Surpreendentemente, notaríamos que a posição de uma categoria ou norma no edifício legislativo variaria segundo seja ela considerada *ratione materiae* ou *ratione processus*.

Vejamos a posição de cada espécie normativa no ordenamento (nomoestática), comparativamente à função (nomodinâmica) por ela desempenhada. Como os conteúdos variam segundo os ramos do direito, para ilustrar o exame de cada qual, houvemos por bem eleger, quanto ao aspecto material, o Direito Financeiro (e, alternativamente, o Direito Tributário), consentaneamente, portanto, com as atribuições constitucionais do Tribunal de Contas da União.

É necessário gizar, ainda, que a análise proposta no presente estudo se limitará às espécies normativas elencadas no art. 59 da Constituição da República, que trata do “processo legislativo”, aduzindo-se-lhes

apenas os decretos e as normas complementares. A expressão “processo legislativo” é criticada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por pecar tanto por excesso quanto por necessidade. Eis o que diz:

“Essa matéria seria o estabelecimento de normas gerais abstratas, de leis como se usa dizer. Assim, mais corretamente se empregaria *processo normativo* onde a Constituição fala em *processo legislativo*.”

“Se essa foi a intenção do constituinte, a execução do intento foi defeituosa, lacunosa. De fato, nem toda a elaboração de normas previstas pela Constituição se enquadra nos seus sete incisos. Como observa Pontes de Miranda – a respeito do texto anterior, mas aplicável ao atual –, ficam de fora “as regras jurídicas do Regimento Comum (art. 31, § 2º, II) e dos Regimentos Internos de cada câmara (art. 32), as regras jurídicas dos Regimentos Internos do Superior Tribunal Federal e dos outros tribunais e as dos decretos e regulamentos do Poder Executivo. Afora os “momentos de instauração normativa” que o Prof Reale mui justamente identifica na órbita do Poder Judiciário brasileiro (...).

“Por outro lado, o art. 59 da Constituição inclui no ‘processo legislativo’ a elaboração de decretos e de resoluções, atos a que falta o caráter de instauração de normas gerais e abstratas”(1995, p. 192-193).

4. *Ordem nacional*

Antes de passarmos ao exame das categorias na hierarquia de nossos sistemas, é útil lembrar a classificação das normas propostas por Norberto Bobbio (1984, p. 47) no plexo do ordenamento:

“Basta-nos ter chamado a atenção sobre esta categoria de *norma para a produção de outras normas*: é a presença e freqüência dessas normas que cons-

tituem a complexidade do ordenamento jurídico; e somente estudo do ordenamento jurídico nos faz entender a natureza e a importância dessas normas. Do ponto de vista formal, a teoria de norma jurídica havia parado na consideração das normas como imperativos, entendendo por imperativo a ordem de fazer ou de não fazer.

“Se levarmos em consideração também as normas para a produção de outras normas, devemos colocar, ao lado das imperativas, entendidas como comandos de fazer ou de não fazer, e que poderemos chamar *imperativas de segunda instância, as imperativas de segunda instância*, entendidas como comandos de comandar, etc.

“Somente a consideração do ordenamento no seu conjunto nos permite aceitar a presença dessas normas de segunda instância.

“A classificação desse tipo de normas é muito mais complexa que a classificação das normas de primeira instância, para as quais havíamos falado de “tripartição” clássica em normas *imperativas, proibitivas e permissivas*.”

4.1. Constituição e Emendas Constitucionais: natureza e funções

A Constituição é a suprema lei do País, a base do nosso sistema jurídico positivo. Não só dispõe sobre a organização nacional – a estrutura do Estado brasileiro – criando-lhe as quatro ordens de pessoas políticas autônomas (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal), como lhes atribui as respectivas competências, *ratione materiae* e *ratione processus*. Por isso, por tratar da organização nacional, é lei nacional. No mesmo nível da Constituição e por nela se integrarem, estão as emendas constitucionais.

Vale retornar a Paulo de Barros Carvalho (1985, p. 70-71):

“O texto da Constituição é o espaço, por excelência, das linhas gerais

que informam a organização do Estado, limitando-se, como adverte Celso Ribeiro Bastos (Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 1980, p. 86), a tracejar as características dominantes das várias instituições que a legislação comum posteriormente desenvolve, conferindo-lhe postura final. No seu repertório, como decorrência, há predomínio quantitativo das regras de estrutura, que são mais numerosas que as regras de comportamento.

“Se é correto mencionarmos a Constituição brasileira como sistema de proposições normativas, integrante de outro sistema de amplitude global que é o ordenamento jurídico vigente, podemos, é claro, analisar os subconjuntos que nele existem”.

E, falando do subsistema tributário, o que pode ser por analogia estendido a outro, como, por exemplo, o financeiro:

“O que nos interessa agora é a subclasse, o subconjunto ou o sistema constitucional tributário, formado pelo quadro orgânico das normas que versem matéria tributária, em nível constitucional. A homogeneidade desse grupamento de regras jurídicas está determinada, assim, mais pela natureza lógica das entidades normativas que pelo assunto sobre que dispõem. Atribuem-lhe unicidade duas circunstâncias: estarem todas elas legitimadas pela mesma fonte – *a norma hipotética fundamental* – e consubstanciarem o ponto de confluência do direito positivo em vigor, no que concerne à matéria que lhes dá conteúdo. Mantêm, entre si, relações de coordenação horizontal, situadas que estão no mesmo plano da escala hierárquica, tecendo, com idêntico *status* de juridicidade, a rede normativa do subsistema. Ainda que nela seja maior a incidência das regras de estrutura, não faltam aquelas que se dirigem, frontalmente, à disciplina da conduta, exprimindo-se, prescritivamente, nos modais deonticos *permitido, obrigado* e

proibido. Pertencendo ao estrato mesmo da Constituição, da qual se destaca por mero expediente lógico de cunho didático, o subsistema constitucional tributário realiza as funções do todo, dispondo sobre os poderes capitais do Estado, no campo de tributação, ao lado de medidas que assegurem as garantias imprescindíveis à liberdade das pessoas, diante daqueles poderes. Empreende, na trama normativa, uma construção harmoniosa e conciliadora, que visa a atingir o valor supremo da certeza, pela segurança das relações jurídicas que se estabelecem entre Administração e administrados. E, ao fazê-lo, enuncia normas que são verdadeiros princípios, tal o poder aglutinante de que são portadoras, permeando, penetrando e influenciando um número inominável de outras regras que lhe são subordinadas”.

“Supremo objeto do direito político”, *norma normarum*, assim se manifesta Fran Figueiredo sobre a superioridade constitucional:

“A eficácia de uma norma jurídica se exprime pela sua capacidade em produzir efeitos concretos, seja de forma espontânea, seja pela atuação dos órgãos jurisdicionais do Estado. No ordenamento jurídico-positivo, como se sabe, as normas constitucionais encontram-se em uma posição de hierarquia superior, gozando portanto, de uma *eficácia supravalente*. Isto quer dizer que não se admitem, como válidas, normas que contrariem, direta ou indiretamente, a Constituição”(1987, p. 173).

A propósito, assim preleciona o douto Prof. Michel Temer (1989, p. 26):

“Todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia. Algumas, eficácia jurídica e eficácia social; outras, apenas eficácia jurídica.

“*Eficácia jurídica* se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente apli-

cada a casos concretos. *Eficácia jurídica*, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam. Embora não aplicada a casos concretos, é aplicável juridicamente no sentido negativo antes apontado. Isto é: retira a eficácia da normatividade anterior. É eficácia, *juridicamente*, embora, não tenha sido aplicada concretamente”.

Em matéria de Direito Financeiro, a Constituição institui o *sistema de finanças públicas* (arts. 163 a 169, 70 a 75), para o que distribui as competências financeiras, estabelecendo as suas limitações e vedações, determina a repartição das receitas tributárias e prescreve o processo legislativo financeiro.

De acordo com o art. 60, a Constituição pode ser *emendada* mediante proposta (I) de um terço, no mínimo dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; (II) do Presidente da República; (III) de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

As emendas sempre se referem especificamente aos seus dispositivos, ou modificando sua redação, ou suprimindo-os (revogando-os), ou incluindo outros, de modo que se integrem imediatamente ao texto constitucional. Para facilitar a exegese, assim deveria ser, aliás, a alteração de todas as leis. Até o final de setembro de 2001, foram editadas 32 *emendas constitucionais*.

O art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que, após cinco anos, se realizasse a revisão constitucional, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Em 1994 foram editadas seis *emendas constitucionais de revisão*.

4.2. *Leis complementares: natureza e funções*

Valioso esforço histórico nos oferece Nelson de Sousa Sampaio:

“Em nossa história constitucional, a noção de lei complementar” é mais velha do que o adjetivo. O qualificativo usado outrora era orgânica – lei orgânica –, que já aparece na Constituição de 1891 (art. 34, nº 34) e na de 1934 (art. 39, nº1). Depois de 1948, a preferência passou a ser pelo termo complementar, embora não inscrito no texto constitucional. O Congresso apressou-se mesmo em criar uma Comissão Mista de Leis Complementares. Com a Emenda Parlamentarista de 1961, surge a consagração constitucional da idéia, no seu art. 22, onde se consigna o verbo complementar e não o adjetivo: Poder-se-á complementar a organização do sistema parlamentar de governo ora instituído, mediante leis votadas, nas duas Casas do Congresso Nacional, pela maioria absoluta dos seus membros. Com o Ato Institucional nº 2, o adjetivo ingressa em nosso direito positivo, pela competência dada ao Presidente da República para baixar atos complementares daquele Ato (art. 30), que se colocariam acima dos simples decretos-leis, oriundos da mesma fonte. Essa posição hierárquica foi proclamada pelo art. 173, III, da atual Constituição [refere-se o autor à Constituição de 1967], onde se aprovam e se excluem de apreciação judicial os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares. Na Emenda Constitucional nº 17, de 1965, art. 6º, § 8º, estampa-se, por fim, a expressão completa leis complementares, mas sem conferir a estas nenhuma diferenciação formal. Pelo contrário, o citado parágrafo prescrevia, paradoxalmente, uma tramitação mais rápida para os seus projetos, dispondo que eles só poderiam receber emendas perante as comissões. A Emenda Constitucional nº 18, de 1965, mencio-

nou as leis complementares como um dos instrumentos para regular o sistema tributário nacional” (1968, p. 36-37).

Examinemos a natureza da lei complementar, na lição de Paulo de Barros Carvalho (1985, p. 107):

“Têm entendido os constitucionalistas que tais leis são aquelas necessárias ao complemento de dispositivos constitucionais que não sejam auto-aplicáveis, qualificando-as ontologicamente pela matéria inserida no seu conteúdo. E, se dermos revista em nosso Texto Básico, encontramos uma série de leis irremediavelmente ligadas ao desdobramento normativo de princípios constitucionais, que delas dependem em termos de realização substantiva.

“Nada obstante, o direito que entre nós vigora erigiu um conceito de lei complementar que nos interessa conhecer por tratar-se de noção jurídico-positiva: lei complementar é aquela que, dispondo sobre matéria expressamente prevista na redação constitucional, está submetida ao *quorum* qualificado (do art. 69 – maioria absoluta) (...) e é assim que devemos recebê-la, numa exegese genuinamente intra-sistemática.

“Desse conceito jurídico-positivo sobressaem dois traços identificadores: a) matéria expressamente indicada na Constituição; e b) o *quorum* especial (...). Ao primeiro denominamos pressuposto material ou ontológico. Ao segundo, requisito formal. Daí o afirmar-se que a lei complementar se reveste de natureza ontológico-formal.

“Os assuntos que o constituinte reservou para o campo da lei complementar estão sempre expressos, inobstante possamos encontrar, em alguns passos, a simples alusão a, desacompanhada do qualificativo *complementar* (...). Em hipóteses desse tipo, a bem empreendida análise do comando

constitucional apontará que a magnitude do tema somente pode ser objeto de lei complementar, visto que estão em pauta regulações diretas de preceitos da Lei Maior, que por outros estatutos não poderiam ser versadas.

“A lei de que falamos é figura do repertório legislativo da ordem jurídica federal, sendo posta no ordenamento pelos órgãos legiferantes da União. Não implica dizer, entretanto, que o âmbito de validade de suas normas cinja-se ao plano federal. É excelente instrumento de legislação nacional, alcançando, conjunta ou isoladamente, a esfera jurídica das três pessoas políticas de direito constitucional interno. Talvez por isso seja freqüente o magistério de que as leis complementares desfrutam de supremacia hierárquica relativamente às leis ordinárias, quer pela posição que ocupam na lista (do art. 59 da CF), vindo logo abaixo das Emendas à Constituição, quer pelo regime de aprovação mais severo (...).

“Foi José Souto Maior Borges (Lei complementar tributária, Revista dos Tribunais, 1975, p. 54 e s.) quem pôs a descoberto as erronias (*sic*) dessa tese, baseada, rudimentarmente (*sic*), na topologia e no procedimento legislativo preconizado para a edição dessas normas. Com argumentos sólidos (*sic*), demonstrou que as leis complementares não ostentam fisionomia *unitária* que propicie, em breve juízo, uma definição de sua superioridade nos escalões do sistema. De seguida, propõe um critério recolhido na Teoria Geral do Direito, para discernir as leis complementares em duas espécies: a) aquelas que fundamentam a validade de outros atos normativos; e b) as que realizam sua missão constitucional independentemente da edição de outras normas.

“Trazendo essa diretriz para o campo que nos interessa, ganha outro aspecto a questão da hierarquia, tornando legítimo

asseverar que, em alguns casos, a lei complementar subordina a lei ordinária, mas, em outros, descabem considerações de supremacia nos níveis do ordenamento, uma vez que tanto as leis complementares como as ordinárias extratam seu conteúdo diretamente do texto constitucional”.

Gilmar Ferreira Mendes *et alii* realçam um dos objetivos da lei complementar: “resguardar certas matérias de caráter paraconstitucional contra mudanças céleres ou apressadas, sem lhes imprimir uma rigidez exagerada, que dificultaria sua modificação (...). Ao estabelecer um terceiro tipo, pretendeu o constituinte assegurar certa estabilidade e um mínimo de rigidez às normas que regulam certas matérias. Dessa forma, eliminou-se eventual discricionariedade do legislador, consagrando-se que leis complementares propriamente ditas são aquelas exigidas pelo texto constitucional”(1991, p. 235-236).

É freqüente na doutrina a discussão sobre a posição hierárquica da lei complementar. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1994, p. 183-184), ela se situa entre a emenda constitucional e a lei ordinária, ou seja, acima desta e abaixo daquela, opinião que perfilhamos. Não podemos concordar é com a opinião de autores como Michel Temer (1993, p. 36-137), constitucionalista de nomeada, e outros, como Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (1998, p. 261), que negam a superioridade hierárquica daquela espécie normativa simplesmente porque tanto a lei complementar quanto a ordinária tiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição. Para se aquilatar da fragilidade desse argumento, basta lembrar que *todas as espécies normativas* (a partir das emendas constitucionais) tiram seu fundamento de validade do texto magno.

Sara Ramos Figueiredo ([19--], p. 79) é incisiva:

“Com caráter de leis superiores às ordinárias aparecem no processo legislativo brasileiro, a partir da Constituição de 1967, as leis complemen-

tares. Objetivam regular os preceitos constitucionais que não são auto-aplicáveis, que não valem concretamente de per si, se não forem complementados por esse tipo de lei. Por isso, a Constituição estabelece a exigência do quorum qualificado para a aprovação do projeto de lei complementar; maioria absoluta dos votos dos membros de cada uma das Casas legislativas.

“O requisito formal exigido em sua elaboração corresponde à sua função de relevo como instrumento de execução da Constituição.

“Não é, todavia, facultado ao legislador ordinário a escolha dos textos que devam ser objeto de lei complementar. A própria Constituição dá a indicação explícita de sua incidência quando recomenda taxativamente, em várias passagens, que sobre o preceito que estabelece haja lei complementar.

“Daí a afirmação de Geraldo Ataliba no sentido de que a lei complementar é aquela expressamente prevista pelo texto constitucional e para cuja elaboração se previu processo especial e qualificado. Especial, porque exclusivo e próprio da espécie; qualificado, porque revestido de exigências que o tornam qualitativamente superior ao próprio das leis ordinárias”.

O que temos a dizer é que, formalmente, lei complementar tem a natureza de lei nacional e de *lex legum*, porque condiciona a legislação das pessoas políticas autônomas. Obedece a processo legislativo especial, dependendo, a sua aprovação, da maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, posicionando-se logo abaixo da Constituição. Embora queiram alguns autores negar-lhe o caráter de espécie normativa intercalar, o certo é que, na grande maioria dos casos, funciona, como já se disse, como *lei de leis*, a que os legisladores deverão subordinar-se. As exceções confirmam a regra: instituição, pela União, de empréstimos compulsórios (art. 148) de im-

postos e contribuições sociais de sua competência residual (arts. 154, I, e 195, §4º), bem como do imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII). Nesses casos, *ratione materiae*, sua função é de lei ordinária.

Contrario sensu, há leis ordinárias com função de lei complementar. É o caso, *v. g.*, da Lei nº 5.172, de 25-10-66 (CTN), que, não obstante o seu *nomen juris*, por vincular todas as pessoas políticas autônomas, para as quais irradia suas normas, pertence, materialmente, à categoria de lei complementar. Diga-se o mesmo dos Decretos-leis nºs 406, de 31-12-68, e 834, de 08-09-69, entre outros, quando vigentes, ou de qualquer modificação do Código Tributário Nacional. E determinadas resoluções do Senado, pelos mesmos motivos, em nosso entender, devem ser consideradas leis nacionais. São aquelas que fixarão as alíquotas máximas do imposto estadual sobre *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos (art. 155, §1º, IVI); e estabelecerão as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação (art. 155, §2º, IV), relativamente ao ICMS.

Em matéria de Direito Financeiro, como determinam os artigos 24 e parágrafos, 163 e 165, §9º, cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais; competindo aos Estados a legislação suplementar ou plenária, na ausência de lei complementar; e aos Municípios também a legislação suplementar, agora em segundo grau, porque superveniente às leis complementares (federais) e suplementares estaduais.

Lei sobre normas gerais de Direito Financeiro já existe: é a Lei nº 4.320, de 17-03-64, que, como rezam sua ementa e §1º, “estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”. Embora lei federal, editada sob a égide da Constituição de 1946, continua em vigor, naquilo que não contraria a atual Constituição, mesmo porque, *in substantia*, foi ela recepcionada, assim suprimindo lei complementar ainda ine-

xistente. É o que supõe a melhor doutrina, numa interpretação sistemática da Constituição, especialmente do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, embora não explicitada tal recepção, como, *v. g.*, no art. 34, §5º, em relação ao sistema tributário.

5. *Ordens parciais*

5.1. *Leis ordinárias e outras leis: espécies e funções*

Em tópico anterior, aludimos a leis *stricto sensu*, como expressão compreensiva das espécies normativas arroladas no art. 59 da Carta Magna. Já falamos da Constituição e suas emendas e das leis complementares. Vimos serem elas *leis de leis*, leis nacionais. E, como dissemos que o nosso edifício legislativo – o nosso ordenamento jurídico – tem cinco andares, podemos então afirmar que já cuidamos, contados de cima para baixo, dos primeiro e segundo degraus legislativos.

Enfocaremos agora as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções – atos do mesmo nível hierárquico, todos situados no terceiro degrau, não obstante a diversidade de amplitude de cada qual, *ratione materiae*.

5.1.1. *Leis ordinárias*

Tout court, lei é a fonte por excelência do direito. Pode ser conceituada como o ato normativo inovador na ordem jurídica, resultante do devido processo legislativo constitucional. Esse conceito, embora aplicável às espécies normativas do mesmo nível, ajusta-se mais à *lei ordinária*. Para as demais, peca por insuficiência, dado o âmbito material de cada uma, como veremos.

Vale observar que, embora a Constituição a liste como “lei ordinária”, o adjetivo é desnecessário, além de não constar nos textos positivos, onde aparece simplesmente como *lei*.

É mediante leis ordinárias que as *ordens parciais* (União, Estados, Municípios e Dis-

trito Federal) exercem as suas competências legislativas.

Ainda em matéria financeira, *v. g.*, no âmbito federal, além de disporem sobre qualquer dos seus aspectos, estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (art. 165). No âmbito dos Estados e do Distrito Federal, disciplinarão, em caráter suplementar, a sua atividade financeira, o mesmo acontecendo quanto aos Municípios.

Salvo as matérias reservadas à competência do Congresso Nacional (art. 49), da Câmara dos Deputados (art. 51) e do Senado (art. 52), não há restrições ao uso da lei, que, de resto, como os demais diplomas do mesmo nível, deve submeter-se à Constituição e às leis complementares.

5.1.2. *Leis Delegadas*

Nos termos do art. 68 da Constituição, as *leis delegadas* serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. As leis delegadas estão no mesmo nível das leis ordinárias, delas diferindo pelo âmbito material, mais restrito, e pelo processo legislativo.

De acordo como o §2º, a *delegação* ao Presidente da República terá a forma de *resolução* do Congresso Nacional, que especificará seu *conteúdo* e os *termos de seu exercício*. Assim é também a delegação legislativa italiana, que exige *oggetti definiti*, para, “com tal fórmula, excluir as delegações genéricas feitas para matérias inteiras”, como explica Mortati, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1968, p. 153). A necessidade de menção precisa da substância do ato de delegação é também salientada por esse autor:

“É necessário sublinhar que esta menção deverá ser precisa, sob pena de estar descumprindo o preceito constitucional. Todavia, na prática – pode-se facilmente prever – será difícil marcar a fronteira entre o preciso e o impreciso. É razoável tomar nessa questão por empréstimo a lição norte-americana (...). Nos Estados Unidos,

a delegação é considerada válida, pela doutrina e pela jurisprudência atuais, quando o ato de delegação fixar padrões, *standards*, nítidos, que guiem a ação do recipiente da delegação. Em vista disso, será inválida a delegação se os padrões forem vagos e imprecisos, já que isso importa não numa verdadeira delegação mas realmente numa abdicação (1995, p. 228).

Por esse mesmo motivo, o autor frisa a *temporiedade* da delegação, que não será válida “por toda a duração de uma legislatura”.

O §1º estabelece que não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

É perfeitamente lógica a indelegabilidade tanto das matérias da competência exclusiva do Congresso e de suas duas Casas, quanto das reservadas à lei complementar e à legislação (estas, listadas nos incisos), até porque, no primeiro caso, envolvem poderes de fiscalização em relação ao Poder Executivo, o que equivaleria a transferir àquele Poder, potencialmente fiscalizado, atribuições do Legislativo. E, embora não especificada nos incisos do § 1º, deve-se haver como indelegável também a matéria de reserva à lei (*stricto sensu*), consignada no art. 150, I – exigir ou aumentar tributo. Ainda pelo princípio da legalidade, estranha à delegação seja também a matéria penal.

Alternativa à regra do §2º (especificação do conteúdo e os termos da delegação) é o §3º, pelo qual, em vez de atribuir a delegação, poderá a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso, que se fará

em votação única, vedada qualquer emenda. “Vê-se desse dispositivo que o pedido de delegação inclui o projeto de lei que se quer elaborar”, explica José Afonso da Silva (1989, p. 458), que verbera: “A delegação legislativa já existe no constitucionalismo pátrio há mais de vinte anos e jamais foi usada, porque havia decreto-lei; e vai continuar a não ser usada, porque existem as medidas provisórias que acabam sendo mais convenientes para o Executivo” (*rectius*: entre nós, as leis delegadas contam-se nos dedos – mas existem, tendo surgido em nosso fugaz parlamentarismo de 1961, regime, aliás, em que teve origem, sendo, no entanto, adotada até mesmo no presidencialismo norte-americano).

Lição de Ferreira Filho (1995, p. 230-231) sobre a regra do § 3º:

“A segunda modalidade de lei delegada presidencial foge completamente dos padrões usuais de delegação de poder legislativo ao Executivo. Na verdade, é, antes, uma inversão do processo de elaboração de leis ordinárias.

“De fato, no processo ordinário, o Congresso estabelece as regras e o Presidente as sanciona. No processo previsto para essa segunda modalidade de lei delegada presidencial, o Congresso delega, especificando conteúdo e termo, ao Presidente o estabelecimento de regras jurídicas novas, conquanto se reserva o direito de apreciar o projeto presidencial, como conclusão da elaboração do novo texto. Destarte, o Congresso é que ‘sanciona’ o projeto elaborado pelo Chefe do Executivo.

“É isso o que decorre do art. 68, § 3º, onde está disposto que a resolução que outorga a delegação poderá determinar a apreciação do projeto pelo Congresso, caso em que esta apreciação se fará ‘em votação única, vedada qualquer emenda’.

“Esse procedimento, em realidade, é uma previsão inútil, ou quase, da Constituição. Para estabelecer o texto

de um projeto, o Presidente não precisa de delegação; tem iniciativa ampla. Por força do art. 64, § 1º, (...) pode ele submeter seus projetos à apreciação do Congresso até em regime de urgência. Assim, nessa segunda forma de legislação delegada presidencial, a principal inovação é a proibição de emenda, ‘vantagem’ largamente compensada pela ausência de prazo para a manifestação do Congresso e, sobretudo, pela necessidade de habilitação prévia...”

Saliente-se que lei delegada é forma de *delegação externa (externa corporis)*. Não se a confunda com a *delegação interna (interna corporis)*, objeto do art. 58, §2º, I, que estabelece caber às *comissões*, em razão da matéria de sua competência, discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa.

Portanto, como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1968, p. 196), caracteriza delegação *interna corporis* a transferência do poder de editar regras jurídicas novas do Legislativo para uma das frações deste. Não há, nesse caso, propriamente delegação. O poder de editar regras jurídicas não sai do âmbito do Legislativo, apenas a decisão se desloca do todo para uma parte”.

Como se vê, entre nós tal tipo de delegação deve estar previsto no *regimento* das Casas do Congresso, ao contrário da lei italiana, que o opera por resolução. Aliás o nosso foi claramente inspirado na lei italiana, onde surgiu para “acelerar a elaboração legislativa, sem desapossar dessa função o Parlamento”, conforme preleciona Ferreira Filho (1968, p. 114).

5.1.3. Medidas Provisórias

Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar *medidas provisórias*, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. É o que estatui o art. 62, na redação que lhe deu a recente EC nº 32, de 11-09-2001. Essa emenda constitucional foi editada em face do clamor nacional contra o abu-

so de medidas provisórias pelo Poder Executivo. Cingir-nos-emos a reproduzir os novos dispositivos sobre o assunto, dispensando-nos de registrar as severas críticas que havíamos alinhavado em desabono do sistema anterior.

Nos termos do § 1º, é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art 167, § 3º (que cuida da abertura de crédito extraordinário);

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

É ainda vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e a data da promulgação da EC 32/2001, inclusive (art. 246).

As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados (§ 8º). Caberá a comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional (§ 9º). A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais (§ 5º).

As medidas provisórias perderão eficá-

cia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes (§ 3º). O prazo de sessenta dias contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional (§ 4º). Prorrogar-se-á uma vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso (§ 7º).

Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando (§ 6º).

Não editado o decreto legislativo até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas (§ 11). Aprovado o projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto (§ 12).

É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia no decurso de prazo (§ 10).

Havendo medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, serão elas automaticamente incluídas na pauta de convocação (art. 57, § 8º).

As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação da EC 32/2001 continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. É o que prescreve o art. 2º da emenda constitucional.

Como vimos, ao receber uma medida provisória, o Congresso não a aprovará ou rejeitará simplesmente, mas lhe dispensará tratamento semelhante a um projeto de lei a ser apreciado, em sua vigência, convertendo-o ou não em lei. Não convertida, perderá eficácia desde a sua edição. Assim se vê que medida provisória equívale a projeto de lei com eficácia antecipada, embora provisoriamente. A propósito, diz Ferreira Filho (1995, p. 235-236):

“Uma das conseqüências da força de lei é revogar, ou derogar, as leis anteriores. Daí decorre que a edição de medida provisória válida importa na revogação das leis, ou das normas de leis, que com o seu texto colidirem. Todavia, a medida provisória é um ‘ato sob condição resolutiva’ de sua conversão em lei, motivo por que a falta desta implica a extinção de seus efeitos, donde a restauração do direito anterior.

“Destarte, parece imperativa a conclusão de que a medida provisória revoga, desde o momento de sua edição, normas com ela colidentes. Mas a revogação é como que condicional. Se a conversão ocorrer [no prazo de vigência], torna-se definitiva essa revogação. Do contrário, restaura-se o direito anterior.

“A não-conversão da medida provisória tem, portanto, efeito repristinatório sobre o direito com ela colidente”.

Não perfilhamos a opinião do douto mestre paulista. A uma apreciação, ainda que rápida, do texto, ressalta imediatamente que: (1) *medida provisória não revoga lei anterior* – apenas *suspende sua eficácia* enquanto vigente; (2) poderá ou não ser convertida em lei – e não o sendo, desaparecerá; (3) enquanto perdure, não é lei – apenas tem força de lei, dependendo, os efeitos por ela produzidos, de disciplina do Congresso Nacional.

Eis aí outro instituto transplantado da Constituição italiana, parlamentarista. Insculpido e encarnado, e além disso abusado, como se verificou.

“Outra forma de ‘legislação gover-

namental' prevista na Constituição da República italiana é a expressa pelos *decreti-leggi*, também chamados de *ordinanze di necessità*. Consistem esses decretos com força de lei editados em razão de necessidade e urgência, sem prévia autorização parlamentar.

“Reconhecendo implicitamente que *salus populi suprema lex esto*, o constituinte italiano habilitou o Governo a, sem delegação e sob sua responsabilidade, enfrentar, por atos com força de lei, ‘exigências imprevistas e imprevisíveis, cuja satisfação é imposta como condição para a própria conservação do Estado’. Temendo, todavia, que esse instituto servisse à prepotência governamental, cuidou de pôr limites bem claros a seu exercício.

“Assim, essas *ordinanze*, se entram em vigor na data de sua publicação, perdem a eficácia se, dentro de sessenta dias da publicação, não são aprovadas pelas câmaras, ou se, evidentemente, antes disso são por elas rejeitadas. E, sublinhe-se, a não aprovação tem efeito de esvaziar *ex tunc* a *ordinanze*, cujos efeitos são anulados desde o momento da publicação, salvo se o Parlamento, por lei, não dispuser diferentemente”(1968, p. 153).

O então Deputado Nelson Jobim, como Relator da frustrada Comissão de Revisão Constitucional, já havia decidido propor a elevação, de trinta para sessenta dias, do prazo de validade das medidas provisórias, com o que a nossa cópia refletiria, como agora reflete, com maior fidelidade, os *decreti-leggi* italianos...

Anteriormente, na França, como lembra Ferreira Filho (1995, p.232), o Gabinete “não hesitou em lançar mão de decretos com força de lei, chamados por Duguit de *règlements de nécessité*, isto é, atos normativos, promulgados com fundamento no poder regulamentar, submetidos à retificação (cujos efeitos seriam retroativos, seriam *ex tunc*, ou seja,

retroagiriam até a data de sua edição) posterior do Parlamento. Inconstitucionais e não raro ilegais, esses atos tinham sua validade justificada pelo princípio *salus reipublicae suprema lex esto*, pela necessidade, pois, conforme argumenta o mestre de Bordéus”.

Conclusão inafastável: as *medidas provisórias são atos normativos precaríssimos, inadequados para as matérias sujeitas ao regime da estrita legalidade*, como sói acontecer, por exemplo, com a instituição ou o aumento de tributo. Nesse mesmo sentido é a opinião de Roque Antônio Carraza (1991, p. 173, 180-181), escorado, entre outras razões, na premissa de relevância e urgência:

“Amarrada esta insofismável premissa, podemos dizer, sempre com apoio na Constituição, que só há urgência, a autorizar a edição de medidas provisórias, quando, comprovadamente, inexistir tempo hábil para que uma dada matéria, sem grandes e iniludíveis prejuízos à Nação, venha a ser disciplinada por meio de lei ordinária. Ora, é perfeitamente possível, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 64 da CF, aprovar-se uma lei ordinária no prazo de 45 dias contados da apresentação do projeto. Logo, em nosso direito positivo, só há urgência se, realmente, não se puder aguardar 45 dias para que uma lei ordinária venha a ser aprovada, regulando o assunto. O Judiciário, em última análise, decidirá, a respeito (...) De feito, se até os tributos que o constituinte considerou mais relevantes e sujeitos à urgência – a tal ponto que os colocou fora do alcance do art. 150, III, b, da CF (princípio da anterioridade) – não podem ser criados ou aumentados mediante medidas provisórias, por muito maior razão aqueles outros, que a Lei das Leis não considerou nem tão urgentes, nem tão relevantes (tanto que os submeteu às injunções do princípio da anterioridade) (...) Com estas derradeiras considerações, temos por demonstrada a tese retro-enunciada: em hipótese alguma a medida provisória pode criar ou aumentar tributos.

Só a lei ordinária pode fazê-lo”.

A respeito, vide o § 2º do art. 62... Em matéria financeira, *ex vi* do art. 62, § 1º, I, d, vê-se que tudo quanto depende de lei não pode ser regulado por medida provisória. É o caso, por exemplo, da abertura de crédito suplementar ou especial (art. 167, V). Observe-se, todavia, que medida provisória será utilizada para a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública (art. 167, §3º). E agora ficou explícita a vedação relativa às matérias que não podem ser objeto de delegação e também de direito penal, processual penal e processual civil.

As medidas provisórias sucederam os *decretos-leis*, atos normativos também de iniciativa do Poder Executivo, muitos deles ainda em vigor, fazendo parte, portanto, do ordenamento. Podiam ser editados em caso de urgência ou de interesse público relevante, desde que não acarretassem aumento de despesa; nem regulassem matéria de segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias e criação de cargos e fixação de vencimentos. Vigentes a partir da publicação, eram submetidos ao Congresso Nacional, que deveria apreciá-los no prazo de sessenta dias contados de seu recebimento, aprovando-os ou rejeitando-os sem emendas. Decorrido esse prazo, sem deliberação, estariam tacitamente aprovados (segundo a redação primitiva do art. 55, § 1º, da EC 1/69). A EC 22/82 estipulou que, à falta de deliberação, seriam inscritos na ordem do dia, em regime de urgência, por dez sessões subseqüentes, em dias sucessivos, findos os quais, não tendo havido deliberação, estariam aprovados. No caso de rejeição, teriam tido força de lei (pois lei teriam sido) até a data da rejeição.

Profligando o abuso da utilização do decreto-lei como forma “normal” de legislação, enquanto em vigor na Constituição de 1967, porque isso “importava em concentrar nas mãos do Presidente da República o Executivo e, *de facto*, o Legislativo, no que este é poder de legislar”, Ferreira Filho

observa que “no meio político e jurídico, essa concentração de Poderes era justamente criticada. Nos meios da oposição era ela denunciada como um dos abusos inomináveis do regime militar”(1995, p. 233).

O eminente constitucionalista Josaphat Marinho assim disse a respeito:

“De instrumento limitado e excepcional, por sua natureza, as medidas provisórias multiplicaram-se e se tornaram forma ágil de legislar sobre quase todas as matérias. Com a extensão abusiva, o governo ocupa espaço reservado, pela essência do regime, ao Congresso Nacional, e assim também fere direitos dos cidadãos. As centenas de medidas provisórias editadas e reeditadas, muitas com alterações, mostram o grau de arbítrio com que têm sido usadas. São cerca de 1.500, entre emitidas e renovadas. Embora a Constituição, no art. 62, reclame urgência e relevância para editá-las, simples leitura de várias delas indica que não refletem nenhum desses dois pressupostos” (1991, p. 7).

Arrematemos esse assunto com Montesquieu:

“A liberdade política em um cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter essa liberdade, precisa que o governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro.

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado* faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente”(1998, p. 167).

5.1.4. Decretos Legislativos

Decretos Legislativos são atos do Poder Legislativo, que têm efeitos externos a ele, destinados a regular matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49 da Lei Maior), sem sujeição a sanção ou

veto do Presidente da República.

Entre as matérias listadas no art. 49, as que mais de perto entendem com a administração financeira, *v.g.*, estão as dos seguintes itens:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

VII – fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores(...);

VIII – fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado (...);

IX – julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

X – fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

XIII – escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União.

O item I enfoca matéria pertinente a finanças e tributação, principalmente a esta última: os decretos legislativos têm sido utilizados para a aprovação, pelo Congresso Nacional, dos tratados e convenções internacionais firmados pelo Poder Executivo. Estes, na letra do art. 98 do Código Tributário Nacional, “revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha”. Todavia, inobstante a superioridade que a letra do Código aparentemente lhes emprestaria, sobre a legislação interna, é mister ressaltar não terem eles existência autônoma; é mediante um decreto legislativo, primeiro (aprovação), e de um decreto do Presidente da República (ratificação), que um tratado ou convenção internacional passa a integrar a legislação interna – e, portanto, a existir e vigorar efetivamente. Quando o Estado nacional celebra tal espécie de tratado ou convênio, sua soberania não é atingida nem limitada: o Estado reconhece determinada situação como conveniente aos interesses do

País, e, soberanamente, firma o documento, tendo em vista os objetivos que persegue. Em geral, no campo do direito tributário, os tratados e convenções internacionais versam sobre o problema da bitributação. Assim, quando uma cláusula de um tratado ou convenção venha a dispor diferentemente da regra geral, em determinada hipótese, como atrás salientamos, passa a constituir exceção a essa regra no momento em que é acolhida na legislação interna.

Isso não traduz, entretanto (a nosso ver e em contraposição a expressiva corrente doutrinária), supremacia dos tratados e convenções internacionais sobre a legislação interna. Poderia, quando muito, significar superioridade de uma espécie normativa interna sobre outra, também interna. No caso, do decreto ratificador, hipótese que – poderíamos dizer –, por sua cogência e resistência à revogação em relação à lei ordinária, estaríamos diante de outra espécie de lei nacional – ao nível da lei complementar e da resolução do Senado fixadora de alíquotas de impostos estaduais. Rafael Moreno Rodrigues, por exemplo, coloca os tratados internacionais em “posição acima da lei ordinária, na hierarquia das normas jurídicas, como condição equivalente à lei complementar” (CORSAATTO, 1991, p. 93-95).

5.1.5. Resoluções

As *resoluções legislativas* são atos destinados a regular matéria de competência do Congresso e de suas Casas, tanto de efeito interno quanto externo. As arroladas nas competências da Câmara dos Deputados (art. 51) e do Senado (art. 52) são de efeito externo. Seriam de efeito interno apenas aquelas relativas a atividades-meio do Poder Legislativo.

Em finanças públicas, citem-se principalmente as do art. 52, V a IX, de competência do Senado, sobre operações de crédito e dívida pública. Em tributação, saliente-se que resolução do Senado fixará alíquotas máximas do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens e direitos (art. 155, §1º, IV) e estabelecerá alíquotas do ICMS (art. 155, §2º, IV a VIII).

Como já dissemos, as resoluções do Senado que estabelecem limitações tributárias ou financeiras às pessoas políticas autônomas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) devem ser consideradas leis nacionais e não simplesmente federais.

5.2. Decretos: espécies e funções

As fontes legislativas acima enumeradas são as principais do direito, por isso que podem ser chamadas de *fontes primárias*. As que se seguem serão então designadas de *secundárias, derivadas ou subsidiárias*, por conterem normas inferiores e subordinadas à lei. Sua existência depende da lei que preveja ou faculte regulamentação.

Decretos são atos cuja expedição incumbe ao Presidente da República, investido, como chefe do Poder Executivo, do *ordinance power* – poder regulamentar.

Nas palavras do saudoso constitucionalista e tributarista Geraldo Ataliba, “consiste o chamado *poder regulamentar* na faculdade que ao Presidente da República – ou Chefe do Executivo, em geral, governador e prefeito – a Constituição confere para dispor sobre medidas necessárias ao fiel cumprimento da vontade legal, dando providências que estabelecem condições para tanto. Sua função é facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo, para bem observá-la”. Dizendo que não é dado à lei vedar a regulamentação e que seria nula a cláusula legal que impedisse o Presidente de exercitar esse poder, acrescenta:

“Não quer, entretanto, isto dizer que tal poder seja ilimitado, ou que possa ser exercido de qualquer forma e a qualquer propósito. O uso deste poder soene e eminente é, pelo contrário, vinculado. Depende quantitativa e qualitativamente das condições impostas pelo sistema e da própria natureza e conteúdo da lei a ser regulamentada. É, pois, o poder de fazer regulamentos, por exigência constitucional, deflagra-

do pela existência da lei. Sem esta, não existe aquele. Não há, pois, *regulamento autônomo*, no regime constitucional brasileiro. Sem lei, não há decreto regulamentar” (1969, p. 119-120).

É o que faz a Lei Maior, no art. 84, IV, *fine*: confere competência ao Presidente da República para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. E o Código Tributário Nacional, de sua parte, no art. 99, dispõe que “o conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta lei”. Isso confirma a dicção do pranteado Professor Ataliba: os decretos devem jungir-se estritamente às leis, sendo-lhes vedado ultrapassá-las, mesmo quando inovem na ordem jurídica, por determinação legislativa.

Os decretos a que nos referimos por último – que inovam na ordem jurídica – desempenham função legislativa *stricto sensu*. É o caso, por exemplo, dos decretos que alteram alíquotas dos impostos de importação, exportação, produtos industrializados e operações financeiras, nos termos do §1º do art. 153 do Texto Magno. *Ratione materiae* são, portanto, atos normativos qualificados, diferentes dos demais decretos, estando em nível superior a eles.

5.3. Normas complementares: espécies e funções

Normas complementares das leis, dos tratados e convenções internacionais e dos decretos, de acordo com o art. 100 do Código Tributário Nacional, são:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebram a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Atos Administrativos Normativos são os

expedidos pelas autoridades administrativas a partir do segundo grau, para a boa execução das leis e regulamentos, com vistas ao eficiente funcionamento da administração, à harmonia e à unidade dos serviços públicos.

Conforme a finalidade ou a posição hierárquica das autoridades de onde promanam, os atos administrativos normativos recebem denominações diversas: instruções, portarias, circulares, normas de execução, ordens de serviço. De acordo com o art. 87, II, da Constituição, compete aos Ministros de Estado expedir *instruções* para a execução das leis, decretos e regulamentos. Contudo, em vez de instruções ministeriais, têm preferido os senhores Ministros expedir portarias. Portarias são usualmente atos administrativos internos, editados por chefes de repartições.

A Secretaria da Receita Federal dispõe de nomenclatura própria de atos administrativos normativos, cuja utilização é disciplinada pela Instrução Normativa nº 1, de 12-09-69. Ao rol dos mencionados na referida instrução normativa, acrescentem-se os atos declaratórios normativos, editados no Sistema de Tributação.

Decisões Administrativas são as proferidas em processos administrativos fiscais, inclusive de consulta, pelas autoridades investidas de competência decisória, nas diversas instâncias administrativas. Tais decisões consideram-se fontes particulares de Direito Tributário. Criadores do direito *in concreto*, vinculam apenas as partes envolvidas no litígio. O preceito criado para cada caso não se reveste de força de norma geral, exceto se a lei lhe atribuir eficácia normativa, como está no inciso II do art. 100.

Entre nós, foi atribuída eficácia normativa apenas à orientação veiculada por meio de *parecer normativo* do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, sobre consultas “formuladas sobre a interpretação da legislação dos tributos a seu cargo”, nos termos da Instrução Normativa nº 26, de 25-05-70. De acordo com o item III daquela Instrução Normativa, “o parecer se limitará ao exame da tese sobre que versa o caso

concreto, com a abstração do autor da consulta, indicando a solução consentânea com a hipótese”. Que os pareceres normativos sejam normas complementares, não há dúvida, até por dizê-lo o Parecer Normativo nº 390/71.

Práticas Administrativas ou praxis da Administração são as regras reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas na solução de casos semelhantes. É a orientação fiscal adotada pela Administração na aplicação de leis e regulamentos. Embora o Código não tivesse reproduzido o texto do seu anteprojeto – que além das práticas mencionava os usos e costumes –, é difícil deixar de fazer conexão com aqueles. Que são usos e costumes senão práticas reiteradas?

Ressalte-se que, em virtude do princípio da legalidade, tais práticas (ou usos e costumes) somente têm força vinculante enquanto interpretativas de leis, regulamentos e outros atos normativos.

Convênios internos – assim se podem chamar os que entre si celebram a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Da finalidade de tais convênios – execução de leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais –, conforme reza o texto constitucional, decorre sua natureza administrativa. Também exclusivamente sob a óptica administrativa acolheu o Código a possibilidade dos convênios internos, como se depreende do art. 7º combinado com o art. 199.

De outra categoria, outrossim, são os convênios celebrados e ratificados pelos Estados, nos termos de lei complementar, como previsto no art. 155, §2º, XII, g, da Constituição, com vistas à concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do ICMS. Estes inovam na ordem jurídica, equivalentemente às leis. De acordo com a Lei Complementar nº 24, de 07-01-75, devem ser ratificados pelo Poder Executivo de cada Unidade da Federação. Tomando-se “ratificados” no sentido de “aprovados” (como tem acontecido, embora não seja o seu exato sentido técnico), segue-se que os convênios passam a integrar a legislação esta-

dual mediante decreto do Poder Executivo, con-
substanciando-se, desse modo, mais uma exce-
ção ao princípio da legalidade estrita. Em face
disso, não há como considerar tal modalidade
de convênio como simples norma complemen-
tar – espécie normativa de natureza infralegal.

Notas

* “Senado” aqui é expressão de “Assembléia de
Leis”.

Bibliografia

ARAÚJO, Luiz Alberto David et al. *Curso de direito
constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ATALIBA, Geraldo. *Apontamento de ciência das fi-
nanças, direito financeiro e tributário*. São Paulo: Re-
vista dos Tribunais, 1969.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e
de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BECKER, Augusto Alfredo. *Teoria geral do direito
tributário*. São Paulo: Saraiva, 1972.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*.
5 ed. de Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília:
UnB, 1984.

CAMPOS, José de Queiroz. *Como elaborar a lei: téc-
nica de redação e linguagem*. Rio de Janeiro: Verbe-
te, 1972.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito consti-
tucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais,
1991.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislati-
va*. Rio de Janeiro: Del Rey, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tri-
butário*. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Teoria da norma tributária*. São Paulo: Re-
vista dos Tribunais, 1981.

CORSATTO, Olavo Nery. *Direito tributário*. Brasí-
lia: Curso Monte Horebe, 1991.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do di-
reito*. Tradução de René Ermani Gertz. Brasília: UnB,
1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de di-
reito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Do processo legislativo*. São Paulo: Fa-
culdade de Direito da USP, 1968.

- _____. *Do processo legislativo*. 1968. Dissertação. Faculdade de Direito da USP, São Paulo: 1968.
- FIGUEIREDO, Fran. *Metodologia constitucional: técnicas de elaboração e técnicas de Interpretação*. Brasília: Itamarai, 1987.
- FIGUEIREDO, Sara Ramos. *Processo legislativo*. Brasília: Cedesen, Senado Federal, [19--]. (Postila).
- MACHADO NETO, A.L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- MARINHO, Josaphat. Medidas provisórias. *Correio Braziliense*. Brasília, 15 jun. 1996.
- MARQUES OLIVEIRA. *A força do direito e os limites da lei*. Belém: CEJUP, 1987.
- MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Manual de redação da presidência da república*. Brasília: Presidência da República, 1991.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota, São Paulo: Saraiva, 1998.
- PAIVA, Ormezindo Ribeiro de *Espécies normativas no direito brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1979.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: proposta de um critério objetivo para o estabelecimento do referencial temporal implícito

Carlos Antonio de Almeida Melo

Da mesma forma que o Preâmbulo, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição merece considerações específicas.

O ADCT é composto por um conjunto de dispositivos constitucionais que integra o texto da Constituição, possuindo como primeira característica o fato de haver sido promulgado junto com a parte permanente, implicando, dessa maneira, exercício do poder constituinte originário. Nesse sentido, assim como o Preâmbulo configura o *prefácio jurídico-político da Constituição*, o ADCT consiste num grupo de normas a dispor sobre a passagem da idéia de direito anterior (plasmada no texto constitucional revogado) para a nova ordem jurídica instaurada pela Constituição. Sob esse prisma, constituem *normas de transição e de adaptação* ao novo texto constitucional.

Efetivamente, como construção do constituinte originário, os dispositivos do ADCT, tal como as normas da parte permanente, expressam a nova idéia de direito que consubstancia a ordem jurídica inaugurada pela nova Constituição. O diferencial reside no reconhecimento que a transição de uma situação para outra carece de normas temporárias de adaptação e tais normas, em função da legitimidade, só poderiam ter sido estabelecidas pelo próprio órgão de exercício do poder constituinte originário. Esse o fundamento de sua transitoriedade.

Carlos Antonio de Almeida Melo é Professor de Direito da Faculdade de Direito da UFMT, Procurador do Estado de Mato Grosso, Especialista em Direito Público pela UFRJ.

Possuindo esse perfil, as normas do ADCT são passíveis de alteração, que estarão submetidas às mesmas limitações impostas para a modificação do texto permanente e expressas no art. 60 da Constituição de 1988, inclusive, e principalmente, as vedações constantes do § 4º¹.

Deve-se distinguir que a transitoriedade de tais normas, que as identifica e especifica em relação àquelas da parte permanente, não se confunde com provisoriedade normativa. Enquanto a norma provisória produz seus efeitos à espera daquela que a virá substituir permanentemente, em relação à qual é provisória, a norma transitória caracteriza-se por exaurir seus efeitos normativos no tempo estipulado, isto é, a norma transitória tem *sempre* seu prazo de validade previamente estabelecido.

Pode haver relação de transitoriedade quanto às emendas constitucionais quando estas possuem artigos próprios, isto é, disposições que não promovem modificações, adições ou supressões no texto constitucional, mas traçam *também* normas relacionadas ao contido na própria emenda, funcionando como verdadeiras “disposições transitórias” ou normas de adaptação de seu texto. A rigor, deveriam ser incluídas no ADCT em nome da técnica legislativa. Inocorrendo essa hipótese, principalmente quando em grande número, os artigos próprios da emenda *não* podem ser entendidos como integrados ao texto constitucional, por impossibilidade técnico-dogmática, mas incidem transitoriamente quando da aplicação do texto modificado, sendo de *hierarquia paraconstitucional* enquanto não perderem a eficácia, exaurindo seus efeitos e normativamente sucumbindo aos inexoráveis efeitos do tempo (ver MELO, 1999, p. 101-120).

Portanto, o grande diferenciador das normas transitórias é o referencial temporal a que estão relacionadas e que dá conta de sua transitoriedade. Todavia, essa temporariedade pode-se apresentar de diversas formas.

Há normas transitórias que, produzindo efeitos concretos a partir do momento da

promulgação do texto constitucional, prescindem do referencial temporal exatamente por esta característica de promover imediata alteração na realidade, embora possam depender de providências ulteriores. Como exemplo, o art. 15 do ADCT/CR 88 ao dispor que *fica extinto o Território Federal de Fernando de Noronha, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco*. No mais, todas as demais normas transitórias estão apoiadas em um referencial temporal que determina sua eficácia.

Deve-se ter em conta que o conceito de transitoriedade, estando relacionado ao tempo, carece de quantificação: por quanto tempo a norma transitória estará apta a produzir efeitos jurídicos?

O referencial temporal de eficácia das normas transitórias consiste no balizamento do tempo em que serão produzidos seus efeitos jurídicos, podendo ser explícito ou implícito. Na primeira hipótese, estará expresso por meio de uma data ou de uma construção gramatical² que informe de maneira taxativa o marco temporal em que se exaurirá a eficácia da norma. Como exemplos, os artigos 1º a 3º, 7º, 20 e muitos outros do ADCT/CR 88. Os dispositivos dessa espécie não apresentam maiores cuidados, uma vez que o referencial temporal é identificado sem a necessidade de cogitações mais significativas.

Contudo, as normas que contêm matéria cujo referencial temporal não está expressamente enunciado carecem de redobrada atenção, pois efetivamente envolvem dificuldades práticas de grande monta em sua aplicação. A ausência expressa do referencial temporal é seu identificador, o que gera questões do seguinte calibre: qual o prazo de validade dessas normas? Em que data seus efeitos normativos, característica de todas as normas do ADCT, exaurir-se-ão? Há necessidade de se desenvolver um critério objetivo de aferição do marco temporal nesse tipo de normas, que se imponha contra razões meramente subjetivas, que fatalmente, em sua ausência, nortearão o intérprete, para responder a essas perguntas.

Como normas resultantes do exercício do poder constituinte originário, mas dotadas de transitoriedade, as regras do ADCT carentes de marco temporal explícito só podem ser avaliadas também pela ótica do próprio poder constituinte. Como o poder constituinte originário se esgota no momento constituinte, aqui caracterizado como a promulgação do novo texto constitucional, a questão tem de ser examinada pelo prisma do poder constituinte derivado, no que este se apresenta mesmo como um resíduo do poder originário, cujo exercício foi disciplinado pelo constituinte.

Tendo em vista essa diretriz, o critério para fixação do marco temporal passa a ser a relação da matéria do ADCT com o exercício do poder constituinte derivado: na medida em que o tema constitucional constante das disposições transitórias não tenha sido objeto de revisão ou emenda na parte permanente, permanece intacta sua eficácia, caso contrário, as alterações promovidas na matéria, mesmo que não sejam realizadas na própria norma transitória, fazem cessar a normatividade do dispositivo.

O critério leva em consideração que os dispositivos do ADCT correspondem a matérias tratadas em maior ou menor escala na parte permanente do texto constitucional, obedecendo, inclusive, a uma topologia semelhante. Assim, a alteração promovida no artigo da parte permanente corresponde à cessação de eficácia do correspondente dispositivo transitório, caso ainda não se tenha exaurido normativamente, mesmo que este não tenha sido objeto de emenda.

O fundamento do critério destaca o exercício do poder constituinte e, em função disso, vincula, como não poderia deixar de ser, o constituinte derivado à nova idéia de direito traçada pelo constituinte originário. Isso significa que o conteúdo das emendas ao ADCT, como de resto ao texto constitucional em geral, além das limitações expressamente estabelecidas no art. 60 CR 88, está comprometido também com as limitações

implícitas contidas na nova idéia de direito configurada no texto constitucional originário.

Assim, não sendo norma de efeitos concretos, nem possuindo referencial temporal explícito nem se tendo exaurido pelo cumprimento de suas determinações, em vez de razões de natureza subjetiva, como “prazo razoável”, por exemplo, a fixação do referencial estaria, por esse critério, implícita no exercício do poder constituinte.

Claro que essas normas do ADCT envolvem outros problemas correlatos, como o de os dispositivos sem referencial temporal explícito não serem cumpridos nem terem a matéria alterada por emenda, restando praticamente sem aplicação. Aqui se faz necessário um comentário sobre a duração da transitoriedade, quando não expressamente fixada.

Nesses casos, isto é, estando a norma transitória sem referencial temporal explícito, em relação à duração da transitoriedade, pelo critério aqui apresentado, poder-se-ia imaginar que fosse alcançado um prazo elástico o suficiente para que seu perfil se metamorfoseasse em indeterminado, logo, que a norma passasse, de certa forma, a “permanente”. Creio que o próprio constituinte originário teve consciência dessa possibilidade, pois fixou o marco referencial de diversos dispositivos transitórios.

Entretanto, essa dificuldade não invalida o critério, uma vez que a duração da transitoriedade pode estar relacionada a diversos fatores, a informar a complexidade para a concretização do comando normativo transitório. Com isso, nada impede que, nessas hipóteses, o tempo da norma perdure até por períodos mais longos (alguns anos, por exemplo). Por outro lado, a perpetuação da transitoriedade pode também estar relacionada pura e simplesmente à omissão, quando os remédios possíveis seriam o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, pelo menos em tese.

Tome-se como exemplo o art. 17 ADCT/CR 88 que dispõe:

Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido, ou percepção de excesso a qualquer custo.

§ 1º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta.

§ 2º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta.

A norma possui um diferencial único em todo o texto constitucional, que é a ressalva ao direito adquirido, possibilidade somente atribuída ao exercício do constituinte originário (ver MELO, 1999). À parte isso, como norma transitória, cabe em uma das seguintes hipóteses:

1ª – tendo sido cumprida integralmente, exauriu seu conteúdo normativo;

2ª – não foi cumprida integralmente, o que possibilitaria cogitar sobre a duração de sua transitoriedade.

Ao que tudo indica, a despeito de tentativas conhecidas, trata-se de norma a que não foi dado inteiro cumprimento às determinações que contém. Assim sendo, caberiam indagações acerca da duração de sua transitoriedade: poderia o dispositivo ser aplicado, por exemplo, em março de 2001?

Suponhamos que determinado Município tenha, naquela data, realizado substancial reforma no âmbito da administração direta e, como decorrência, promovido a revisão dos valores dos vencimentos, remunerações, adicionais, vantagens e proventos da aposentadoria de seus servidores, desrespeitando direitos adquiridos, sob

a alegação de estar efetivando sua adequação aos ditames constitucionais, ancorando-se nas disposições do art. 17/ADCT. Seria constitucional tal medida? Estaria amparada pela transitoriedade do art. 17/ADCT? Ao que tudo indica, a resposta seria negativa.

Com efeito, o dispositivo transitório mencionado não possui referencial temporal explícito, sendo que a única indicação do fator tempo no *caput* se limita ao advérbio *imediatamente*, o que não fornece maiores esclarecimentos ao aplicador da norma, salvo considerações de natureza estritamente subjetiva.

A matéria referente ao sistema remuneratório dos servidores públicos foi modificada pela Emenda Constitucional Nº 19, de 05 de junho de 1998. Aplicando o critério proposto para a identificação do referencial temporal, tem-se que as normas contidas no art. 17/ADCT não mais possuem eficácia em face da alteração constitucional efetivada pela emenda.

Dessa maneira, no exemplo mencionado, a disposição transitória do art. 17/ADCT não daria fundamento de validade aos atos praticados pela administração municipal em face do exaurimento de sua eficácia.

Por outro lado, a mencionada Emenda Constitucional nº 19/98, em *artigo próprio*, que funciona como disposição transitória de seu texto, estabeleceu norma de conteúdo análogo ao art. 17/ADCT, sem, contudo, por imposição das limitações ao exercício do poder constituinte derivado, excepcionar os direitos adquiridos.

Em face disso, ainda no exemplo proposto, o fundamento de validade das medidas municipais seria o art. 29 da EC nº 19/98, estando aí contido o respeito aos direitos adquiridos dos servidores.

Destaque-se que, em relação aos parágrafos do dispositivo, o direito concernente aos médicos e profissionais de saúde mencionados, desde que preenchidos os requisitos exigidos (*que estejam sendo exercidos*),

passou à qualidade de adquirido e, como tal, protegido pelo art. 5º, inciso XXXVI. Nesse sentido, essas normas podem ser invocadas a qualquer tempo, mesmo após o exaurimento da eficácia normativa³.

Em conclusão:

I – os dispositivos contidos no ADCT configuram, tal qual as regras da parte permanente do texto constitucional, exercício do poder constituinte originário, consistindo em *normas de transição e de adaptação*, dispondo sobre a passagem da idéia de direito anterior para a nova ordem jurídica inaugurada pela Constituição, consistindo essa característica no fundamento de sua transitoriedade;

II – as normas do ADCT são passíveis de alteração, estando submetidas às mesmas limitações impostas para a modificação das regras permanentes;

III – nas emendas constitucionais, os *artigos próprios* são de *hierarquia paraconstitucional* enquanto não perderem a eficácia, funcionando como normas de transição e adaptação do texto;

IV – em relação às normas jurídicas, a transitoriedade difere da provisoriedade no que esta pressupõe o advento de uma norma de caráter definitivo, enquanto aquela exaure seus efeitos no tempo previsto;

V – as normas transitórias podem produzir efeitos concretos, caso em que prescindem de um referencial temporal de eficácia;

VI – o referencial temporal de eficácia das normas transitórias, que estabelece o baliçamento temporal para a produção de seus efeitos jurídicos, pode ser explícito ou implícito;

VII – o referencial será explícito quando expresso por meio de uma data ou de uma construção gramatical que apresente taxativamente o marco temporal em que a norma exaurir-se-á;

VIII – não estando expresso, o referencial temporal estará implícito no exercício do poder constituinte;

IX – nesses casos, há necessidade de um critério objetivo para sua identificação, propondo-se que, na medida em que o tema constitucional constante das disposições transitórias não tenha sido objeto de revisão ou emenda na parte permanente, permanece intacta sua eficácia, caso contrário, as alterações promovidas na matéria, mesmo que não sejam realizadas na própria norma transitória, fazem cessar a normatividade do dispositivo;

X – a transitoriedade de um dispositivo, quando não fixada expressamente, pode ser de larga duração.

Notas

¹ O ADCT foi objeto de diversas alterações: Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º de março de 1994, acrescentou os artigos 71, 72 e 73, Emenda Constitucional nº 12, de 15 de outubro de 1996, acrescentou o art. 74, Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996, alterou a redação do art. 60, Emenda Constitucional nº 17, de 22 de novembro de 1997, alterou a redação dos artigos 71 e 72, Emenda Constitucional nº 21, de 18 de março de 1999, acrescentou o art. 75, Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000, acrescentou o art. 78.

² Podem ser citadas como exemplos as expressões: *Enquanto não concretizada a transformação em Estados... Até que se efetive o disposto no art. 32, § 2º...* e *Até que se edite a regulamentação do art. 21, XVI...*, constantes, respectivamente, dos artigos 14, § 4º, 16 e 23 do ADCT/CR 88.

³ Esse efeito reside na diferença entre vigência e vigor: enquanto a vigência consiste no período de vida da norma, o vigor é concernente à qualidade vinculante. Assim, uma norma que já tenha perdido a vigência pode continuar a produzir efeitos, isto é, o vigor de uma norma pode ir além de seu período de vigência.

Bibliografia

MELO, Carlos Antonio de Almeida. A constituição originária, a constituição derivada e o direito adquirido: considerações, limites e possibilidades. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, p. 101-120, jul./set. 1999.

A justiça administrativa no Direito comparado

José de Ribamar Barreiros Soares

Sumário

1. Introdução. 2. A justiça administrativa no Direito francês. 2.1. Os tribunais administrativos e o Conselho de Estado. 2.2. O Conselho de Estado francês. 2.3. A Corte de Contas. 2.4. A Corte de Disciplina Orçamentária. 2.5. Recursos contenciosos. 2.6. Classificação dos recursos contenciosos. 2.7. Jurisprudência administrativa. 3. A justiça administrativa no Direito italiano. 3.1. Os tribunais administrativos regionais. 3.2. Jurisdição geral de legitimidade do ato. 3.3. A jurisdição de mérito. 3.4. A jurisdição exclusiva dos tribunais regionais. 3.5. O Conselho de Estado italiano. 4. O contencioso administrativo em Portugal. 5. Conclusão.

1. Introdução

A justiça administrativa tem origem no Direito francês, a partir do qual se irradiou para outros ordenamentos jurídicos. Adota-se, portanto, a figura do administrador-juiz, vedando-se aos órgãos da justiça comum o exame de questões relativas aos atos praticados pela administração pública.

Ao lado da teoria da separação dos poderes, idealizada por Montesquieu, a desconfiança e rivalidade entre os Poderes Executivo e Judiciário, em face da interferência deste nos negócios administrativos, leva à criação de uma justiça própria para julgar os atos da administração pública.

Ocorrendo conflitos entre a justiça administrativa e a justiça comum, será competente para dirimi-los o Tribunal de Conflitos.

José de Ribamar Barreiros Soares é Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados, Advogado e Professor de Direito Administrativo.

tos, órgão também situado fora da composição do Poder Judiciário.

O sistema do contencioso administrativo possui peculiaridades e características fascinantes que passaremos a examinar em seguida, quanto à sua composição, seu funcionamento e suas competências.

2. A justiça administrativa no Direito francês

2.1. Os tribunais administrativos e o Conselho de Estado

A justiça administrativa no Direito francês é composta de duas instâncias: os tribunais administrativos e o Conselho de Estado francês.

Os tribunais administrativos são compostos de um presidente e conselheiros, entre os quais um exerce o cargo de comissário do governo. A legislação que rege a matéria é o Decreto nº 63-1336, de 30 de dezembro de 1963.

Os conselheiros são divididos em três classes: segunda classe, primeira classe e extra classe. A presidência é composta de: presidente, presidente extra classe (de província) e vice-presidente de seção do Tribunal de Paris; presidente de seção, vice-presidente e presidente.

Os conselheiros da segunda classe são recrutados entre os alunos mais antigos da Escola Nacional de Administração, após estágio de seis meses na seção do contencioso do Conselho de Estado.

Os conselheiros de primeira classe são escolhidos entre os de segunda, na razão de sete sobre oito vagas, ficando a oitava vaga destinada ao preenchimento por magistrado judiciário ou funcionário.

A extra classe é selecionada exclusivamente entre conselheiros da primeira classe. Ocorre com os presidentes, sendo que uma entre quatro vagas pode ser preenchida por magistrado judiciário ou funcionário proveniente da Escola Nacional de Administração. O presidente do Tribunal Ad-

ministrativo de Paris é selecionado entre membros do Conselho de Estado.

A justiça administrativa de primeira instância compreende ainda outras jurisdições administrativas, como a Corte de Contas, a Corte de Disciplina Orçamentária, jurisdições de pensões de guerra.

2.2. O Conselho de Estado francês

O *Conseil d'Etat* constitui a instância superior da justiça administrativa francesa.

O ingresso no Conselho de Estado se dá na qualidade de Auditor. Estes são escolhidos entre alunos da Escola Nacional de Administração e ocupam o escalão inferior da hierarquia dos membros que compõem o Conselho de Estado.

Acima dos Auditores, vêm os Referendários (*maîtres de requêtes*). Três vagas dentre quatro são preenchidas por auditores de primeira classe, podendo a quarta ser atribuída a um membro escolhido pelo governo de forma livre, com idade mínima de trinta anos e dez anos de serviços públicos.

Por outro lado, três vagas de referendários são destinadas a um presidente de tribunal administrativo ou a um conselheiro do tribunal administrativo de Paris, ou a um conselheiro de primeira classe de um tribunal administrativo qualquer.

No escalão superior aos referendários, encontram-se os Conselheiros de Estado. Duas vagas dentre três são atribuídas a referendários e a terceira vaga é ocupada pelo membro designado pelo governo, desde que tenha no mínimo quarenta e cinco anos de idade. Em geral são funcionários antigos, como, por exemplo, os ex-prefeitos.

A esses cargos de auditores, referendários e conselheiros de estado acrescentamos os de presidentes de seção e vice-presidente.

O presidente do Conselho de Estado é, de direito, o Chefe do Poder Executivo, vale dizer, o Primeiro Ministro.

Há de se falar, ainda, acerca dos conselheiros em serviço extraordinário. Esses são

escolhidos pelo governo para um mandato de quatro anos, vedada a recondução, na forma do que dispõe o Decreto nº 63-767, entre pessoas qualificadas dos diversos setores da atividade pública nacional. Não há necessidade de serem funcionários públicos.

As atribuições do Conselho de Estado são as seguintes:

- participação na elaboração legislativa;
- consultoria do governo;
- participação na reforma legislativa;
- regulamentos administrativos e decretos;
- atribuições contenciosas de primeira e única instância e de apelação.

As competências relativas à elaboração legislativa dizem respeito a propostas de iniciativa do Poder Executivo, nas quais o Conselho de Estado apresenta sugestões para sua feitura, propõe modificações e redige textos que lhe são solicitados. Neste sentido, a Ordenança nº 45-1708, de 31 de julho de 1945, estabelece que o Conselho de Estado participa da confecção das leis e ordenanças dentro das condições fixadas pela ordenança de 31 de julho de 1945, quer dizer, a Ordenança nº 45-1706.

O Conselho de Estado também funciona como órgão consultivo do governo em matéria administrativa.

A Ordenança nº 45-1708, de 31 de julho de 1945, dispõe que o Conselho de Estado pode, de sua própria iniciativa, chamar a atenção dos poderes públicos sobre as reformas administrativas que lhe parecem conformes ao interesse geral.

Na elaboração de alguns regulamentos, o governo é obrigado a submeter o texto à consultoria do Conselho de Estado, antes de sua entrada em vigor.

Como decorrência dessa atividade, o Conselho de Estado forma aquilo que se convencionou chamar de jurisprudência administrativa.

Em se tratando de atribuições contenciosas, o Conselho de Estado ora atua como corte de apelação, ora julga em primeira e única instância.

O Conselho de Estado atua originariamente nas questões em que há uma decisão administrativa de considerável gravidade, em virtude do cargo ocupado pela autoridade pública que a emite. É o caso de decretos do Presidente da República, do Primeiro Ministro, atos regulamentares dos Ministros e decisões administrativas tomadas por conselhos nacionais de ordens profissionais.

Em segunda instância, o Conselho de Estado funciona como corte de cassação em relação às decisões proferidas pelas jurisdições inferiores.

A instrução dos processos administrativos é feita por subseções.

O julgamento é procedido por duas ou três subseções reunidas.

2.3. A Corte de Contas

A função da Corte de Contas francesa não é a de julgar a culpabilidade subjetiva dos responsáveis por dinheiro público, mas de examinar a regularidade objetiva das contas. Assim, aplica-se o famoso adágio, segundo o qual a Corte de Contas julga as contas e não os contadores.

O art. 1º da Lei de 1967 diz expressamente que a Corte de Contas julga as contas públicas. Ela é organizada como jurisdição e possui um Ministério Público, dirigido por um Procurador-Geral.

Os membros da Corte de Contas são constituídos de auditores, conselheiros referendários, de conselheiros-mestres, presidentes de câmara e de um primeiro-presidente.

O recrutamento se parece com aquele realizado pelo Conselho de Estado. Os auditores são escolhidos entre alunos da Escola Nacional de Administração. Três quartos dos conselheiros referendários são escolhidos entre os auditores e um quarto entre funcionários das finanças com pelo menos dez anos de serviço. No caso dos conselheiros-mestres, dois terços são destinados aos referendários, um sexto é destinado a funcionários das finanças e o último sexto a funcionários provenientes da administração. Os presidentes de câmara são escolhidos entre

os conselheiros-mestres com pelo menos três anos de antiguidade.

A competência jurisdicional da Corte de Contas se estende às contas de todos os que lidam com dinheiro público.

2.4. A Corte de Disciplina Orçamentária

Quando um funcionário que não um Ministro ou alguém que administra dinheiro público comete uma irregularidade orçamentária, sujeita-se a penas disciplinares. A função da Corte de Disciplina Orçamentária é a de aplicar sanções na forma da lei de 25 de setembro de 1948 que a instituiu.

Essa Corte tem a natureza jurídica de jurisdição. Suas atribuições são organizadas na forma de jurisdição, em que se observa o princípio do contraditório.

As decisões da Corte têm autoridade de coisa julgada. Trata-se de uma jurisdição administrativa, cujas decisões se submetem a recurso de cassação perante o Conselho de Estado francês. Seus membros são escolhidos entre as jurisdições administrativas, o Conselho de Estado francês e a Corte de Contas.

2.5. Recursos contenciosos

É importante proceder a uma distinção entre os recursos de natureza meramente administrativa e aqueles chamados de contenciosos.

O órgão que julga o recurso contencioso tem um caráter jurisdicional, sendo que algumas obrigações decorrem desse fato. Uma delas é a de responder ao recurso, não podendo lançar mão da inércia, como é possível no âmbito do recurso meramente administrativo, como o recurso hierárquico, em que há a possibilidade de silenciar.

Outra decorrência do recurso contencioso é a proibição de julgamento *ultra petita* ou *extra petita*.

Nos recursos meramente administrativos, pode-se lançar mão de argumentos jurídicos e metajurídicos. Assim, é válido o argumento fundado em equidade com a conseqüente modificação do ato pela admi-

nistração com base nesse fundamento não-jurídico, mas sim de justiça e equidade.

De outro lado, quando o recurso é contencioso, só se permite a fundamentação jurídica, deve a parte interessada provar que o ato administrativo é contrário à lei ou aos princípios gerais de direito.

Também, no recurso contencioso, a decisão precisa ser fundamentada, em obediência ao princípio da motivação.

2.6. Classificação dos recursos contenciosos

Os recursos contenciosos podem ser:

- de plena jurisdição;
- de anulação;
- de interpretação;
- de repressão.

Contencioso de repressão. Tem cabimento nos casos de contravenções perpetradas contra a integridade do domínio público. Nessas hipóteses, o tribunal administrativo exerce competência penal.

Contencioso de interpretação. Visa a um pronunciamento sobre questão prejudicial de interpretação do ato administrativo ou de sua validade.

Contencioso de plena jurisdição. A jurisdição administrativa dispõe de todos os poderes conferidos a um juiz. O resultado pode ser a anulação do ato administrativo, sua reforma, uma condenação pecuniária imposta à administração. Os elementos dessa decisão podem-se fundar tanto na lei, quanto nos princípios gerais de direito, ou ainda no texto de um contrato. Ainda é possível, nesse tipo de recurso, a análise do mérito do ato administrativo.

Contencioso de anulação. Mais restrito do que o contencioso de plena jurisdição, implica o simples pronunciamento de anulação do ato, sem qualquer poder de reforma ou de condenação pecuniária, como ocorre no recurso de plena jurisdição.

A análise de validade do ato limita-se à legalidade, sendo possível, em alguns casos, o exame da moralidade administrativa. A anulação com base em violação contratual só é admitida no recurso de plena jurisdição.

Os conflitos de competência entre a jurisdição administrativa e a justiça comum são dirimidos por um tribunal de conflitos.

2.7. *Jurisprudência administrativa*

Passamos a citar alguns exemplos de decisões prolatadas pelo Conselho de Estado francês ou pelo Tribunal de Conflitos, que servem para consolidar a jurisprudência administrativa do Direito Administrativo francês.

Aresto Príncipe Napoleão. Essa decisão é um marco importante na afirmação da justiça administrativa. Antes dessa decisão, o Conselho de Estado se julgava incompetente para analisar atos administrativos cujo móvel fosse político. Nesse momento, abandona-se a tese dos atos políticos, permitindo-se à justiça administrativa o pronunciamento quanto à legalidade desses atos.

O príncipe Napoléon-Joseph Bonaparte foi nomeado ao cargo de General por seu primo, o Imperador Napoléon III. Após a queda do seu império, o governo republicano afasta o príncipe da lista dos oficiais generais. A justificativa alegava que tal nomeação se dera em virtude de condições particulares ligadas a um regime político já desaparecido, o que levava à caducidade daquele ato administrativo.

O príncipe recorreu ao Conselho de Estado para anular essa decisão. O Conselho de Estado, em primeiro lugar, reconheceu-se competente para julgar a legalidade do ato em questão. Todavia, rejeitou o requerimento do príncipe, ao fundamento de que o art. 6º do Senado-consulta, de 7 de novembro de 1852, previa que as gratificações concedidas pelo Imperador a membros de sua família estavam para sempre revogadas.

Ministro da agricultura contra Senhora Lamotte. Essa decisão fixa o princípio geral de direito segundo o qual todo ato administrativo, mesmo sem texto, pode ser objeto de um recurso por excesso de poder.

A Lei de 17 de agosto de 1940 atribuiu aos prefeitos o poder de conceder a terceiros a exploração de terras abandonadas ou incultas por mais de dois anos. Com base nisso, as terras da Senhora Lamotte foram objeto de concessão pelo prefeito. Ocorre que o Conselho de Estado anulou essas concessões. Novamente, o prefeito, através de um aresto de 10 de agosto de 1944, procedeu à concessão dessas terras. Uma lei de 23 de maio de 1943, cujo objetivo era afastar a resistência dos juízes em aplicar a lei de 1940, dispôs que essas concessões não poderiam ser objeto de nenhum recurso administrativo ou judiciário.

Com base nessa Lei, os recursos da Senhora Lamotte foram declarados incabíveis pelo juiz administrativo. A questão foi alçada ao Conselho de Estado, que não encampou essa tese. Ao contrário, fixou o entendimento de que existe um princípio geral de direito, segundo o qual toda decisão administrativa, mesmo sem texto, pode ser objeto de um recurso administrativo por excesso de poder.

Aresto Pelletier. Essa decisão deu origem à distinção entre falta pessoal e falta do serviço e fundamenta a divisão de responsabilidade entre a administração pública e seus agentes, na hipótese de prejuízo causado a terceiros.

O art. 75 da Constituição do ano VIII estabelecia que o particular não podia acionar o agente público em virtude de fatos relativos a suas funções, a não ser que autorizado pelo Conselho de Estado francês. Com o advento do Decreto Legislativo de 19 de setembro de 1870, esse dispositivo foi revogado, findando assim a garantia anteriormente concedida aos servidores públicos.

A partir desse momento, passavam os agentes públicos a ser regidos pelo direito comum e as ações contra eles julgadas pelos tribunais judiciários, sem qualquer procedimento específico.

O caso Pelletier permite ao Tribunal de Conflitos interpretar esse texto legal em com-

inação com a lei de 16 de agosto de 1790. Esta última determinava que as funções judiciais eram distintas das funções administrativas. Impedia, em consequência, os juízes de interferirem de qualquer modo nas atividades dos órgãos administrativos e de julgarem os agentes públicos em virtude de suas funções.

Pelletier demandou a um tribunal a declaração de ilegalidade de apreensão de jornal, resultante da lei sobre estado de sítio, visando ainda a restituição dos exemplares recolhidos e a condenação do comandante do estado de sítio, do prefeito do departamento e do comissário de polícia competente no pagamento de indenização relativa aos prejuízos sofridos.

O Tribunal de Conflitos concluiu que a demanda se baseava em ato de alta polícia administrativa, consistente na interdição e apreensão dos jornais, pelo comandante do estado de sítio, na qualidade de representante do poder público, dentro do exercício dos poderes excepcionais que lhe foram conferidos pela lei de 9 de agosto de 1849 sobre o estado de sítio. Em decorrência desse ato, não se poderia falar em falta pessoal para obter a responsabilidade pessoal do agente. A demanda se dirigia ao ato em si mesmo, como atividade pública, faltando ao juiz comum a competência para conhecer e julgar a ação.

A partir dessa decisão, tem lugar a diferença entre falta pessoal e falta do serviço, entendida esta como a falta imputada em razão da atividade pública em si, causadora do prejuízo.

Aresto Comes. Admite-se, nesse caso, pela primeira vez, a possibilidade de responsabilidade sem falta, pelo fundamento do risco administrativo. A decisão é concernente à responsabilidade civil do Estado por lesão sofrida por funcionário no exercício de atividade pública.

Esses arestos formam o que se convencionou chamar de jurisprudência administrativa.

3. A justiça administrativa no Direito italiano

3.1. Os tribunais administrativos regionais

Os tribunais administrativos regionais, órgãos locais de justiça administrativa, foram criados pela Lei nº 1.034, de 1971.

Sua jurisdição é assim definida:

- jurisdição geral de legitimidade do ato;
- jurisdição de mérito de matéria taxativamente determinada;
- jurisdição exclusiva de matéria taxativamente determinada.

3.2. Jurisdição geral de legitimidade do ato

Essa atribuição encontra-se prevista na Lei nº 1.034/91 e diz respeito à legitimidade do ato administrativo que tenha lesado um interesse legítimo, limitando-se aos vícios de incompetência, violação de lei e excesso de poder. Reconhecida a ilegitimidade do ato, pode o tribunal administrativo anular o ato lesivo, mas não pode reformá-lo nem substituí-lo.

No exercício da jurisdição geral de legitimidade, não pode o tribunal prolatar sentença meramente declaratória nem examinar o mérito do ato administrativo.

3.3. A jurisdição de mérito

A jurisdição de mérito se estende aos casos previstos taxativamente na lei citada anteriormente, valendo lembrar que o conceito de mérito no campo administrativo não se confunde com aquele do direito processual.

A jurisdição de mérito é um limite ao poder discricionário da administração pública, na medida em que se imiscui no exame da conveniência e oportunidade do ato.

Na verdade, o que se verifica na hipótese é o próprio exercício de um poder administrativo por parte do tribunal administrativo, que pode culminar na substituição ou reforma do ato administrativo, e mais, com obediência aos princípios da imparcialidade e do contraditório.

Os poderes em sede de jurisdição de mérito são mais amplos do que os exercitados na jurisdição de legitimidade. Na jurisdição de mérito, pode o tribunal:

- anular o ato por ilegitimidade;
- reformar total ou parcialmente o ato;
- substituir o ato;
- condenar a administração pública ao pagamento de despesas judiciais.

3.4. A jurisdição exclusiva dos tribunais regionais

Limita-se aos casos elencados em lei e os poderes dos tribunais, nesses casos, dizem respeito tanto à anulação do ato como à declaração de validade ou à condenação da administração ao pagamento de quantia da qual resulte débito e de despesas judiciais.

Tem como objeto não apenas o ato, mas também o contrato administrativo.

3.5. O Conselho de Estado italiano

Figura como um dos órgãos mais antigos do ordenamento italiano. Embora previsto na Constituição italiana entre os órgãos auxiliares, trata-se de um órgão supremo de consultoria e de jurisdição administrativa do Estado.

São órgãos do Conselho de Estado italiano:

- o Conselho da Presidência;
- o Presidente;
- o Secretário-Geral;
- a Reunião-Geral;
- a Reunião Plenária.

O Conselho da Presidência. Esse órgão do Conselho de Estado possui a seguinte composição:

- o Presidente do Conselho de Estado, que também o preside;
- dois Presidentes de Seção do Conselho de Estado mais antigos nessa função;
- quatro magistrados em serviço junto ao Conselho de Estado mais dois suplentes;
- seis magistrados em serviço junto aos Tribunais Administrativos Regionais, dos quais pelo menos dois terão qualificação não inferior a Conselheiro de Tribunal Administrativo Regional.

O Presidente. É o órgão diretivo do Conselho de Estado e exerce suas atribuições nos limites fixados pelo Conselho da Presidência. Compete-lhe entre outras funções:

- presidir o Conselho da Presidência, a reunião-geral e a reunião plenária;
- distribuir as causas e os recursos entre as seções, dentro dos parâmetros fixados pelo Conselho da Presidência;
- promover a ação disciplinar a cargo dos magistrados administrativos;
- fiscalizar os serviços realizados no âmbito do Conselho de Estado e a atuação dos magistrados administrativos.

O Secretário-Geral. Assessora o Presidente, no exercício de suas funções. É escolhido entre os Conselheiros de Estado e nomeado por decreto do Presidente da República. O mandato tem a duração de cinco anos, vedada a recondução.

A reunião-geral. Participam dela todos os magistrados administrativos do Conselho de Estado e exerce função meramente consultiva.

A reunião plenária. É composta de doze magistrados administrativos do Conselho de Estado, escolhidos entre os Conselheiros que integram o Conselho da Presidência. Sua função é exclusivamente jurisdicional.

4. O contencioso administrativo em Portugal

Em Portugal, o contencioso administrativo é composto de auditorias e do Supremo Tribunal Administrativo.

Na auditoria, funciona um juiz auditor administrativo e, junto a ele, um membro do Ministério Público.

O Supremo Tribunal Administrativo é o órgão de segunda instância e é dividido em quatro Seções:

- a) Seção do Contencioso Administrativo;
- b) Seção do Contencioso das Contribuições e Impostos;
- c) Seção do Contencioso do Trabalho e Previdência Social;
- d) Seção Aduaneira.

A Seção do Contencioso é formada de quatro conselheiros. O Supremo Tribunal Administrativo também se reúne com a composição plenária, para analisar recurso interposto contra decisões proferidas pelas Seções.

Os conflitos surgidos entre a justiça administrativa e a justiça comum são resolvidos por um Tribunal de Conflitos, composto de três juízes do Supremo Tribunal de Justiça e três do Supremo Tribunal Administrativo.

5. Conclusão

A justiça administrativa, como se pode observar dos sistemas comentados, não se vincula ao Poder Judiciário, sendo, por outro lado, independente, autônoma, em relação ao Poder Executivo.

Ao mesmo tempo em que julga as questões contenciosas envolvendo a administração pública, na prática de ato administrativo, também colabora como órgão consultivo, de assessoramento, propiciando, assim, uma especialização e um aprimoramento da atividade administrativa.

Outro aspecto benéfico da jurisdição administrativa é o fato de seus integrantes receberem formação específica em matéria administrativa, o que lhes capacita, sobremaneira, para o exercício dessa atividade complexa, com grande conhecimento de causa a respeito dos temas administrativos. Deve-se ressaltar, ainda, a possibilidade de um controle mais amplo, abrangendo o mérito administrativo e propiciando a modificação e revogação do ato da administração pública.

O sistema brasileiro é o da jurisdição una, seguindo o preceito constitucional segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Isso não impede, todavia, a criação de varas especializadas em julgar

matéria administrativa. Atualmente, a Justiça Federal julga as causas em que a União tenha interesse ou esteja envolvida de alguma forma. Embora isso não constitua, mesmo de longe, uma justiça administrativa, nada impede a criação, dentro do Poder Judiciário, de uma justiça especializada em causas administrativas, assim como se tem hoje a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar.

Outra possibilidade seria a criação de um contencioso administrativo, desde que suas decisões pudessem ser submetidas aos tribunais superiores, uma espécie de sistema misto de jurisdição.

O julgamento das questões administrativas por um setor especializado, dentro ou fora do Poder Judiciário, certamente contribuiria para um aprimoramento das relações entre os Poderes e do julgamento das questões administrativas.

Bibliografia

BERTHÉLEMY, H. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: Rousseau & Cie, 1923.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARINGELLA, F. ; DELPINO, L. ; DEL GIUDICE, F. *Diritto amministrativo*. Napoli: Esselibri - Simone, 1996.

DE LAUBADÈRE, André. *Droit administratif spécial*. Paris: Universitaires de France, 1958.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1921.

WALINE, Marcel. *Précis de droit administratif*. Paris: Montchrestien, [s.d.].

A racionalidade na teoria e prática jurídica enfocando a sociologia política e os tipos de dominação legítima em Max Weber

Marco Antonio Hatem Beneton

A sociologia política (ARON, 2000, p. 495) de Max Weber se baseia numa distinção entre a essência da economia¹ e a essência da política, estabelecida a partir do sentido subjetivo das condutas humanas. A economia tem que ver com satisfação das necessidades, e também com o objetivo determinado pela organização racional da conduta; a política se caracteriza pela dominação exercida por um homem ou por alguns homens sobre outros homens. Tanto o agir econômico como o agir político são derivados da idéia de Weber sobre a ação social, núcleo de preocupação dos estudos weberianos e que vem a ser o comportamento humano; a conduta ou uma atitude interior ou exterior voltada para a ação ou abstenção, sendo esse comportamento social de acordo com sentido atribuído pelo sujeito no seu relacionamento com outras pessoas (ARON, 2000, p. 495).

Do conceito sobre a ação social decorrem as várias séries de condutas ou comportamentos humanos, isolados ou em grupo, como a relação social, a ordem legítima, o combate, comunidade, agrupamento, empresa, associação, instituição, poder e dominação, todos regidos pelo signo da probabilidade. Neste estudo, reduziremos a nossa análise sobre a sociologia política de Weber ao campo da dominação e suas imbricações na sociedade e no direito.

Na descrição de Aron (p. 496), a política para Weber é o conjunto das condutas humanas que comportam a dominação do homem pelo homem, sendo a dominação a probabilidade que tem o senhor de contar com a obediência dos que, em

Marco Antonio Hatem Beneton é procurador da Assembléia Legislativa de São Paulo e mestrando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP.

teoria, devem obedecê-lo, fundamentando-se no reconhecimento, por aqueles que obedecem, das ordens que lhes são dadas. Assim, para Aron (p. 494), as motivações da obediência permitirão, portanto, construir uma tipologia da dominação.

Nas palavras do próprio Weber ([s.d.], p. 56-57),

entenderemos por política apenas a direção do agrupamento político hoje denominado “Estado” ou a influência que se exerce em tal sentido... Tal como todos os agrupamentos políticos que historicamente o precederam, o Estado consiste em uma relação de DOMINAÇÃO do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima (isto é, da violência considerada como legítima). O Estado só pode existir, portanto, sob a condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores².

Os tipos de dominação são em número três: racional, tradicional e carismática. A tipologia se fundamenta no caráter próprio da motivação que comanda a obediência. Racional é a dominação baseada na crença na legalidade da ordem e dos títulos dos que exercem a dominação. Tradicional é a dominação fundamentada na crença do caráter sagrado das tradições antigas, e na legitimidade dos que são chamados pela tradição a exercer a autoridade. Carismática é a dominação que se baseia no devotamento fora do cotidiano, justificado pelo caráter sagrado ou pela força heróica de uma pessoa e da ordem revelada ou criada por ela e, como é natural, estes três tipos de dominação pertencem a uma classificação simplificada, esclarecendo Weber que a realidade é sempre uma mistura ou confusão desses três tipos puros (ARON, 2000, p. 496-497).

A dominação racional é a que nos interessa nesta oportunidade, cujos reflexos espalham-se pelo direito. Segundo Weber, *existe, por fim, a autoridade que se impõe em razão da legalidade, em razão da crença na validade de um estatuto leal e de uma competência positiva, fundada*

em regras racionalmente estabelecidas ou, em outros termos, a autoridade fundada na obediência, que reconhece obrigações conformes ao estatuto estabelecido (p. 57).

Para Weber,

toda empresa de dominação que reclame continuidade administrativa exige, de um lado, que a atividade dos súditos se oriente em função da obediência devida aos senhores que pretendem ser os detentores da força legítima e exige, de outro lado em virtude daquela obediência, controle dos bens materiais que, em dado caso, se tornem necessários para aplicação da força física. Dito em outras palavras, a dominação organizada necessita, de um lado, de um estado-maior administrativo e, por outro lado, necessita dos meios materiais de gestão (p. 59).

Um autêntico derivado da dominação legal é a burocracia, tendo como idéia básica a questão de que qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma (LOCHE et al, 1999, p. 232). E essa dominação legal é desenvolvida por um aparato identificável dentro de uma comunidade, associação ou empresa, designada esta, também, de serviço, formada por um quadro administrativo consistente em funcionários nomeados pelo senhor e com formação profissional, contratados muitas vezes por seleção, recebendo um pagamento fixo e um cargo na estrutura orgânica, tendo por base a disciplina na conduta e seguindo, senhor e funcionários, as regras superiores e objetivas.

A despeito da pureza técnica que caracteriza a burocracia como forma de dominação legal, aquela qualidade não pode ser tida como exclusiva desse tipo de dominação. Nem sempre os funcionários dos escalões mais altos da comunidade, associação ou empresa são contratados. Ou são eleitos ou são adquiridos por hereditariedade ou são designados, costumando a participar na administração, sob as formas mais diversas, dignatários que ou vivem para a política ou da política sobrevivem, visando alcançar prestígio

social ou vantagens pessoais³. Porém, era – e ainda é – decisivo que o trabalho rotineiro esteja entregue, de maneira predominante e progressiva, ao elemento burocrático, pois toda a história do desenvolvimento do Estado moderno, particularmente, identifica-se com a moderna burocracia e da empresa burocrática, da mesma forma que toda evolução do grande capitalismo moderno se identifica com a burocratização crescente das empresas econômicas (LOCHE et al, 1999, p. 233).

E onde encontraremos a exemplificação do tipo de dominação racional ou “legal”? Além da estrutura moderna do Estado, verificaremos a relação de domínio na empresa capitalista privada; numa associação ou sociedade sem fins lucrativos ou em outras empreitadas, públicas ou privadas, que demandem um quadro administrativo obediente e cumpridor das regras e articulado de forma hierárquica. Tanto no Estado como na empresa capitalista, a consecução dos resultados pretendidos (promoção do bem-estar social e lucros, respectivamente) exige a formação de quadros administrativos e direção, ordenação e regimento para deitarem o domínio legítimo a que se propuseram, valendo-se de novos meios (alta tecnologia) ou insumos (armas ou capitais) para alcançar a obediência difusa e coletiva, refletindo essas concepções nos campos do direito público (em especial, o direito constitucional, administrativo e econômico) e do direito privado (comercial e empresarial).

Resumir Weber é quase impossível, como admite Aron (p. 491), por tratar-se de uma obra vasta, densa e de insuperável erudição e cultura. Porém, a leitura de Weber é obrigatória, pois significa entender o passado, visualizar o futuro e compreender o presente. Ou seja, não há nada que seja exclusivamente novo. A Natureza, o Progresso, a Tecnologia e (principalmente) o Tempo são filtros, freios ou aceleradores da História e das idéias, sempre trabalhando com o mesmo e inseparável objeto da vida social: o Homem.

Notas

¹ Segundo Aron (2000, p. 495), *o trabalho é um agir econômico, na medida em que é o exercício pacífico da capacidade de um ou vários indivíduos de dispor de materiais ou de instrumentos no sentido da satisfação das necessidades. Se qualificarmos o agir econômico com o adjetivo racional, teremos o agir econômico característico das sociedades atuais, isto é, uma atividade que comporta a arregimentação dos recursos disponíveis de acordo com um plano, e a continuidade do esforço dirigido para a satisfação das necessidades.*

² Aron (2000, p. 494) faz a ressalva de que o conceito de dominação passa pela idéia de agrupamento político, que contém as noções de território, de continuidade do agrupamento e de ameaça de aplicação da força física para impor respeito às ordens ou às regras, e, entre os agrupamentos políticos, o Estado é a instância que dispõe do monopólio da coerção física.

³ Para Max Weber (p. 70), *a par da ascensão de funcionários qualificados, era possível constatar – embora com transições menos claras – uma outra evolução envolvendo os dirigentes políticos. Desde sempre e em todos os países do mundo, houve, evidentemente, conselheiros reais que gozaram de grande autoridade. No Oriente, a necessidade de reduzir tanto quanto possível a responsabilidade pessoal do sultão, com o fito de assegurar o êxito de seu reinado, conduziu à criação da figura típica do ‘grão-vizir’. No Ocidente, ao tempo de Carlos V – que também foi o tempo de Maquiavel – a influência que, sobre os círculos especializados da diplomacia, exerceu a leitura apaixonada dos relatórios de embaixadores transformou a atividade diplomática numa arte de Connoisseurs. Os aficionados dessa nova arte, formados, em sua maioria, dentro dos quadros do humanismo, consideravam-se como uma categoria de especialistas, à semelhança dos letrados da China do baixo período... Foi, entretanto, a evolução dos regimes políticos no sentido do constitucionalismo o que permitiu sentir, de maneira definitiva e urgente, uma orientação formalmente unificada do conjunto da política, inclusive a política interna, sob a égide de um só homem de Estado. Sempre houve, por certo, fortes personalidades que ocuparam a posição de conselheiros ou – em verdade – a de guia do príncipe.*

Bibliografia

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOCHE, Adriana A. et al. *Sociologia jurídica: estudos de sociologia, direito e sociedade*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, [s.d.].

O teste de alfabetização do pré-candidato a cargo eletivo: a concretização do art. 14, § 4º, da Constituição Federal

Fábio Wellington Ataíde Alves

Sumário

1. Colocação do tema. 2. A estatística do analfabetismo. 3. Teorias jurisprudenciais. 3.1. Teorias rígidas. 3.2. Teorias flexíveis. 3.3. Teorias semiflexíveis. 4. Duas últimas questões. 4.1. A dispensabilidade do advogado. 4.2. O grau de instrução escolar: enfoque comparado. 5. Conclusões.

“A aplicação das leis é mais importante que a sua elaboração”.

Thomas Jefferson

1. Colocação do tema

Pode parecer um tanto quanto *démodé* tratar da *aferição do grau de alfabetização do candidato sem comprovação técnica* depois do transcurso do último pleito eleitoral, quando a questão chegou a ser debatida quase exaustivamente. De fato, ao leitor menos interessado pelo Direito Eleitoral parecerá pouco atraente o tema neste instante. Mas não. Depois de finda a tormenta eleitoral, cabe agora deitar argumentos com mais seriedade sobre a matéria, em busca de soluções efetivamente científicas, que talvez sejam úteis ao próximo pleito municipal. Nas eleições estaduais ou federais praticamente inexistente preocupação quanto ao grau de alfabetização dos candidatos, porque, sendo mais disputadas, reclamam sempre candidatos com boa instrução.

Fábio Wellington Ataíde Alves é Juiz de Direito/RN.

Em regra, a alfabetização do pré-candidato demonstra-se nos autos do pedido de registro de candidato por meio de título técnico escolar. Dúvida existe quanto aos pré-candidatos que não tiverem como confirmar essa escolaridade. O debate decorre do art. 14, § 4º, da Constituição Federal de 1988, que considera inelegíveis “os analfabetos”, sem mencionar no entanto como comprovar-se tal qualidade.

A norma não é novidade entre nós. Foi a Emenda Constitucional nº 25/85 que, alterando a redação do art. 150, da Constituição de 1969, incluiu os *analfabetos* entre os inelegíveis. Essa emenda, suprimindo a alínea “a” do § 3º do art. 147 da Constituição de 1969, também conferiu aos *analfabetos* a capacidade eleitoral ativa. Antes da Emenda nº 25, somente os alfabetizados poderiam ser eleitores, motivo pelo qual os analfabetos estavam indiretamente impedidos de se candidatarem.

A Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, veio apenas reiterar a atual norma constitucional assentando que são inelegíveis para qualquer cargo os analfabetos (art. 1º, I, “a”), sem igualmente disciplinar a aferição desse requisito. E como avaliar a alfabetização do candidato que não possua título escolar? Será útil aprofundar a aplicação do art. 14, § 4º, da Constituição de 1988? A interpretação desse dispositivo deve ser extensiva ou restritiva?

A solução ofertada pelo Judiciário foi a realização de um teste, aplicado pelo juiz ou por educadores, nos autos do pedido de registro de candidatura ou em sede de impugnação de registro de candidatura. A partir daí, os caminhos da problemática espraíram-se para diferentes lados, desde correntes que conferem aplicação absoluta ao § 4º do art. 14, até as que praticamente esvaziaram seu conteúdo.

A pertinência do tema tem foco especial no Brasil, país cuja população de analfabetos atinge índices assustadoramente altos. No contexto, delimitar a aplicação do art. 14, § 4º, da Constituição de 1988 representa

questão de interesse para a República Federativa do Brasil, pois quanto mais elástica a interpretação do referido artigo maior será a intensidade de “participação” política dos cidadãos na administração direta ou na produção legislativa. Mas como alguém poderia produzir atos administrativos ou legislativos sem deter conhecimentos fundamentais de leitura e escrita?

2. A estatística do analfabetismo

Conhecendo um pouco dos dados estatísticos, emprestaremos mais atenção ao assunto. Em 1997, 14,7% da população brasileira era considerada analfabeta, o que corresponde a 15,8 milhões de pessoas. O número impressiona ainda mais quando dito que se trata da segunda maior taxa da América do Sul, atrás apenas da boliviana.

Em países desenvolvidos e até mesmo em países como a Argentina ou Uruguai, essas porcentagens não ultrapassam a terça parte da do Brasil. Aqui, o analfabetismo atinge principalmente a região Nordeste, estando o cume mais grave nas zonas rurais. No Nordeste, a taxa de analfabetos atinge a casa dos 28,7%. No Rio Grande do Norte, 28,39 % (1996) da população é analfabeta. E essa é a segunda melhor marca na Região. Tudo isso significa que os índices de analfabetismo no Nordeste superam os de países como Botsuana (26%), Zâmbia (25%), Congo (23%), Quênia (21%), Namíbia (20%) etc.

A situação agrava-se ainda mais se considerarmos os índices do analfabetismo funcional. Os analfabetos funcionais são os que em determinada faixa etária não conseguem empregar o uso da escrita ou leitura em atividades do dia-a-dia. No Rio Grande do Norte, que tem a segunda melhor marca no Nordeste, 46,5% da população enquadra-se nesse universo. Em dados de 1997, nos Estados de Alagoas (55,3%) e Maranhão (56,7%), por exemplo, a maioria da população integra essa triste estatística dos analfabetos funcionais.

Quando a Constituição propugnou a condição de alfabetizado como requisito à elegibilidade restringiu, sim, a participação do indivíduo na direção política da sociedade. Mas tal restrição encontra fundamento. A administração direta ou a produção legislativa de qualquer cidade não pode ser entregue a quem não sabe ler ou escrever. O Estado de Direito respalda-se no *império da lei*, o que remonta ao *domínio da leitura*. Não se concebe que a sociedade seja dirigida por quem, v.g., apenas escreve o nome, incapaz de ler a letra lei.

A leitura da lei tem sido empregada com conotação acima de sua literalidade. Explico. Quando pedimos para alguém ler a lei, não apenas pedimos para essa pessoa decodificar sinais de um texto normativo, mas para adotar determinados comportamentos ou assumir certas responsabilidades. A leitura, portanto, tem ligação direta com os que se propõem a fazer ou a cumprir a lei. Por isso, a legislação pátria está repleta de normas que removem responsabilidades dos que não lêem ou não compreendem o alcance da magnitude desse ato. Seguindo esse norte, o Código Civil impõe restrições aos cegos nos testamentos (art. 1.637, art. 1.650, III) e na capacidade de testemunhar (art. 142, II). No art. 1.641, o Código Civil foi mais expressivo ao vedar o testamento cerrado a “quem não saiba, ou não possa ler”. A leitura também preenche requisito da escritura pública (art. 134, § 1º, “e”, Código Civil).

3. Teorias jurisprudenciais

Ficou claro que qualquer interpretação a ser seguida não poderá desconsiderar a realidade nacional, contraposta à necessidade de implementar-se a efetivação das normas constitucionais. Essa dificuldade tem sido refletida nas decisões dos tribunais pátrios, que ainda hoje não se harmonizaram com a possibilidade de o juiz aplicar teste para aferir se o pré-candidato preenche o requisito exigido pelo art. 14, § 4º, da Constituição de 1988.

Definitivamente, o assunto ainda não está resolvido entre os que se propuseram a enfrentá-lo. Na tentativa de equacionar o problema, dividimos as várias decisões existentes em feixes jurisprudenciais – permitindo uma crítica em bloco, bem mais prática do que seria analisar cada julgado individualmente.

Assim, deparamo-nos basicamente com três correntes: *as Teorias Rígidas*, *as Teorias Flexíveis* e *as Teorias Semiflexíveis*. As primeiras resumem o conjunto de julgados que não admitem a realização do teste aplicado pelo juiz. Na segunda corrente, estão representados os que, admitindo em regra a prática do teste, presumem a alfabetização a partir de premissas não necessariamente verdadeiras ou científicas. Enfim, os teóricos *semiflexíveis* resumem-se nos que admitem o teste, uma vez atendidas as condições mais rígidas na aferição do analfabetismo.

A fim de conferir uma visão panorâmica do tema em debate, analisaremos cada uma das correntes existentes.

3.1. Teorias rígidas

Na falta de comprovação técnica da alfabetização, as decisões que obedecem à *Teoria Rígida* posicionam-se contrárias à realização do teste, mesmo quando aplicado por comissão de educadores. Em regra, os seus seguidores deduzem os seguintes argumentos para invalidarem a produção de exame:

- 1) Não existe na lei critério para avaliar o analfabetismo¹;
- 2) Teste causa constrangimento irreparável²;
- 3) Ilegalidade da portaria que determina o teste³ e o
- 4) Teste resulta de falível entendimento subjetivo do juiz⁴.

Grosso modo, os argumentos acima podem despontar conjugados ou sozinhos, mas em qualquer situação refletem um confronto nato entre o § 4º do art. 14 e o inc. II do art. 5º, ambos da Constituição Federal. Como “ninguém será obrigado a fazer ou deixar

de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II), os teóricos rígidos aproveitaram-se da falta de menção legal para acomodarem o entendimento de que o referido § 4º depende de regulamentação, motivo pelo qual o juiz não poderia definir o teste de aferição sem lei determinante.

A interpretação do inciso II do art. 5º deve ser produzida de forma a aproveitar ao máximo as demais cláusulas constitucionais, especialmente a inserta no art. 14, § 4º. Na Constituição nada se perde, aproveita-se tudo. No caso *Cohens versus Estado de Virgínia* (1821), John Marshall – em uma de suas mais belas páginas – deixou à posteridade a incontestada lição que incumbe interpretar duas normas constitucionais conflitantes de maneira que ambas sobrevivam, sem permitir que uma destrua a outra (1997, p. 179). Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, mas também ninguém estará livre para candidatar-se a cargo eletivo antes de comprovadas as condições constitucionais necessárias.

Como bem assinala Gomes Canotilho, não existem normas apenas “formalmente constitucionais”; se o constituinte inseriu determinada norma na Constituição, quis que ela tivesse valor constitucional (1998, p.1013). Exigir o advento de lei regulamentadora – não prevista na Constituição – para somente então emprestar força à norma do art. 14, § 4º, seria reduzir o valor semântico do preceito constitucional. Ao julgador compete *realizar a Constituição*, isto é, tornar eficaz a norma constitucional (p. 1074). A execução de teste para aferir o grau de alfabetização do pré-candidato tem a pretensão clara de *realizar, concretizar* a Constituição.

Seria a Constituição apenas uma *folha do papel*, como escreveu Ferdinand Lassalle? É claro que sim, mas até se efetivar nas decisões judiciais⁵. No Brasil, nada impede que o analfabeto demande o seu pedido de registro de candidatura⁶. Todavia, esse pedido por si só não garante a candidatura. A assinatura no pedido de registro não gera a

presunção de que o pré-candidato seja alfabetizado. Necessita-se também que ele saiba *escrever e ler*.

Os teóricos rígidos sustentam que as condições de elegibilidade são inerentes a qualquer indivíduo, cabendo ao Judiciário demonstrar o contrário. Na verdade, essa premissa clássica falece perante o Direito Eleitoral de hoje. Deve-se entender, ao contrário, que o pré-candidato mantém-se *inelegível* enquanto não deferido o pedido de registro. Até o registro efetivo, o requerente não passa de pré-candidato. Com o deferimento do registro, o pleiteando torna-se elegível finalmente, pois é o registro o ato judicial que confere ao candidato a elegibilidade. Nessa vertente, o provector Adriano Soares deduz que “o direito de ser votado (*ius honorum*) apenas surge a partir do registro de candidatura do cidadão perante a Justiça Eleitoral” (2000, p. 36). Ele ainda complementa mais adiante: “O registro de candidatura é o fato jurídico do qual dimana a elegibilidade. Quando de seu pedido, o candidato deve estar com todas as condições de elegibilidade, para o cargo ao qual deseja concorrer, não estando submetido a nenhuma sanção de inelegibilidade” (p. 59).

O reconhecimento da elegibilidade como produto do registro rompe o primeiro obstáculo material erguido pelos teóricos rígidos. Durante o processo de registro, cabe ao pré-candidato provar sua alfabetização, submetendo-se ou não ao teste convocado pelo juiz. Ademais, o teste a ser determinado não infringe o inc. II do art. 5º da Constituição Federal de 1988, porque não enseja obrigação ao pré-candidato. Ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. O teste importa em faculdade, à disposição do pré-candidato, a fim de suprir a ausência de comprovação técnica de sua habilidade alfabética. Mesmo sem tal prova pericial, facultase ao pré-candidato demonstrar obediência ao art. 14, § 4º, da Constituição Federal, por outros meios.

Fávila Ribeira discorda da realização do teste, sustentando que basta a assinatura for-

mal do pré-candidato “para que seja expungida a averbação de analfabeto”. Para o autor, descabe submeter o pré-candidato “a qualquer outro tipo de verificação intelectual, porque nisso estaria a inocular-se uma condição discriminatória que conspira contra a isonomia jurídica no processo de alistamento” (1996, p. 244). Saber escrever o nome não significa ser alfabetizado. A alfabetização implica controle da leitura e da escrita. Reduzir a alfabetização tão-somente à escrita do nome é subestimar o valor do texto constitucional, dando a ele importância apenas formal, despreocupada com a sua realização.

Adriano Soares está entre os doutrinadores que defendem a realização do teste:

“Se o Juiz Eleitoral, por exemplo, observar que o pré-candidato é analfabeto, poderá fazer prova pericial dessa sua condição subjetiva, declarando sua inelegibilidade originária, pois apenas pode ser votado quem é alfabetizado. Destarte, quando a Constituição Federal, no § 4º, art. 14, estabeleceu, ao lado dos inalistáveis, os analfabetos como inelegíveis, pôs o ser alfabetizado como condição de elegibilidade, portanto, como pressuposto para se adquirir o direito de ser votado” (2000, p. 227).

Importa ainda sustentar que situações pretéritas não geram direito à elegibilidade, exceto quanto à candidatura nata (art. 8º, § 1º, Lei nº 9.504/97). Porém, mesmo o candidato nato não se exime da necessidade de comprovar obediência ao art. 14, § 4º, da Constituição, porquanto nem mesmo ele plana acima de qualquer lei. Para quem já exerce mandato não se dispensa o preenchimento das condições de elegibilidade, as quais somente surgirão no momento do registro. Pinto Ferreira, de certa forma, não fugiu disso quando proclamou que “as condições de exercício do direito de elegibilidade” se apreciam no momento da eleição (1955, p. 418). Atualmente, seria mais técnico afirmar que as condições de elegibilidade são co-

nhecidas no momento do registro. O candidato que pretender concorrer a novo pleito deverá sempre se submeter às condições constitucionais e legais, sem o que não adquirirá a elegibilidade.

3.2. Teorias flexíveis

Ao contrário dos teóricos rígidos, os *flexíveis* presumem a alfabetização a partir de premissas que contrariam o *princípio da verdade*, do qual decorre o *princípio da busca da vontade eleitoral*. Esses *princípios* devem ser acolhidos durante o registro de candidatura. Desde o registro, o juiz precisa basear suas decisões em proposições verdadeiras. A alfabetização não deve render-se a argumentos calcados em sinais prováveis, como o são as presunções em relação ao pré-candidato que assina o nome ou que já exerce mandato.

Presumir a alfabetização de alguém apenas porque já exerce mandato ou, *v.g.*, porque obteve o título de eleitor antes de 1985 denota recurso a um *entimema*, raciocínio fraco demais para a cientificidade de qualquer argumento jurídico. O entimema cria respostas a partir de sinais ou de premissas verossímeis, mas não necessariamente verdadeiras (cf. IDE, 1995, p. 136). Existem apenas probabilidades de que quem já exerce mandato seja alfabetizado, mas não verdades. A Ciência do Direito busca verdades, não verossimilhanças. Ainda mais no âmbito do Direito Eleitoral, cujo *princípio da verdade* norteia a tomada de todas as decisões.

A assinatura do nome serve apenas para demonstrar que o pré-candidato sabe assinar o nome. E pronto. O art. 14, § 4º, da Constituição não previu como condição à elegibilidade a aposição da assinatura; com tão pouco ninguém se habilita à direção política da sociedade. A Constituição pretendeu mais...

Resumimos os argumentos lançados pelos teóricos flexíveis nos seguintes:

- 1) Presunção de elegibilidade de candidato com título assinado⁷;
- 2) Presunção de elegibilidade de candidato com letra legível⁸;

3) Presunção de elegibilidade de candidato que sabe assinar o nome⁹;

4) Presunção de elegibilidade de candidato que já exerceu mandato¹⁰;

5) Presunção do alfabetismo para candidato já eleitor antes da Emenda Constitucional nº 25/85¹¹ e

6) Aceitação do semi-analfabeto – validade de grau mínimo de leitura¹² ou de pequenos conhecimentos de leitura¹³, independentemente da escrita.

Qualquer dessas argumentações acima numeradas barateiam a aplicação do art. 14, § 4º, da Constituição Federal de 1988, na medida em que criam premissas incapazes de conduzirem necessariamente à verdade. O julgador, compromissado com a verdade, deve fugir de tais armadilhas, que o lançam no campo inconstante das aparências. As *Teorias Flexíveis* falham quando criam uma série de presunções, partindo do princípio de que a sentença que defere o registro de candidato possui natureza apenas declaratória. Não, essa decisão tem força constitutiva, já que a elegibilidade somente nasce depois de registrada a candidatura.

Muitos julgados não tratam expressamente desses argumentos como *presunções*, mas estabelecem *silogismos incompletos* que conduzem a elas. Assim produz-se a matemática do pensamento: (a) se antes de 1985 era proibido ao analfabeto votar; (b) e se o pré-candidato já era eleitor antes de 1985; (c) logo o pré-candidato é alfabetizado. Esse mesmo tipo de especulação pode ser contemplado nos julgados que conferem o título de “alfabetizado” ao pré-candidato que já exerce mandato. Raciocínios “simplificados” como esses rompem com o *princípio da verdade*, porque criam um *dogma* fácil de ingerir, mas impossível de digerir-se frente à Ciência do Direito.

Esses silogismos não têm qualquer força. Podemos dizer sim que “presume-se que o eleitor antes de 1985 era alfabetizado”. Mas presumir não é garantir. Essa presunção não tem poder para alfabetizar ninguém. Todos os eleitores com títulos antes

de 1985 são verdadeiramente alfabetizados? O que garante? A Justiça Eleitoral? Os meios de controle e fiscalização de quinze anos atrás mereciam confiança? As nossas estatísticas sobre o analfabetismo desmentem quem sustentar a alfabetização de alguém apenas por possuir um documento privativo de alfabetizados. O raciocínio mais apropriado seria: (a) o art. 14, § 4º, da Constituição exige a alfabetização como condição ao deferimento do pedido de registro de candidatura; (b) o candidato não provou a alfabetização; (c) logo, o registro não será deferido.

Para fins de elegibilidade, a Constituição exige a *alfabetização*, não a *ocupação prévia de mandato eletivo*, por exemplo. Presumir a alfabetização de alguém apenas porque já exerce mandato é perpetuar a clássica lição de Seabra Fagundes de que “no Brasil de hoje todos são iguais perante a lei, mas alguns são mais iguais do que outros” (1980) (cf. STYCER, 1996, p. 90). Não há nada mais danoso à Democracia do que anuir ou concorrer para que alguém ocupe cargo público ilegitimamente. Quando permitimos que o cidadão vote em quem seja analfabeto, compartilhamos com a maior das fraudes, a fraude à Constituição.

O pré-candidato que já exerce mandato não logra o direito adquirido de ser considerado alfabetizado. Tais interpretações violam de fato o *princípio da igualdade*, ao contrário do que alhures registrou Fávila Ribeiro, porque cria um critério diferenciador impróprio. Quando a Justiça Eleitoral consente a candidatura de alguém – fundada apenas no argumento não racional de que ele já é candidato –, subtrai um lugar de um outro cidadão verdadeiramente alfabetizado, com base em um critério desigual e não previsto na Constituição.

O critério diferenciador empregado pelo iterativo art. 14, § 4º, possui conteúdo acorde com a razoabilidade, na medida em que restringe o exercício ao *direito de sufrágio passivo* – como assim o dizem os espanhóis – aos cidadãos alfabetizados. Não se trata

aqui de presumir que os alfabetizados sejam “melhores”. A condição de alfabetizado guarda compatibilidade com o grau de responsabilidade exigido pelo cargo público a que os elegíveis estarão sujeitos, caso vençam a disputa eleitoral.

Quebra ao princípio da isonomia e ao da razoabilidade existe na Argentina, cuja Constituição reclama renda mínima anual para o cidadão concorrer ao Senado (art. 47). Tais condições, que restringem o acesso aos cargos públicos a estamentos que possuem determinada sorte financeira, rompem a igualdade entre os entes sociais, porque para o exercício de qualquer cargo público não se precisa ter dinheiro, mas *capacidade*, não *quantidade*. A Constituição espanhola acerta ao assegurar expressamente o acesso em condições de igualdade às funções e cargos públicos, ressalvados apenas os requisitos exigidos pela lei (art. 23). A sociedade que pautar a qualidade de seus cidadãos pelo dinheiro que produzem denuncia em favor do que está a trabalhar.

A nossa Constituição Federal reconhece claramente a diferenciação entre os cargos públicos, tanto que para a determinação dos vencimentos contam a “natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira” (art. 39, § 1º, I). Ademais, a própria Constituição toma os cargos elegíveis como os de maior responsabilidade e complexidade, porquanto os põe no topo da escala remuneratória. E são justamente a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos elegíveis que reclamam do juiz maior rigor quanto à obediência do art. 14, § 4º.

Em sua belíssima Teoria da Justiça, obra clássica da filosofia ocidental, John Rawls foi preciso ao afirmar que cada cidadão é apto para “candidatar-se a cargos eletivos e ocupar postos de autoridade”, aceitas, obviamente, restrições relacionadas ao cargo, de modo que inexista discriminação (1997, p. 244). O professor de Harvard quis dizer que restrições à elegibilidade são admissíveis quando procedidas sem discriminação

e em razão da natureza do cargo. A ocupação de qualquer cargo público exige a alfabetização como condição *sine qua non*. Nem haveríamos de falar em discriminação, visto que o critério diferenciador (alfabetização) atinge a todos os cidadãos invariavelmente.

Em uma palavra, enquanto os teóricos rígidos recorrem ao rigor excessivo da lei, fadados em interpretações (quase) literais, os flexíveis fazem caminho inverso, abortam o percurso seguro da busca da verdade à luz de presunções alquimistas.

3.3. Teorias semiflexíveis

Rebatidas as duas outras correntes, restam-nos pouco a discorrer agora. Filiamo-nos a esta corrente. Teóricos *semiflexíveis* são os que aprovam a realização do *teste de aferição*, mas, sem sucumbirem às presunções, buscam a atenção de requisitos para emprestar rigor científico ao exame aplicado. Relacionamos, exemplificativamente, os seguintes argumentos que compatibilizam a realização do teste com a busca da verdade:

1) O teste deve ser determinado, mesmo de ofício, quando observado o descumprimento do art. 14, § 4º, da Constituição;

2) O pré-candidato não está obrigado a participar do teste, no entanto, veda-se presumir a sua condição de alfabetizado por meio de presunções ou artifícios que não condizem com a busca da verdade;

3) A falta do teste pode ser suprida por outros elementos de convicção; vedada, repita-se, qualquer forma de presunção;

4) O teste não viola direito líquido e certo¹⁴;

5) É elegível o candidato que sabe ler e se expressar graficamente¹⁵;

6) Aplicação do teste apenas para candidatos que não comprovarem documento de escolaridade mínima¹⁶;

7) Teste apenas antes do pleito¹⁷;

8) Teste deve conter metodologia conclusiva¹⁸, com fundamentação clara¹⁹;

9) Teste conduzido por educadores²⁰;

10) Inelegibilidade do candidato que confessa não saber ler ou escrever²¹;

11) Inelegibilidade de quem não compareceu ao teste e nem juntou prova referente à alfabetização²²;

12) Inelegibilidade de quem não consegue escrever nada além do seu nome²³ e

13) Inelegibilidade de quem, mesmo sabendo escrever, não sabe ler nem com limitações²⁴.

É imprescindível a juntada da declaração de conclusão escolar para comprovar a condição de alfabetizado (art. 14, § 4º). Conforme decidiu o Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, será considerado elegível o candidato que comprove “capacidade de ler e escrever, atestada por qualquer autoridade”²⁵. Na falta de outra prova hábil, lançar-se-á mão do teste de aferição, com o consentimento do pré-candidato, a fim de produzir-se a prova em seu favor.

Se o pré-candidato não juntar prova que demonstre a conclusão escolar, para fins do art. 14, § 4º, da Constituição de 1988, poderá o juiz produzir prova que supra a falta. A decisão resultante do teste tem natureza declaratória incidental; imprescindível ao provimento constitutivo do processo de registro de candidatura. Como decidiu o Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas, “a inelegibilidade do art. 14, parágrafo 4º, da Constituição Federal, alcança pessoa que não demonstra saber, mesmo com limitações e dificuldades, ler e escrever”²⁶.

O juiz deve submeter o pré-candidato a teste, mas com a anuência deste, vedada qualquer forma de presunção. O não comparecimento do pré-candidato não induz por si só à presunção de que seja analfabeto. A determinação do teste não depende de prévia impugnação, pois se trata de matéria de ordem pública, a ser conhecida de ofício pelo juiz. O alagoano Adriano Soares da Costa, um dos melhores pensadores do Direito Eleitoral como ciência, assevera o seguinte: “(...) Se o Juiz Eleitoral, por exemplo, observar que o pré-candidato é analfabeto, poderá fazer prova pericial dessa sua condição subjetiva, declarando sua inelegibilidade, pois apenas pode ser votado quem é alfabetizado” (2000, p. 227).

A *cidadania* integra um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O *direito de votar* como o de *ser votado* traduzem a forma mais sublime da cidadania. No entanto, esses direitos admitem limitações. A própria Constituição de 1988 restringiu a capacidade de ser votado (elegibilidade) aos alistáveis e alfabetizados (art. 14, § 4º, CF/88). O Tribunal Regional de Alagoas não deixou dúvidas quando firmou que a decisão que declara candidata analfabeta “não viola o princípio democrático de poder o cidadão votar e ser votado”²⁷.

Fundamentam os contrários à realização do teste ser preferível que o povo escolha seus representantes como bem entenda. A proposição não se escreve com tão pouca tinta. É esperado, sim, que o Judiciário ofereça ao povo nomes que estejam constitucional e verdadeiramente aptos para exercer cargos eletivos. O unânime direito de acesso a cargos públicos, proclamados na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (art. 6º) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 23), pressupõe o direito de escolha de representantes realmente legítimos.

A Justiça Eleitoral que admitir a candidatura de quem não obedece ao art. 14, § 4º, da Constituição Federal de 1988 causa dano irreparável ao voto direto, secreto, universal e periódico, porquanto concorre para que seja ofertado ao pleito eleitoral candidato inábil – um *Frankenstein*, permitam-me assim chamá-lo –, à mercê do qual a vontade popular tornar-se-á refém.

O art. 5º, II, deve ser interpretado em consonância com o § 4º do art. 14. O aplicador não poderá olvidar que analfabetos são inelegíveis. Não sem razão prescreveu a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que todos os cidadãos são admissíveis a todos empregos públicos, atendida, no entanto, “a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos” (art. 6º). O art. 14, § 4º, da Constituição Federal de 1988 não faz nada mais do que garantir a

capacidade de quem se propõe a ocupar cargos eletivos.

4. Duas últimas questões

4.1. A dispensabilidade do advogado

A primeira questão que resta ser resolvida diz respeito à possibilidade de o juiz determinar de ofício a realização do teste ou a produção de outra prova, quando verificar a condição de analfabeto do eleitor.

Cabe afastar a exigência de representação do advogado na impugnação de registro de candidatura, para permitir a aplicação desse teste de aferição, pois a matéria em foco tem força pública. O Promotor de Justiça amazonense Marcelo Pinto Ribeiro cuidou da questão com esmero: “No processo de registro de candidato por analfabetismo, poderá (*sic*) os entes legitimados na L. C. nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades), *posteriori*, impugná-lo, porém tem o magistrado eleitoral o poder-dever de excluir do processo eleitoral o candidato por analfabetismo, haja vista tratar-se de inelegibilidade absoluta, conhecível *ex officio*”.

Mesmo não sendo subscrita a impugnação do registro por advogado, deve o juiz produzir prova e decidir acerca da condição de elegibilidade. Para tais fins, é legítima a subscrição pelo representante da coligação²⁸. Ademais, já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que na impugnação há “desnecessidade de representação por advogado”²⁹.

4.2. O grau de instrução escolar: enfoque comparado

A segunda questão decorre da impossibilidade, diante de nosso atual sistema normativo, de determinar-se um grau mínimo de instrução na aferição da condição de alfabetizado. Na verdade, não existe um nível de instrução escolar certo que implique o reconhecimento da alfabetização. A própria Constituição Federal não fez qualquer vinculação da conclusão do ensino fundamental, por exemplo, com a alfabetização, em-

bora seja sabido que a lei de diretrizes e bases da educação nacional atribui ao ensino fundamental o “domínio da leitura, da escrita e do cálculo” (art. 32, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996). O art. 60, § 6º, do ato das disposições constitucionais transitórias, deixa claro que inexistente correlação entre o ensino fundamental e a condição de alfabetizado.

Afastada qualquer relação dessa natureza, resta-nos completar que a comprovação da alfabetização poderá dar-se mediante a declaração ou atestado de conclusão de órgãos de ensinos públicos ou privados (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, art. 19), aí abrangidos cursos técnicos profissionalizantes (Decreto nº 2.208, de 17 de abril de 1997), à distância (Decreto nº 2.494, de 10 de fevereiro de 1998) ou de mera alfabetização de adultos (Decreto nº 91.980, de 25 de novembro de 1985). Mesmo sem ter cursado o ensino fundamental ou médio, o pré-candidato poderá apresentar elementos úteis à convicção judicial, evitando assim que seja submetido a teste de averiguação.

De lege ferenda, poderemos acompanhar a Constituição da República chilena, que, *v.g.*, impõe aos deputados (art. 44) e aos senadores (art. 46) a obrigação de ter cursado o ensino médio (*enseñanza media*)³⁰. Para candidatar-se a tais cargos, o cidadão chileno não apenas precisa saber ler ou escrever, mas ter o ensino médio, que pressupõe a aquisição das habilidades necessárias para usar adequadamente a linguagem oral e escrita e o domínio da comunicação nas expressões da linguagem, além de diversos outros conhecimentos científicos (art. 13, “b”, Lei do Ensino nº 18.962). O controle simples da leitura e da escrita ficaria a cargo do ensino básico (art. 11, “a”), em nível abaixo do ensino médio.

Associar a alfabetização a determinado padrão escolar contribui à concretização do art. 14, § 4º, da Constituição Federal e à valorização do ensino nacional. Sem sair do sistema normativo chileno, faz-se útil remeter o leitor novamente à citada Lei do Ensi-

no, que em seu art. 2º estabelece como finalidade da educação chilena o desenvolvimento moral, intelectual, artístico, espiritual e físico, capacitando as pessoas para “convivir y participar en forma responsable y activa en la comunidad”. O mérito dessa norma advém do entendimento da educação como instrumento de participação política. A quem interessaria um país cujos dirigentes fossem analfabetos ou mal compreendessem o que escrevem?

No texto da nossa lei de diretrizes e bases da educação nacional, também encontramos normas semelhantes (arts. 42, II; 43, VII; 56 etc), que chegam a fazer sombra à força do texto chileno. Na verdade, deve permanecer na retentiva que a educação ou pelo menos o domínio da leitura e da escrita são formas de participação, com que o cidadão demonstra maturação de sua responsabilidade. A educação guinda o indivíduo ao estabelecimento mais sublime da participação na comunidade: o cargo eletivo. Daí advém o acerto do art. 14, § 4º, da Constituição Federal de 1988, que integra a participação política à alfabetização, dizendo claramente que a participação política exerce-se com responsabilidade. Não esqueçamos, por fim, que a educação é instrumento de participação responsável e ativa na sociedade.

5. Conclusões

Tratar da *aferição do grau de alfabetização do candidato sem comprovação técnica* ainda possui pertinência doutrinária hoje, pois, apesar de não resolvida entre os teóricos do Direito Eleitoral, a questão diz respeito à participação política dos cidadãos na administração direta e na produção legislativa.

A Constituição Federal de 1988, ao exigir a condição de alfabetizado como requisito à elegibilidade, restringiu a participação do indivíduo na direção política da sociedade; fundada que o Estado de Direito respalda o *império da lei escrita*, o que remonta ao *domínio da leitura*, isto é, à capacidade primária de ler-se a letra lei.

As decisões dos tribunais pátrios ainda não se harmonizaram com a possibilidade de o juiz aplicar teste para aferir se o pré-candidato é alfabetizado. Surgem daí três correntes jurisprudências sobre o assunto: as *Teorias Rígidas*, que não admitem a realização do teste; as *Teorias Flexíveis*, que presumem a alfabetização a partir de premissas não necessariamente verdadeiras, e as *Teorias Semiflexíveis*, às quais nos filiamos, que admitem o teste sem sucumbirem às presunções.

Ao julgador compete *realizar a constituição*, o que se dá por meio da realização de teste para aferir o grau de alfabetização do pré-candidato. O pré-candidato torna-se elegível com o registro, ato judicial de natureza constitutiva, não simplesmente declaratória.

O teste a ser determinado pelo juiz não infringe o inc. II do art. 5º da Constituição Federal de 1988, porque não obriga ao pré-candidato, mas importa em faculdade, à disposição do pré-candidato, a fim de suprir a ausência de comprovação técnica de sua habilidade alfabética. Todavia, essa faculdade concedida ao candidato não impede a determinação do teste de ofício por parte do juiz, independentemente de prévia impugnação, pois cuida de matéria de ordem pública. Assim, para permitir a aplicação desse teste de aferição, afasta-se a exigência de representação do advogado na impugnação de registro de candidatura.

A alfabetização implica controle mínimo da leitura e da escrita, sendo impossível reduzi-la tão-somente à escrita ou à leitura ou ainda a condições pretéritas. A alfabetização não deve render-se a argumentos que conduzam à obtenção da verdade. Portanto, descabe presumir a alfabetização de alguém apenas porque já exerce mandato ou, *v.g.*, porque assina o nome. Tais presunções não habilitam ninguém à direção política da sociedade.

Não existe um grau de instrução escolar determinado que implique o reconhecimento da alfabetização. Somente na falta de prova hábil, o juiz recorrerá ao teste de aferição, com o consentimento do pré-candidato, a

fim de produzir-se a prova em favor dele próprio.

No futuro, nada impedirá que diversas restrições quanto ao grau de instrução sejam acrescentadas no texto constitucional, relacionando a natureza do cargo à capacidade técnica exigida por ele, assim como já o faz a Constituição chilena. Aliás, a Constituição Federal de 1988 já traz algumas dessas restrições quando exige conhecimentos específicos para a ocupação de cargos no Tribunal de Contas da União (art. 73, § 1º), no Supremo Tribunal Federal (art. 101), no Superior Tribunal de Justiça (art. 104), entre outros. A educação do Brasil deve começar por quem se compromete a dirigi-la. Por hora, é preferível não acreditar em Diogo Mainardi, quando ironicamente registrou que “a melhor receita para o sucesso, no Brasil, é o analfabetismo” (2001, p. 171).

Notas

¹ RO n. 2144/92, Proc. 621/92, 1/9/92, MG, Rel. José Nepomuceno da Silva, DJMG, 1/9/92.

²Ac. N. 699, Proc. 1433, 29/8/96, MA, Recurso Eleitoral, Rel. José Cláudio Pavão Santana, PSESS, 2/9/96.

³Ac. 11265, Proc. 11/96, 24/7/96, MT, DJ 26/7/96, p. 11.

⁴Ac. 11305, Proc. 68/96, 13/8/96, MT, REJE, Rel. José Tadeu Cury, DJ 16/8/96, p. 12.

⁵ Cf.: LASSALLE, Ferdinand. “A Essência da Constituição”, p. 41. Rui Barbosa traz-nos uma lição, ainda atual, de como o brasileiro está despreocupado na construção de uma Constituição efetiva: “Somos os brasileiros uma espécie de crianças precoces, que se divertem com as ocupações da idade madura. Mudamos a nossa forma de governo, como se sopra um castelo de cartas. Debuxamos uma Constituição, como se compõe uma árvore de Natal. Em seguida, pusemo-nos a dormir o nosso sono róseo, cambiante, despreocupado, entregando à guarda paternal dos nossos tutores os mimos da festa inocente (...)” (*Partidos*, Jornal do Brasil, 24 jul. 1893, Obras Seletas, vol., 7).

⁶ Em Portugal, o artigo 128º da Lei nº 14/79, de 16 Maio – que completa o art. 50, 3, da Constituição lusitana –, prevê o seguinte: “Aquele que, não tendo capacidade eleitoral passiva, dolosamente aceitar a sua candidatura será punido com prisão

de seis meses a dois anos e multa de 10.000\$ a 100.000\$”.

⁷Ac. 11309, Proc. 57/96, 13/8/96, MT, REJE, Relator Alexandre Jorge Fontes Laranjeira, DJ 16/8/96, p. 12.

⁸Proc. 96014834, 12/9/96, CE, Recurso Ordinário Eleitoral, Rel. José Maria de Vasconcelos Martins, PSESS, 12/9/96.

⁹Proc. 1378, 29/8/96, MA, RE, Rel. Jorge Rachid Mubarak Maluf.

¹⁰Ac. n. 597, Proc. 1347, 26/8/96, MA, RE, Rel. Jorge Rachid Mubarak Maluf, PSESS, 27/8/96.

¹¹Recurso Ordinário n. 1155/96, 28/8/96, RN, Relator: Des. Osvaldo Soares da Cruz, BEL V. 3, T. 17, p. 270.

¹²Recurso Ordinário n. 29.284, Proc. 771/96, 26/8/96, PB, Relator: José Fernandes de Andrade, PSESS, 26/8/96. No mesmo sentido: Registro de Candidato e Cancelamento n. 2074, Proc. 1620, 13/8/96, AL, Relator: Humberto Eustáquio Soares Martins, DOEAL, 14/8/96, p. 21.

¹³Recurso Ordinário n. 529/96, 8/8/96, RN, Rel. João Batista Rodrigues Rebouças.

¹⁴Ac. 12007, Proc. 77, 1/9/92, SC, Relator: Olavo Rigon Filho, DJESC, 11/9/92, p. 49.

¹⁵Ac. 718, Proc. 1431, 2/9/96, MA, RE, Rel. Cleones Carvalho Cunha, PSESS, 4/9/96.

¹⁶Proc. 1544, 19/8/96, ES, Rel. Rômulo Taddei.

¹⁷ Neste sentido: Processo 423, 3/4/97, BA Mandado de Segurança, Rel. João Augusto Alves de Oliveira Pinto, DPJBA, 16/4/97, p. 60.

¹⁸RO n. 810/96, 16/8/96, RN, Rel. João Batista Rodrigues Rebouças.

¹⁹Recurso Ordinário n. 808/96, 16/8/96, RN, Relator: Magnus Augusto Costa Delgado.

²⁰Recurso Ordinário n. 954/96, 27/8/96, RN, Relator: Lauro Molina.

²¹Proc. 12000, 31/8/92, SC, Relator: Marcílio João da Silva Medeiros Filho, DJESC, 8/9/92, p. 34.

²²Proc. 12009, 1/9/92, SC, Relator: Olavo Rigon Filho, DJESC, 11/9/92, p. 49.

²³Recurso Registro de Candidato n. 174/96, Proc. 546/96, 13/8/96, SE, Relator: Carlos Rebelo Júnior.

²⁴Registro de Candidato e Cancelamento n. 2126, Proc. 1640, 28/8/96, AL, Relator: Marcos Bernardes de Mello, DOEAL, 29/8/96, p. 18.

²⁵Ac. 18917, Proc. 1932, data da decisão: 29/6/94, Relator: Des. Haroldo Bernardo da Silva Wolff, DJ de 21/7/94.

²⁶TRE-AL, Ac. 2126, Processo 1640, data da decisão: 28/8/96, Relator: Marcos Bernardes de Mello, DOEAL de 29/8/96, p. 18.

²⁷TRE-AL, nº acórdão: 2128, número do processo: 1667A, data da decisão: 28/8/96, Relator: Marcos Bernardes de Mello, DOEAL de 29/8/96, p. 17.

²⁸ Entendendo ser, na impugnação de registro de candidatura, imprescindível a participação de advogado, o TRE-RN decidiu que “acolhe-se a preliminar de ausência de capacidade postulatória, por ser indispensável que a parte esteja representada por advogado, legalmente habilitado, nos processos que tramitam em segunda instância” (Recurso Eleitoral, Processo nº 2561/2000, Procedência: 44ª Zona – Monte Alegre/RN, Recorrente: José Lindenberg da Silva, Recorrido: Juízo Eleitoral da 44ª Zona – Monte Alegre/RN, Relator: Desembargador Osvaldo Cruz (vencido), Relator para o Acórdão: Juiz Paulo Oliveira, Diário Oficial de 27.4.01).

²⁹ TSE, Acórdão nº 13.788, de 25.3.97 – Recurso Especial Eleitoral nº 13.788/PE (92ª Zona – Brejão). Relator: Ministro Ilmar Galvão. Recorrente: José Rosa da Silva, candidato a vereador. Advogado: Dr. João Tavares de Aguiar. Recorrido: Sandoval Cadengue de Santana, candidato a prefeito. Advogado: Dr. Pedro de Assis Lourenço Gomes. Decisão: Unânime, recurso não conhecido.

³⁰ Consulte a lei chilena n. 18.700, art. 17, que dispõe sobre votações populares e escrutínios.

Bibliografia

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral: teoria da inelegibilidade, direito processual eleitoral, comentários à lei eleitoral*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 3. ed. Rio de Janeiro: José, Konfino, 1955.

IDE, Pascal. *A arte de pensar*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MAINARDI, Diogo. *Ler não serve para nada*. *Veja*, São Paulo, n. 34, p. 171, 2001.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIRIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BEIRO, Marcelo Pinto. Processo de registro de candidato analfabeto. *Revista Eleitoral*. Natal: TRE/RN, n. 9, p. 56-64, 1996.

STYCER, Maurício. *O Brasil em mil frases: o melhor publicado nos 20 anos da seção frase da folha de São Paulo*: Publifolha, 1996.

Notas sobre a cobrança de contribuição previdenciária no serviço público

Gilberto Guerzoni Filho

Sumário

1. Introdução. 2. A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a contribuição dos inativos. 3. A contribuição dos civis. 4. A contribuição dos militares. 5. Efeitos econômicos da contribuição dos servidores públicos. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Dois fatos recentes impõem uma reflexão em torno da questão da contribuição previdenciária dos servidores públicos. O primeiro é a decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda de caráter provisório, tomada em setembro de 1999, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010, que considerou inconstitucional a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e seus pensionistas. O outro é a edição da Medida Provisória nº 2.131, de 28 de dezembro de 2000, que *dispõe sobre a reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas, altera as Leis nºs 3.765, de 4 de maio de 1960, e 6.880, de 9 de dezembro de 1980, e dá outras providências*, que alterou alguns aspectos relativos à contribuição previdenciária dos militares da União.

Na verdade, nos últimos tempos, a contribuição previdenciária dos funcionários públicos tem sido considerada quase como a única solução para resolver o grave problema das despesas com o pagamento de aposentadorias e pensões aos servidores públicos e seus dependentes.

Gilberto Guerzoni Filho é Consultor Legislativo do Senado Federal.

2. A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a contribuição dos inativos

O Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime tomada em 30 de setembro de 1999, no julgamento da liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010, decidiu suspender, até a decisão final da ação, no *caput* do art. 1º da Lei nº 9.783, de 28 de janeiro de 1999, que *dispõe sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos, e dos pensionistas dos três Poderes da União, e dá outras providências*, a eficácia das expressões “e inativo, e dos pensionistas” e “do provento ou da pensão”. Essa decisão traduziu-se na vedação da cobrança de contribuição previdenciária de aposentados e pensionistas do serviço público civil da União.

Primeiramente, gostaria de deixar registrado que entendo ser de justiça a cobrança desse tipo de contribuição previdenciária, desde que na mesma proporção do que é cobrado dos ativos. Trata-se, parece-me, de providência de cunho isonômico, que se justifica na medida em que são assegurados aos inativos a integralidade dos proventos e pensões e sua vinculação absoluta à remuneração dos equivalentes servidores na atividade. Medida nesse sentido, do ponto de vista doutrinário, coaduna-se, perfeitamente, com o comando reintroduzido pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, a chamada “Reforma da Previdência” (reintroduzido, uma vez que já constava da Emenda Constitucional nº 1, de 1969), de que os proventos de aposentadoria não podem ser superiores aos que o servidor percebia na atividade.

Por outro lado, entendo também que essa cobrança é permitida pela vigente Carta, mesmo após a citada Emenda nº 20, de 1998. Ressalve-se, aqui, que mantenho essa posição apenas até que a matéria seja objeto de decisão final pelo Supremo Tribunal Federal. No caso de aquela Corte manter, no mérito, o seu entendimento sobre a questão mani-

festado em medida cautelar, essa minha observação perde o objeto, uma vez que cabe ao STF, por definição, estabelecer a interpretação da Constituição. Ou seja, a Carta Magna diz aquilo que a Corte Suprema diz que ela diz. Certamente, pode-se, eventualmente, discordar de entendimentos manifestados pelo Pretório Excelso, mas, nessa hipótese, do ponto de vista institucional, o discordante tem uma interpretação equivocada e deve curvar-se à manifestação daquele órgão, que tem, constitucionalmente, a função precípua de guardar a Constituição.

A minha interpretação sobre o assunto se assenta naquilo que foi dito acima sobre o mérito da cobrança da contribuição – ou seja, é a contribuição do inativo e pensionista irmã gêmea da integralidade dos proventos e pensões e de sua vinculação aos vencimentos dos servidores na atividade – e no próprio texto da Constituição, na redação da Emenda nº 20, de 1998. Primeiramente, no *caput* de seu art. 40, que define como contributivo o regime previdenciário dos servidores públicos. Ora, trata-se de regime contributivo porque a Carta Magna assim o define, mas de um tipo especial, cujo desenho será dado por uma leitura sistemática do Texto Supremo. Não é ele, com certeza, um regime de capitalização. A sua configuração, especificada no restante do dispositivo, não permite isso. A integralidade e a vinculação evidenciam isso.

Trata-se, aqui, sem dúvida, de um regime de repartição, e de um regime peculiar, no qual os seus segurados participam do seu financiamento, mas cabe ao Estado garantir-lhe o financiamento remanescente. Isso ocorre porque o Estado, nesse regime, tem o poder de estabelecer, de forma unilateral, tanto as condições de aposentadoria como o valor dos proventos, que é nada mais do que o valor da remuneração na atividade, ambos fixados por lei. Além disso, cabe também ao Estado dimensionar o tamanho da sua força de trabalho, na medida em que cabe ao Governo, de acordo com a conveniência e oportunidade administrativas, de-

cidir o número de servidores que terá. Claro que são, todas essas, decisões de longo prazo, cujos resultados, na maior parte das vezes, não podem ser revertidos. Ou seja, cabe, sim, ao Estado tomar essas decisões. No entanto, tomadas, terão conseqüências que podem perdurar décadas e que, muitas vezes, são irreversíveis.

Isso tudo, entretanto, não elide, absolutamente, a responsabilidade do Poder Público na matéria e, como tal, a responsabilidade da sociedade e, por conseqüência, do contribuinte com essas decisões. Assim, qualquer desequilíbrio no regime previdenciário dos servidores públicos representa ônus para o Estado, para os contribuintes. A responsabilidade do servidor não pode ir além da participação no financiamento do regime mediante o pagamento de contribuições num nível razoável.

De toda forma, existe, sem dúvida, dentro do modelo posto pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, uma obrigação de participação daqueles abrangidos pelo regime no seu financiamento. E, como não se trata de um regime de capitalização, essa participação é difusa. Ou seja, cada um contribui para financiar o regime de forma corrente e não para financiar a sua própria aposentadoria. Nesse sentido, não parece absurdo que os inativos sejam chamados a contribuir, especialmente porque não perdem a qualidade de servidores quando estão aposentados. O mesmo raciocínio vale para os pensionistas, uma vez que o instituidor da pensão permanece como um servidor *post mortem*, pelo menos para efeito de atualização do valor da pensão, que é, também, integral.

Observe-se que a própria Carta Magna admite a possibilidade de aposentados e pensionistas contribuírem para o financiamento de um regime de repartição, quando afirma, na parte final do inciso II do art. 195, que não incidirá contribuição sobre as aposentadorias e pensões do regime geral de previdência social. Ora, se a Carta veda isso, de forma explícita, é porque, caso não hou-

vesse vedação, a contribuição poderia, em tese, ser instituída. Caso contrário, o dispositivo seria inútil e é princípio básico de exegese jurídica que a lei não contém palavras inúteis.

Vale ressaltar que, ao examinar a matéria, em caráter liminar, o Supremo Tribunal Federal amparou-se exatamente nesse dispositivo, combinado com o que estabelece o § 12 do art. 40 da Lei Maior, que prevê que se aplicam ao regime próprio de previdência dos servidores públicos, no que couber, os requisitos e critérios do regime geral de previdência social, para entender vedada a instituição de contribuição para os servidores públicos inativos e seus pensionistas.

Ouso discordar. Parece-me que, no caso, não cabe a extensão. O princípio esculpido no § 12 do art. 40 nada mais é do que uma decorrência da isonomia e, no ensinamento magistral de Ruy Barbosa, que já se tornou até lugar comum, isonomia é tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente. Assim, entendo que o comando referido somente cabe nos aspectos em que houver igualdade entre os aposentados e pensionistas do regime geral de previdência social e aqueles dos regimes próprios dos servidores públicos. Por exemplo, não podem esses últimos regimes instituírem tipos de benefícios não existentes naquele. Não pode, no entanto, o comando se aplicar, parece-me, nos aspectos relativos ao financiamento do regime e ao valor dos proventos e pensões. Aqui, não há igualdade. E, se não são iguais, não cabe tratá-los igualmente.

Claro que, reitero, se o Supremo Tribunal Federal mantiver a sua decisão sobre a matéria no mérito, curvar-me-ei a ela e reconhecerei, do ponto de vista formal, o meu equívoco na interpretação do texto constitucional.

3. A contribuição dos civis

Esgotada essa questão, cabe tecer alguns comentários acerca da questão contributiva propriamente dita do regime de previdên-

cia dos servidores públicos. A matéria é complexa e, muitas vezes, envolve pontos que vêm sendo inteiramente desconsiderados no debate em torno do tema.

Como já se disse, a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, caracterizou, de forma explícita, esse regime, para os servidores civis, como de caráter contributivo. Entendo, no entanto, que o efeito disso é meramente contábil, no que se refere ao financiamento do regime, e pedagógico, no sentido de fazer o servidor compreender que ele participa do financiamento da sua previdência.

Primeiro porque, como também já se referiu, não pode o Estado furtar-se de ser o responsável último pelas aposentadorias e pensões de seus servidores, na medida em que, atendidas as condições postas pela Constituição de idade, tempo de contribuição, de serviço público e no cargo, tem o servidor público direito à aposentadoria integral, vinculada à remuneração dos ativos correspondentes, paga pelo Tesouro, independentemente do que ele contribuiu. Gostaria de deixar claro, aqui, que estou fazendo uma constatação, não uma apologia do modelo.

Por outro lado, diferentemente da situação do regime geral de previdência social, em que o salário é pago por cada empregador e a aposentadoria pelo Instituto Nacional do Seguro Social, quem paga a remuneração do servidor na ativa e os seus proventos na inatividade é a mesma pessoa, isto é, o Estado. Além disso, repete-se, a remuneração do servidor público não é consequência de uma negociação entre ele e a Administração, como ocorre na iniciativa privada. Ela é fixada, unilateralmente, pelo Estado, mediante lei. Assim, se não houvesse contribuição explícita, caberia ao Estado, quando fixa a remuneração do servidor público, considerar não apenas aquele desembolso, mas, igualmente, o que se gastará na sua inatividade.

Ou seja, se abstrairmos da exigência constitucional, poder-se-ia dizer que fixar ou não contribuição é mera operação contá-

bil. É, no limite, tão-somente, a decisão de se acrescentar ou não uma linha a mais no contracheque do servidor.

Esse raciocínio vale, mesmo se existe um fundo para financiamento das aposentadorias e pensões separado do respectivo Tesouro (o que, ressalte-se também, é apenas uma opção contábil do ente federado, não elidindo, em absoluto, a sua responsabilidade por elas). Se houver contribuição explícita, o Tesouro a transferirá para o fundo. Se não houver, o mesmo Tesouro provisionará o mesmo montante a partir de recursos fiscais. O importante é observar que, do ponto de vista do mundo real, não há diferença. Tanto faz usar 1.000 reais dos recursos fiscais para pagar um servidor e depois retirar dele 100 reais para um fundo, como pagar 900 reais para o mesmo servidor e destinar diretamente os mesmos 100 reais para o mesmo fundo. O próprio procedimento hoje usado pela União para pagamento de seus servidores e recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias já mostra isso. O Tesouro Nacional repassa apenas a folha líquida para os órgãos e entidades e retém os descontos.

Poder-se-ia argumentar que não é a mesma coisa, porque a Administração nunca leva em conta o fator aposentadoria quando fixa a remuneração dos servidores públicos. Bom, isso não tem nada que ver com problema previdenciário, mas com falta de planejamento e, se ocorre, é, novamente, responsabilidade do Estado, o que significa responsabilidade do contribuinte, inclusive do servidor público, mas exclusivamente na condição de cidadão e nunca na de servidor.

Quando se parte para debater a questão do *quantum* da contribuição, há, ainda, outros aspectos a considerar. Primeiramente, veja-se a questão relativa às aposentadorias especiais, como, por exemplo, as dos professores. Se a sociedade como um todo, mediante decisão legislativa, decidiu que determinadas categorias de servidores públicos devem ter regras especiais de aposenta-

doria que acarretam despesas adicionais, em razão das condições em que desempenham seu trabalho, esse ônus não pode recair, exclusivamente, sobre os demais servidores, uma vez que não são eles os únicos destinatários desse trabalho, devendo, necessariamente, ser compartilhado por todos.

Outro comentário a ser feito refere-se ao peso relativo dos inativos e pensionistas no total da folha de pessoal. O cálculo do valor da contribuição do servidor deve ser feito considerando uma situação normal, na qual há reposição dos servidores que se aposentam ou se desligam do cargo público. Caso contrário, o peso da folha de inativos e pensionistas será sempre crescente e a contribuição do servidor seguirá o mesmo caminho, atingindo o limite do confisco. A redução do número de servidores ativos é factualmente constatada, o número de servidores civis ativos do Poder Executivo vem caindo, praticamente sem recuo, desde 1989, quando esse total chegava a mais de 700.000. No final do ano de 2000, esse número de servidores já estava abaixo dos 500.000, representando uma redução de mais de 200.000, ou cerca de 30%, em pouco mais de dez anos. Se considerarmos que o número de servidores ativos imediatamente antes da vigência da Lei nº 8.112, de 1990, que instituiu o regime jurídico dos servidores civis da União, era de 628.000, 142.000 maior do que o atual, pode-se concluir que, essencialmente, esse decréscimo reflete a não reposição da maior parte das mais de 200.000 aposentadorias ocorridas no período.

A questão, entretanto, é mais grave do que isso, uma vez que a redução do quantitativo de servidores públicos é política explícita de Governo. Veja-se o texto constante da página 11 do número 11 dos *Cadernos MARE da Reforma do Estado*, destinado a expor, conforme seu título, *A nova política de recursos humanos* do Governo Federal:

“A reorganização das atividades do Estado tem um rebatimento no que diz respeito à composição do quadro de pessoal. Os profissionais atuando em setores vol-

tados para a produção de bens e serviços para o mercado, setor que será transferido do Estado para o setor privado por meio do processo de privatização, serão administrados com base em regras vigentes para o setor privado, não constituindo-se em funcionários públicos. O mesmo se aplica para os profissionais atuando na área de serviços sociais e científicos, que será transferida mediante o processo de publicização para entidades de direito privado sem fins lucrativos integrantes do setor público não-estatal.

Os servidores públicos, e portanto integrantes de carreiras de Estado, serão apenas aqueles cujas atividades estão voltadas para as atividades exclusivas de Estado relacionadas com a formulação, controle e avaliação de políticas públicas e com a realização de atividades que pressupõem o poder de Estado. Esses servidores representarão o Estado enquanto pessoal. Para a realização de atividades auxiliares como manutenção, segurança e atividades de apoio diversas, será dada continuidade ao processo de terceirização, transferindo-as para entidades privadas.

Comente-se, aqui, que, hoje, apenas os chamados “serviços sociais e científicos”, que incluem, dentre outros, as universidades, escolas técnicas e agrotécnicas, hospitais, centros de pesquisa e museus, e que, no futuro, não mais contarão com servidores públicos, reúnem, atualmente, mais da metade do quadro de pessoal da União.

Assim, se há uma política deliberada de redução dos quadros de funcionalismo público, não podem os servidores ativos e inativos serem penalizados em suas contribuições previdenciárias por causa disso. Se isso é uma decisão política de Governo, certamente porque o Poder Executivo entende que, dessa forma, a sociedade será melhor atendida na prestação de serviços públicos, o ônus extra, também aqui, deve ser compartilhado por toda a sociedade.

Adite-se, ainda, que, com a Reforma da

Previdência, ficou facultado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir sistema de previdência complementar aos seus servidores. O sistema, obrigatório apenas para os que ingressarem no serviço público após a sua instituição, permitirá aos entes federados limitar a aposentadoria paga pelos tesouros ao mesmo valor do regime geral de previdência social, com complementação pelo sistema a ser criado. Como, obviamente, a fixação de teto de benefício implica fixar teto de contribuição, o novo regime trará como consequência uma paulatina redução do montante de contribuição dos servidores públicos, exigindo que os Tesouros cubram a diferença que será gerada em razão da decisão política que tomarem.

Vale registrar, também, que foi promulgada a Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que *disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração Federal direta, autárquica e fundacional*, determinando que, salvo os ocupantes de cargos das carreiras jurídicas e policiais, além dos da carreira de Diplomata, os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional serão, a partir da vigência da lei, admitidos em emprego público regido pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e legislação trabalhista correlata. Como a esses novos servidores aplicar-se-á o regime geral de previdência social, eles não contribuirão para o plano de seguridade social dos servidores. Assim, se aplicada a proposição – que, em nosso entendimento, padece de insanáveis vícios de inconstitucionalidade –, teríamos levado ao limite o efeito de redução das contribuições dos servidores públicos.

É bom observar que todas essas medidas traduzir-se-ão, também, a longo prazo, na redução do valor das despesas com inativos e pensionistas do setor público.

Aliás, trata-se de tendência já existente. Se se compara a evolução da participação de civis e militares (que não foram objeto de nenhuma dessas alterações) na despesa total líquida com inativos e pensionistas da União, pode-se verificar que, enquanto em 1995 os

civis representavam 64% das despesas previdenciárias da União contra 36% dos militares, no ano de 2000 esses números já atingiam 59% para os civis e 41% para os militares. Nos primeiros cinco meses de 2001, já como consequência dos aumentos concedidos pela referida Medida Provisória nº 2.131, de 2000, a participação dos civis nas despesas previdenciárias desabou para cerca de 53% e a dos militares saltou para quase 47%, ressaltando-se que a despesa com pensionistas militares ultrapassou a despesa com pensionistas civis.

Nesse ponto, vale comentar que, no período de 1995 a 2000, a remuneração mensal média real dos inativos e pensionistas civis da União permaneceu praticamente estável. Em Reais de dezembro de 2000, esse valor, que em 1995 equivalia a R\$ 1.988,05, passou a R\$ 1.970,93 em 2000, ou seja, uma redução real de quase 1%. Já a remuneração dos inativos e pensionistas militares, que, em 1995, equivalia a R\$ 1.768,52, passou, em 2000, a R\$ 2.256,61, ou um aumento de quase 28% acima da inflação do período, ressaltando que esses dados ainda não refletem os aumentos concedidos pela Medida Provisória nº 2.131, de 2000.

4. A contribuição dos militares

Essas questões nos levam ao tema da contribuição dos militares. Primeiramente, cabe observar que se aplicam a eles todos os comentários de cunho geral feitos acima sobre o significado da contribuição previdenciária dos civis. Há uma total similaridade entre as duas situações, no que se refere à sua relação com o Estado.

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, previu a contribuição dos militares. No entanto, isso nunca foi regulamentado e eles não têm e nunca tiveram qualquer contribuição para aposentadoria.

Isso ocorre apesar de eles usufruírem de um regime especialíssimo de aposentadoria, cujo custo é muito mais elevado que o dos civis (isso fica evidente quando se observa que as despesas com inativos e pensionis-

tas, que representam cerca de 40% do total da folha civil, montam a mais de 60% da folha militar).

A contribuição previdenciária vigente em lei para os militares é, exclusivamente, para o pagamento da pensão militar. Trata-se de situação que não foi alterada nem mesmo com a edição da Medida Provisória nº 2.131, de 2000, que representou a primeira alteração no regime previdenciário dos militares desde o início dos debates em torno da necessidade da reforma previdenciária, que, vale ressaltar, permaneceu como o único absolutamente intocado pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, salvo no que se refere à nova redação dada ao inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição, que desconstitucionalizou a exigência de contribuição previdenciária para os militares, anteriormente inserida pela citada Emenda Constitucional nº 3, de 1993.

A Medida Provisória em questão, além de conceder reajustes aos militares da União, estabelece, em seu art. 15, que eles somente têm como desconto previdenciário a contribuição para a pensão militar, também devida pelos militares inativos, que foi aumentada de cerca de 1% da remuneração ou provento para 7,5% daqueles valores. Esse aumento já se reflete na arrecadação da contribuição da pensão militar que, somente no bimestre abril-maio de 2001 (primeiros meses de sua aplicação), atingiu 124,52 milhões de Reais, superior aos 123,87 milhões de Reais arrecadados em todo o ano de 2000. É interessante observar, nesse ponto, que a Medida Provisória mostra, de forma cristalina, que a importância do aumento de contribuição previdenciária no serviço público deve ser relativizada. A instituição ou o aumento da contribuição previdenciária nunca provocará redução das despesas previdenciárias se vier acompanhado, como é o caso, do aumento da remuneração dos agentes públicos, uma vez que são parte de uma mesma equação. Aqui, fez-se apenas um jogo contábil.

Adite-se que o diploma legal retirou dos mi-

litares o direito de receber a remuneração correspondente ao posto superior, quando passavam para a inatividade, e extinguiu, para os novos militares, a conhecida pensão da filha solteira, emblemática das especificidades da pensão militar e regulamentada pela Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, que *dispõe sobre as Pensões Militares*.

Foi, entretanto, permitido que os atuais militares mantivessem o direito de deixar a pensão para as filhas (e também para as irmãs ou pessoa designada do sexo feminino) solteiras, desde que descontem um adicional de contribuição de 1,5% da remuneração ou provento, que, observe-se, não dá a esse tipo de benefício qualquer sustentação atuarial, o qual somente pode manter-se com elevado grau de subsídio do Tesouro Nacional.

Trata-se de vantagem que não tem, hoje, justificativa previdenciária, sendo um resquício da época em que as mulheres, pela sua total dependência da população masculina, não tinham como se sustentar se não se casassem, tanto que esse tipo de benefício era previsto para os servidores públicos civis pela Lei nº 3.373, de 12 de março de 1958, e para os segurados da previdência social pela Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.

Aqui, vale notar que, quando esse tipo de pensão foi extinta para os servidores civis, na edição da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e para os segurados do Regime Geral de Previdência Social, pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, não foi dado aos servidores ou segurados então em exercício o direito a manter a vantagem.

De toda forma, do ponto de vista doutrinário, a aposentadoria dos militares, de conformidade com a legislação vigente, continua não tendo caráter contributivo. Não há, é importante frisar, nenhuma forma de contribuição dos militares da União para a sua aposentadoria. A sua única contribuição previdenciária destina-se, exclusivamente, ao financiamento da pensão militar.

5. *Efeitos econômicos da contribuição dos servidores públicos*

Pode-se mesmo dizer que, na prática, a instituição de contribuições para o regime previdenciário dos servidores públicos tem funcionado como uma forma de reduzir, de forma lícita, uma eventualmente inflada despesa com pessoal, inclusive com inativos e pensionistas.

Mas não é único mecanismo. Há outros com o mesmo efeito e até mais eficientes. Por exemplo, a inflação medida pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – índice utilizado oficialmente para verificar o atingimento das metas de inflação acordadas pelo Governo Brasileiro com o Fundo Monetário Internacional –, a partir da adoção do real como moeda, em julho de 1994, até junho de 2001, foi de 102,17%. Nesse mesmo período, os servidores federais civis tiveram um único reajuste linear, em janeiro de 1995, de 22,04%. Assim, apenas a diferença entre esses dois números tem o mesmo efeito prático, para o Tesouro Nacional, da instituição de uma contribuição linear de quase 40% sobre a remuneração dos servidores públicos ativos e inativos e seus pensionistas (na verdade, o efeito é até maior, porque a contribuição previdenciária é isenta de imposto de renda e a inflacionária não o afeta).

Claro que, nesse intervalo, foram concedidos diversos aumentos diferenciados, sob o manto de gratificações diversas e reestruturações de tabelas, mas, aqui, também, uma coisa não tem nada que ver com a outra. Trata-se de instrumentos da política de recursos humanos do Poder Executivo da União.

Além de ser uma forma lícita de reduzir a remuneração, a contribuição pode mesmo ser usada em sentido inverso, para aumentar remuneração de forma indireta. Observe-se um exemplo curioso. Os governos dizem que um dos problemas da vinculação entre ativos e inativos é que isso impede a instituição de reajustes apenas para os ativos. Que tudo dado a eles se estende, algumas vezes de forma injustificável, aos inativos. A vinculação, efetivamente, é norma constitucio-

nal. Entretanto, têm os governos uma forma de dar aumentos apenas para os ativos. Basta retirar a sua contribuição previdenciária. No caso da União, por exemplo, como essa contribuição é de 11%, deixar de cobrá-la traduzir-se-ia, na prática, tanto para o servidor como para o Tesouro Nacional, num aumento de até 12,3% na remuneração líquida dos ativos (o valor varia em cada caso por causa do imposto de renda), não extensiva aos inativos e pensionistas; com a vantagem de retirar o incentivo à aposentadoria, que representa a não incidência de contribuição sobre proventos e pensões.

Outra observação interessante que merece ser feita sobre a contribuição previdenciária dos servidores públicos é que, do ponto de vista dos Estados, Distrito Federal e Municípios, a sua implantação ou aumento pela União não é vantajosa. Isso ocorre porque, como a contribuição previdenciária é isenta de imposto de renda, quanto maior ela for para os servidores da União, menor será a parcela daquele imposto destinada aos Fundos de Participação dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios. Por outro lado, o aumento de alíquota para os servidores estaduais, distritais e municipais reduz o recolhimento do mesmo imposto na fonte sobre a remuneração desses, que pertencem ao respectivo ente federado. Ou seja, na verdade, a cobrança de alíquotas elevadas de contribuição previdenciária beneficia duplamente a União.

6. *Considerações finais*

O que se conclui, aqui, é a necessidade de se dessacralizar essa discussão acerca da contribuição dos inativos e pensionistas. Ela não pode ser entendida como uma panacéia para o problema da dimensão das despesas previdenciárias dos entes da Federação e, muitas vezes, obscurece a questão central, que é a necessidade de uma gestão responsável dessa conta, não esquecendo nunca que, com relação ao seu principal problema – as aposentadorias e pensões já concedidas –, somente cabe administrá-lo. Não há como

reduzi-lo, a não ser a longo prazo (salvo, é claro, em tom de blague, com soluções como o extermínio físico de aposentados e pensionistas). E, a longo prazo, é fundamental atentar para a tendência desse passivo após a Emenda Constitucional n° 20, de 1998, que, apesar de a proposta do Senado Federal ter sido mitigada quando de sua votação pela Câmara dos Deputados, representa, ainda, um severo ajuste na questão da aposentadoria dos servidores públicos civis que conduzirá, de forma lenta, mas não há outra forma, à redução dessa despesa.

Por outro lado, impõe-se observar que, na verdade, a adoção de uma política remuneratória prudente e responsável é mais eficiente no controle das despesas com servidores públicos, sejam ativos ou inativos, do que a instituição

de contribuições. Apenas, a instituição de contribuições pode parecer uma política mais evidente e, muitas vezes, mais propícia à propaganda.

Não é demais frisar, entretanto, que a adoção de procedimentos mais racionais para a remuneração dos servidores públicos pode tornar dispensável a instituição de contribuições previdenciárias, mas uma política remuneratória inconsistente pode tornar inócua essa instituição.

Os poderes instrutórios do juiz no processo civil e a instrumentalidade do processo*

Roberto Sampaio Contreiras de Almeida

Sumário

1. Introdução. 2. Instrumentalidade do processo. 3. Tutela jurisdicional. 4. Princípios do processo civil. 4.1. Princípio dispositivo. 4.2. Princípio inquisitivo. 4.3. Princípio da imparcialidade. 5. Teoria geral das provas. 6. Poderes instrutórios do juiz. 7. Conclusão.

1. Introdução

A questão das iniciativas do juiz em face dos seus poderes instrutórios levou-nos a refletir sobre a sua “condição de terceiro que se interpõe entre as partes e que necessita primeiro conhecer das razões para então adotar as providências voltadas à realização prática do direito da parte” (WATANABE, 2000, p. 47), em oposição ao princípio que lhe impõe o dever de imparcialidade perante as partes litigantes, bem como uma postura de subordinação à iniciativa das partes quanto ao descobrimento da verdade.

Neste compasso, instigou-nos a abordagem da questão de se saber se o princípio do dispositivo, no processo civil, seria um princípio absoluto, de modo a limitar a atuação do juiz mesmo que, de antemão, fosse possível antever que os resultados do processo distanciar-se-iam dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material da sociedade a que se destina.

A partir dessa perspectiva, pretendeu-se traçar um liame dessa atividade do magistrado com a instrumentalidade do processo,

Roberto Sampaio Contreiras de Almeida é advogado inscrito na OAB – DF, Analista Legislativo do Quadro de Pessoal Permanente do Senado Federal e exerce a função de Secretário-Geral da Mesa Adjunto.

*Republicado por haver saído com incorreção.

identificada por Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na obra *Teoria geral do processo*, como a postura científica que desloca o enfoque do desenvolvimento e aprimoramento do processo dos seus aspectos técnico-dogmáticos para examiná-lo a partir do ponto de vista de seus resultados práticos, como autêntico meio de acesso à “ordem jurídica justa”.

A importância e relevância do tema relacionam-se à necessidade de melhor explorar a concepção publicística do processo, que favorece francamente a aplicação do método teleológico, integrando a ordem processual à ordem jurídica do país por meio da instrumentalidade e libertando-a, assim, das influências dos princípios liberais do individualismo que caracterizaram as grandes codificações do século XIX.

2. Instrumentalidade do processo

Quando se coloca em discussão a questão da instrumentalidade do processo, é inevitável iniciá-la com a inserção do tema no âmbito do que Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco denominam “fases metodológicas fundamentais” do direito processual¹, a fim de, a partir do exame histórico das fases sincretista e autonomista, chegar-se à noção do que atualmente representa o referido fenômeno.

Desse modo é que o direito processual, em seus primórdios e até meados do séc. XIX, não era considerado ciência autônoma, pois “não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo” e, por isso mesmo, “a ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida”². Tais são, em síntese, os motivos pelos quais esse período passou a ser conhecido como sincretista.

Em seguida, a partir das especulações dos alemães a propósito da natureza jurídica da ação e do próprio processo, sob o influxo racionalista do “século das luzes”, erigiram-se as grandes construções científicas do direito processual, permitindo-lhe firmar-se como ciência autônoma, razão pela qual aquele período pode ser identificado como o da fase *autonomista* do direito processual.

Essa postura obcecadamente autonomista, pode-se assim dizer, ganhou contornos nítidos com as investigações em torno do direito de ação, permitindo-se assinalar o seu caráter prevalentemente abstrato, plenamente desvinculado do direito material em apreciação. Durou essa fase por volta de um século, até que então se passou a criticar o enfoque excessivamente introspectivo do estudo do sistema processual, de suas categorias e de seus conceitos fundamentais. O processo estava-se tornando um fim em si mesmo, “como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer”³.

A partir de uma postura eminentemente crítica a essa visão introspectiva do exame do direito processual é que nasce a terceira fase em que atualmente se situa o sistema processual, chamada *instrumentalista*, e que prioriza o enfoque da análise do processo para o seu aspecto externo, revelando uma nova perspectiva que se volta para os seus objetivos e resultados a perseguir, não somente no plano individual, mas, sobretudo, no coletivo e social. De que adianta, pois, dispor de instrumentos processuais do mais elevado apuro técnico se não consegue atingir resultados práticos capazes de contribuir para a almejada pacificação social, considerada escopo magno do Estado?

Com efeito, as preocupações hoje daqueles que se ocupam com a matéria são o esclarecimento do modo pelo qual a juris-

dição desempenha a sua função instrumental com vistas a atingir o objetivo de pacificação social, evitando e eliminando conflitos entre pessoas; alertar para o fator de que o processo não é um fim em si mesmo, mas sim instrumento de realização do direito material; e assinalar, em especial no que concerne ao objeto do presente trabalho, que a atividade do magistrado decorrente do exercício dos seus poderes instrutórios é um meio eficaz destinado a possibilitar, mediante o proferimento de decisões mais justas, o desempenho do relevante papel do processo como “instrumento a serviço da paz social”⁴.

Cândido Dinamarco sintetiza de forma extraordinária a essência do método instrumentalista de exame do direito processual, quando assinala que há “uma série de mensagens, ligadas entre si pelo núcleo comum da instrumentalidade do processo ao direito e do sistema jurídico aos valores sociais e políticos da nação (mediante as quais) propõe-se a desmistificação das regras do processo e de suas formas e a correspondente otimização do sistema, para a busca da alcançada efetividade do processo” (1998, p. 12).

A fim de melhor explicitar o que chama de *terceiro momento metodológico* do direito processual, ainda o destacado processualista identifica um ponto comum de *madureza* no estudo do direito processual civil, independentemente das diferenças entre os diversos sistemas processuais do mundo contemporâneo, caracterizado pelo “encontro de todos (os diversos sistemas) em torno de certas idéias comuns, como a própria autonomia do direito processual e seus institutos, *a maior participação do juiz na preparação do provimento que emitirá a final*, a necessidade de assegurar o juiz natural, o ‘due process of law’ e a efetividade do processo, com a real e equilibrada participação contraditória dos seus sujeitos interessados” (1998, p. 20-21. Grifo nosso).

Assim é que o aumento da participação do juiz na instrução da causa tem-se revelado,

entre as novas manifestações relativas à postura instrumentalista que envolve a ciência processual, como um dos movimentos nucleares que sintetizam o aprimoramento do sistema processual na atualidade.

Nesse contexto é que se está desenvolvendo, no âmbito do Estado social contemporâneo, a idéia de um escopo meta-jurídico da jurisdição, evidenciado na *paz social* e que, para ser levado a efeito, há que contar com um papel atuante e participativo do juiz, consciente da função que, como agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade, em oposição à repugnante postura do juiz espectador e conformado (1998, p. 155).

3. Tutela jurisdicional

A propósito do atual momento metodológico da ciência processual, o retorno às especulações em torno da idéia de *tutela jurisdicional* constitui legítimo desdobramento do postulado da *instrumentalidade do processo*.

Entretanto, é preciso destacar que houve períodos no curso do estudo do sistema processual em que “a afirmação da tutela de direitos como escopo do processo inseria-se, tanto quanto as antigas teorias sobre a natureza jurídica da ação, no quadro metodológico de um processo civil do autor” (DINAMARCO, 2000, p. 800), de feições eminentemente privatistas.

Atualmente, em decorrência dos progressos científicos e metodológicos do processo civil, a partir da segunda metade do século XIX, buscaram-se novos conceitos e novas explicações que levaram à superação desta visão do sistema processual como modo de exercício de direitos. Hoje ele é aceito como mecanismo do qual o Estado se vale para dirimir conflitos, muito embora a outorga da tutela a quem tenha direito a ela possa levar à ilusão de que o processo seja feito em prol do autor.

Considerando superada, hoje, a corrente subjetivista do objeto do processo, pois

resulta de uma análise privatista do fenómeno, José Roberto dos Santos Bedaque reforça a idéia de que uma das finalidades do processo “é a atuação do direito objetivo, sendo a proteção de direitos subjetivos uma consequência natural”. Para chegar a essa conclusão, parte da premissa de que, “sendo o processo instrumento da jurisdição, deve ser entendido em função desta, ou seja, como instrumento de atuação da lei no caso concreto, como o instrumento de garantia do ordenamento jurídico, da autoridade do Estado. É mediante o processo que o Estado prestigia a ordem jurídica vigente, impondo as normas de direito material às situações da vida real”⁵ (com vistas a atingir a paz e a harmonia social).

Opinando a respeito, Cândido Dinamarco parte da visão do sistema processual sob o seu *ângulo externo*, em contraposição ao método introspectivo que os estudos dogmáticos iniciados no século passado propiciaram:

“Tutela jurisdicional não é o mero exercício da jurisdição, ou somente a outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever estatal que figura como contraposto do poder de ação. A ação em si considera-se satisfeita e exaurida sempre que emitido esse provimento, quer seja favorável ou desfavorável. É portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados – e o processo civil de hoje é um processo civil de resultados. A utilidade prática que se deseja do processo é a efetiva satisfação de pretensões apoiadas pelo direito” (2000, p. 798).

Em adição ao seu ponto de vista sobre a *tutela jurisdicional*, o mesmo autor expõe as seguintes observações:

“O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mes-

mo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, ou de estabilizar situações justas. Tal é a idéia da ‘efetividade da tutela jurisdicional’, coincidente com a da plenitude do ‘acesso à justiça’ e a do ‘processo civil de resultados’” (p. 798-799).

Ovídio Batista, mantendo semelhante ponto de vista, esclarece a respeito:

“A tutela jurisdicional, no direito moderno, ao contrário do que sucedia no direito romano clássico, não se limita à simples declaração de que o demandante tem razão e de que a situação de direito material de que o mesmo se dizia titular, na causa, era realmente existente e verdadeira: estendida também a todas as formas de execução (‘rectius’, realização) do direito judicialmente afirmado, existente o mesmo monopólio estatal, incumbirá ao juiz prolongar a tutela jurisdicional e, pronunciada a sentença de procedência, realizar, por meio de uma segunda atividade (ação), o direito que a sentença reconheceu existir em prol do autor. Aqui, neste segundo momento da função jurisdicional, o Estado solidariza-se com o titular do direito que ele próprio reconheceu ter razão, substituindo a originária atividade privada de realização do direito por uma forma de atividade estatal correspondente. Esta segunda forma de atividade jurisdicional, que o Estado presta apenas no caso de ação ser procedente, corresponde ao auxílio estatal para a realização do direito material que ele próprio reconheceu como existente e merecedor de proteção jurisdicional”⁶.

Ao cabo deste capítulo, para sintetizar a conceituação da *tutela jurisdicional* tal como

é vista pela doutrina moderna, ante o panorama do processo civil de resultados, mais uma vez se faz necessário transcrever lapidar ensinamento de Cândido Dinamarco:

“Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num processo. Tutela é a ajuda, proteção. É ‘jurisdicional’ a proteção outorgada mediante o exercício da ‘jurisdição’, para que o sujeito beneficiado por ela obtenha, na realidade da vida e das relações com as coisas ou com outras pessoas, uma situação mais favorável do que aquela em que antes se encontrava. Sabido que o escopo magno do processo civil é a pacificação de pessoas e eliminação de conflitos segundo critérios de justiça, consistindo nisso a função estatal a que tradicionalmente se chama ‘jurisdição’, segue-se que compete aos órgãos jurisdicionais outorgar essa proteção àquele cuja proteção seja merecedora dela. O exercício consumado da jurisdição há de ter por resultado a prevalência efetiva de uma pretensão, para que o conflito se elimine e cada um obtenha o que lhe é devido segundo o direito (bens ou situações jurídicas). Sem resultados assim o processo civil careceria de legitimidade” (2000, p. 807-808).

4. Princípios do processo civil

Nesta passagem do presente estudo, em que se pretende abordar a pertinência do exame dos princípios de processo civil à questão da instrumentalidade do processo em face dos poderes instrutórios do juiz, faz-se mister esclarecer o âmbito restrito em que se propõe tratar a matéria, não se pretendendo aqui estender a análise a todos os princípios do processo civil, uma vez que extrapolaria os limites do que se propõe.

Tecidas tais considerações, passar-se-á ao exame daqueles princípios que, ante o

enfoque que se pretende dar à matéria, maior influência trazem ao tema dos poderes de que dispõe o juiz no processo.

4.1. Princípio dispositivo

Segundo este princípio, o juiz depende da iniciativa das partes, na instrução da causa, quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão⁷.

A despeito de a doutrina clássica, mais arraigada a conceitos liberais, ter defendido o afastamento sistemático do juiz nas iniciativas que possam levar ao seu convencimento quanto à veracidade dos fatos alegados pelas partes, diante dos contornos publicistas que o processo vem adquirindo nos tempos modernos, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Nessa medida, “o Código de Processo Civil não só manteve a tendência publicista, que abandonara o rigor do princípio dispositivo, permitindo ao juiz participar da colheita das provas necessárias ao completo esclarecimento da verdade, como ainda reforçou os poderes diretivos do magistrado (arts. 125, 130, 131, 330, 342 e 440). O sistema adotado representa uma conciliação do princípio dispositivo com o da livre investigação judicial”⁸.

Outros doutrinadores dão entendimento mais abrangente ao princípio em exame, tratando na sua definição também do princípio da demanda: “o princípio dispositivo é aquele segundo o qual cabe à parte, isto é, àquele que se diz titular do direito que deve ser protegido, colocar em movimento a máquina estatal (isto é, a estrutura do Poder Judiciário), para que dela obtenha uma concreta solução quanto à parcela da controvérsia, ou do conflito trazido a juízo. Na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando mediante solicitação do interessado”⁹.

A propósito, José Roberto dos Santos Bedaque tece comentários referentes ao emprego, pela doutrina, da expressão *princípio dispositivo*, com o objetivo de

expressar coisas diversas, dificultando o estudo do problema em face da inexata precisão terminológica.

Segundo esclarece, a denominação *princípio dispositivo*, “deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexos com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado ‘princípio dispositivo’”. Conclui, o eminente processualista, no sentido de que “deve (o juiz) desenvolver toda a atividade possível para atingir os escopos do processo”¹⁰.

Esse mesmo autor alude ao nexos entre a questão referente aos poderes instrutórios do juiz e o ‘princípio dispositivo’, esclarecendo que esse tem sido o entendimento da maioria da doutrina processual, “ao afirmar que o princípio dispositivo, entre outras restrições impostas à atividade do julgador, impede tenha ele iniciativa probatória”¹¹.

A realidade é que hoje o princípio dispositivo encontra-se mitigado no processo civil, a ponto de permitir-se ao juiz uma ampla gama de atividades instrutórias de ofício. Esse é o entendimento da doutrina moderna, sintetizado da seguinte maneira por Ovídio Batista: “No direito brasileiro, pode-se dizer que ainda vigora o ‘princípio dispositivo’ como regra fundamental, ou como simples princípio diretivo, sujeito, porém, a severas limitações previstas pelo legislador em inúmeros dispositivos legais que o abrandam consideravelmente, outorgando ao juiz uma apreciável faculdade de iniciativa probatória, o que, aliás, (...) apenas demonstra que o ‘princípio dispositivo’, tal como a doutrina o descreve, jamais foi observado historicamente como uma norma absoluta”¹².

Para finalizar, não se pode postergar o interessante ponto de vista de João Batista Lopes, ao qual nos associamos *in totum*, que enfoca a essência do princípio dispositivo

na vedação ao juiz de tomar em consideração fatos não alegados pelas partes, não lhe competindo, pois, investigá-los ou complementá-los, tendo em vista serem incumbências exclusivas das partes. Ao mesmo tempo, admite tal orientação comportar temperamentos, em se tratando de direitos indisponíveis e sobretudo nas causas envolvendo interesses de menores. Já no que respeita à prova dos fatos, entende competir ao juiz maior soma de poderes para que ele tome iniciativas nesse campo.

4.2. Princípio inquisitivo

Compreende esse princípio a prerrogativa que se atribui ao juiz de desvincular-se das iniciativas das partes para a busca da verdade, satisfazendo as suas “curiosidades” por iniciativa própria.

Embora sua maior pertinência diga respeito ao processo penal, muitas de suas vertentes aplicam-se ao processo civil. Historicamente, se estende à iniciativa de instauração do processo pelo próprio juiz. É o que se conhece por processo inquisitivo, e que “se mostrou sumamente inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do juiz”, segundo observam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹³. Este último processualista salienta, contudo, em outra de suas obras, que “a escalada inquisitiva, no processo civil moderno, corresponde à crescente assunção de tarefas pelo Estado contemporâneo, o qual repudia a teoria dos ‘fins limitados’. (...) Nos sistemas político-constitucionais marcados pela busca do bem-comum e nos de conotação socialista, o processo recebe influxos publicistas que impõem a presença do juiz atuante. É assim o nosso sistema processual da atualidade, onde a todo momento é preciso enfatizar que os juízes são os condutores do processo e o sistema não lhes tolera atitudes de espectador” (1998, p. 287).

Por derradeiro, novamente Cândido Dinamarco destaca alguns temperamentos

necessários à aplicação do princípio inquisitivo no processo civil, em equilíbrio com o princípio dispositivo, cujo principal fundamento é a exigência de imparcialidade do juiz:

“O direito processual moderno procura também equilibrar a aplicação do princípio inquisitivo e do dispositivo na instrução, tendo em vista as exigências opostas de imparcialidade e livre jogo de interesses de um lado (o modo de ser dos conflitos) e, de outro, as de uma instrução que conduza a decisão conforme com o direito objetivo material, fazendo justiça. É preciso, de um lado, reprimir a inquisitorialidade que dominou o processo penal autoritário; e, de outro, abandonar o comportamento desinteressado do juiz civil tradicionalmente conformado com as deficiências instrutórias deixadas pelas partes no processo. Tal é, no sentido mais amplo possível (conquanto inevitavelmente vago), a fórmula da publicização do processo no tempo presente” (1998, p. 54).

4.3. Princípio da imparcialidade

Por princípio da imparcialidade tem-se a noção da necessária equidistância do juiz em relação às partes, como pressuposto, até, de validade da relação processual. É garantia de justiça para as partes, uma vez que o Estado reservou para si o exercício da função jurisdicional, decorrendo daí o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.

Assim é que “só a jurisdição subtraída de influências estranhas pode configurar uma justiça que dê a cada um o que é seu e somente através da garantia de um juiz imparcial o processo pode representar um instrumento não apenas técnico, mas ético também, para a solução dos conflitos interindividuais com justiça”¹⁴.

Contudo, imparcialidade não significa indiferença axiológica, muito menos a isenção do magistrado significa insensibilidade. Não se pode esquecer que “o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e dos problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo” (DINAMARCO, 1998, p. 36).

A imparcialidade do juiz deve ter a justa medida da sua superioridade em relação a sentimentos e interesses pessoais, mas não pode, por outro lado, consistir em comportamento desinteressado e conformado com as deficiências instrutórias deixadas pelas partes no processo. O juiz moderno deve compreender “que só lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusar a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença” (DINAMARCO, 1998, p. 196).

Perante tais considerações, há que se salientar que a iniciativa instrutória do juiz, se levada a extremos, seria perigoso fator de abertura à parcialidade. Seu comportamento, nesse particular, deve-se pautar exclusivamente na ética e no interesse público por detrás do exercício da jurisdição, qual seja o de eliminar conflitos mediante critérios justos.

5. Teoria geral das provas

Em decorrência do elastério que hoje se confere ao direito de ação e à ampla defesa, a preocupação com o direito à prova adquiriu maior dimensão, no sentido de haver uma relação direta do efetivo exercício da atividade probatória com a qualidade da tutela jurisdicional, assim entendida como proteção efetiva do direito (Cf. LOPES, 1999, p. 163).

Nesse diapasão, Cândido Dinamarco lamenta que, “embora não lhe sobre espaço entre os ‘institutos fundamentais do direito

processual', a prova ocupa posição de extraordinária grandeza no sistema, pois dela depende o correto exercício da jurisdição (fidelidade à vontade concreta do direito) e sem ela a garantia de ação e o 'jus exceptionis' careceriam de conteúdo substancial" (1998, p. 231).

Feitas essas digressões, passar-se-á ao exame de alguns dos principais temas ligados à prova, a começar pela sua definição e conceito. Desse modo, cumpre esclarecer a origem etimológica do vocábulo 'prova', que provém do latim *proba, de probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de). Entende-se, assim, no seu sentido jurídico, "a denominação que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui pela existência do fato ou do ato demonstrado" (SILVA, 2000, p. 656).

Prova, portanto, pode ser conceituada como a demonstração de fatos em juízo (e, excepcionalmente, do próprio direito, segundo se verá adiante).

No entanto, adverte Ovídio Batista quanto ao extremo cuidado necessário ao tratar de uma questão probatória no domínio da ciência jurídica, quando se alude ao conceito de verdade, pois, segundo salienta, não se pode imaginar que a prova de um fato equivalha à demonstração da veracidade de sua existência. Acrescenta ainda o preclaro processualista verificar-se "uma crescente tendência a considerar a prova judiciária como a demonstração da 'verossimilhança da existência de uma determinada realidade', restaurando-se, neste sentido, a doutrina aristotélica da 'retórica', como 'ciência do provável', a que se chega através de um juízo de probabilidade". Nesse sentido, sustenta que "a complexidade da moderna civilização de massa, com a intensificação generalizada de contatos sociais de natureza 'terciária' e portanto superficiais, vem determinando a utilização cada vez mais acentuada de critérios puramente 'formais' de verdade, baseados na simples 'aparência', de que são exemplos

os incontáveis 'negócios jurídicos abstratos', como é o caso dos títulos executivos extrajudiciais, especialmente os cambiários, que têm vida jurídica independentemente de sua causa"¹⁵.

Há, no entanto, duas acepções para o termo 'prova': o objetivo e o subjetivo. Objetivamente considerado, o termo abrange os "meios destinados a convencer o juiz dos fatos relativos ao processo" (ALVIM, 2000, p. 508), ou "o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo" (LOPES, 1999, p. 22). Na acepção subjetiva, significa "a convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto a existência ou inexistência dos fatos" (SANTOS, 2000, p. 329).

No que tange a sua natureza jurídica, embora haja controvérsias, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini consideram-na "instituto tipicamente processual"¹⁶.

Quanto ao seu objeto, há um princípio elementar de direito probatório donde se conclui que apenas os fatos (controvertidos e relevantes) devem ser provados – *iuria novit curia* – de tal modo que inexistente a necessidade de provar o direito. Não obstante, excepcionalmente o direito pode ser objeto de prova, conforme se depreende de regra tradicional de nosso direito (art. 337 do CPC), segundo a qual, estando em questão direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, o direito, se assim o determinar o juiz, deve ser provado por quem o alega.

Outra questão relevante no trato da teoria geral das provas é a que diz respeito à finalidade e ao destinatário da prova: destina-se a prova ao juiz, não à parte adversa, pouco importando quem teve a iniciativa de produzi-la. A prova, portanto, não pertence à parte que a produziu, no sentido de que o fato de tê-la produzido não lhe assegura poderes de disposição sobre a mesma conforme a sua conveniência pro-

cessual. Na lição de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, “uma vez produzida, passa (a prova) a integrar o processo, pouco importando quem a produziu. Tanto que (...) não pode a parte seccionar a prova para aproveitar apenas a parcela que lhe interessa. A prova é um todo, e como um todo deve ser considerada”¹⁷. Trata-se do denominado *princípio da aquisição processual*.

Em outro aspecto, a propósito da questão relativa à hierarquia das provas, por força da aplicação do princípio do livre convencimento motivado, estampado no art. 131 do CPC, dá-se às provas valor relativo, isto significando que inexistente hierarquia entre elas, salvo raras exceções, como é o caso do art. 366, que estatui que, em determinadas hipóteses, quando a lei exigir o instrumento público como sendo da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial, poderá suprir-lhe a falta.

Finalmente, não se pode olvidar a relevante questão do *ônus da prova*.

Antes de tudo, cumpre esclarecer a exata significação do termo ‘ônus’, a fim de distingui-lo de ‘obrigação’ ou ‘dever’. “A parte gravada com o ônus não está obrigada a desincumbir-se do encargo, como se o adversário tivesse sobre isso um direito correspondente, pois não faz sentido dizer que alguém tenha direito a que outrem faça prova no seu próprio interesse”¹⁸. Difere de dever, pois este pressupõe sanção, uma vez que “sempre que a norma jurídica impõe um dever a alguém, em verdade está obrigando ao cumprimento, o que gera ao pólo oposto da relação jurídica o direito – correlato e em sentido contrário – de exigir o comportamento do obrigado. Nada disso ocorre com o ônus, que implica tão-somente, no caso de descumprimento, em uma consequência processual. Há interesse no cumprimento do ônus da prova. Com ‘interesse’ se quer dizer que a prática do ato processual favorece à parte. Há interesse em praticá-lo porque se tirará algum proveito processual com a atividade”¹⁹.

A teor do disposto no art. 333 do CPC, compete ao autor provar o fato constitutivo de seu direito (inc. I); ao réu, em contrapartida, incumbirá a prova do fato que vier a alegar, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inc. II).

Pondo termo a esse sucinto exame da ‘prova’ e ainda no que diz respeito ao seu ônus, há que se mencionar os poderes conferidos ao juiz, segundo seu prudente arbítrio, de alterar o ônus da prova quando se tornar excessivamente difícil o exercício do direito e, por outro lado, a possibilidade de as partes alterarem convencionalmente o ônus da prova, em se tratando de direitos disponíveis.

6. Poderes instrutórios do juiz

A permanente evolução em busca do ideal de justiça rápida e qualificada tem marcado a história do direito probatório, conforme salienta João Batista Lopes, ao dispor sobre as tendências atuais do direito probatório, aduzindo que “o momento atual revela predominância da oralidade, preocupação com a simplificação e celeridade do processo e fortalecimento dos poderes do juiz” (1999, p. 19).

Essas tendências são efeitos daquilo que se convencionou chamar *terceira fase metodológica fundamental do direito processual*, que é o fenômeno da *instrumentalidade do processo*. Na essência de tal fenômeno encontra-se a “permeabilidade (do sistema processual) aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina” (DINAMARCO, 1998, p. 22).

Conforme ressaltam Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, “em tempos outros, o magistrado atuava como um espectador da atividade probante das partes, sem interferir na iniciativa ou condução da prova. Essa postura não mais se coaduna com o proces-

so civil moderno, que exige um julgador comprometido com a descoberta da verdade e a correta distribuição da justiça”²⁰.

Essas razões levam a doutrina a concluir que, a teor do disposto no art. 130 do CPC, pode o juiz, de ofício, determinar as provas necessárias à descoberta da verdade, independentemente da iniciativa das partes. O âmago da questão é delimitar-se a extensão e em que medida é lícito ao juiz dispor de tais poderes.

Nesse ponto, as opiniões da jurisprudência e doutrina são controvertidas. Theotônio Negrão (2000, p. 218), no seu CPC anotado, apresenta nota de jurisprudência do STJ ao supracitado art. 130, com o seguinte teor: “Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes” (RSTJ 84/250 e STJ-RT 729/155).

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini manifestam entendimento semelhante ao afirmarem que, “em se tratando de direito indisponível (...) a doutrina reconhece com maior facilidade que o poder instrutório do juiz é pleno, posto que, se a parte não pode do direito dispor, certamente não poderá se opor à prova dos fatos que o envolvam”²¹. Apesar de tudo, recomendam cautela e temperamentos na aplicação da regra, a fim de que o magistrado não se torne assistente de uma parte em detrimento da outra, com atividade probatória supletiva àquela que competiria ao interessado, alertando que “o poder instrutório do juiz existe para assegurar a tranqüilidade necessária para o julgamento perfeito, sempre que a prova de iniciativa da parte não for suficiente para o seu convencimento”.

Moacyr Amaral Santos interpreta com maior moderação ainda o art. 130 do CPC, pois considera que “o poder de iniciativa judicial (...) deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranqüila, proferir sentença. A regra é que as provas sejam propostas pelas partes; por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa” (2000, p. 350).

Outros autores há que têm uma visão mais progressista dos poderes instrutórios do juiz, em face de uma perspectiva eminentemente publicista do processo, entre os quais pode-se citar José Roberto dos Santos Bedaque, que se expressa com bastante clareza neste sentido quando afirma que:

“a participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta a sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento e de ofício, determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.”

A propósito, poder-se-ia alegar a parcialidade do juiz na medida em que, se o ônus de provar não implica, como foi visto, obrigação ou dever da parte, mas o interesse em se criar uma situação processual que lhe favoreça, obviamente que, se essa mesma parte deixa de desencumbir-se da prática desse ato, seu *ex adverso* poderia tirar proveito processual dessa sua inatividade. Então, o exercício pelo juiz de seus poderes instrutó-

rios poderia inverter tal situação, em benefício da parte inerte. Não obstante, há que se considerar a relação direta do efetivo exercício da atividade probatória com a qualidade da tutela jurisdicional, pois, conforme já mencionado, dela depende o correto exercício da jurisdição e, conseqüentemente, a fidelidade à vontade concreta do direito, obtendo-se, desse modo, em última análise, a pacificação social.

Em síntese, o aumento dos poderes instrutórios do juiz não favorece qualquer das partes, pois o empenho do juiz na procura da verdade é procedimento que caracteriza a consciência de suas responsabilidades com os escopos do processo, ligado ao interesse público que prepondera na justificativa da existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram. Outrossim, demonstra seu comprometimento com a completa apuração dos fatos, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é o direito no caso concreto.

7. Conclusão

De tudo que foi dito, é possível inferir-se que os poderes instrutórios atribuídos ao juiz derivam da necessidade de que o Estado disponha de meios juridicamente adequados para atingir a finalidade magna por ele perseguida na prestação jurisdicional, que é a pacificação social.

Desse modo, o jurisdicionado, ao convocar o Estado mediante o exercício do direito de ação, dele espera receber uma prestação jurisdicional de qualidade, a ser atingida com o proferimento de decisões justas.

Tanto o legislador como o intérprete e aplicador das normas jurídicas têm o dever de preocupar-se em dotar o ordenamento jurídico de meios eficazes ao *acesso à ordem jurídica justa*, pois só assim será possível à coletividade valer-se da jurisdição para a obtenção da paz social, uma vez que o interesse privado da parte que movimenta a

máquina judiciária para a tutela de direitos subjetivos não obsta à existência, por outro lado e paralelamente, do interesse do Estado na correta atuação da lei, pois tanto o indivíduo como o Estado têm interesse no provimento justo e de qualidade: aquele, sob o ponto de vista da satisfação de suas aspirações individuais e este, o Estado, em razão de que, com a solução dos diversos conflitos individuais estar-se-á atendendo ao interesse da coletividade na obtenção da paz social.

Com efeito, para a plena consecução da missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é necessária a superação de óbices que possam ameaçar a boa qualidade da prestação jurisdicional, entre os quais aqueles que dizem respeito ao modo-de-ser-do-processo e à justiça das decisões, no sentido de que “o juiz não deve ser um mero espectador dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo de todo o drama processual”²².

Destaca-se, portanto, a necessidade de que o juiz tenha um papel “adequadamente participativo na busca de elementos para a sua própria instrução”, de modo a pautar-se pelo critério de justiça na solução do litígio²³.

Nesse contexto, já é possível verificar-se tendência irreversível de ampliação dos poderes do juiz, especialmente quanto à iniciativa probatória no Direito Processual Civil, como decorrência do aperfeiçoamento de nossas instituições, uma vez que há uma tomada de consciência política do magistrado em relação ao seu relevante papel na contribuição para uma prestação jurisdicional mais justa e consentânea, em última análise, com os escopos sociais, políticos e jurídicos do processo, proveniente do desencadeamento desse novo método crítico de análise do Direito Processual, denominado instrumentalismo.

Nessa acepção, os poderes instrutórios do juiz se consubstanciam em importante instrumento do Estado na prestação da tutela jurisdicional, com vistas à persecução

de um resultado efetivamente justo do processo, passível de contribuir para a realização da pacificação social e adequado ao progresso científico dos tempos atuais.

Notas

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. p. 42.

² Idem, *ibidem*.

³ Idem, *ibidem*. p. 43.

⁴ Idem, *ibidem*. p. 41.

⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. p. 52.

⁶ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*. p. 102. v. 1.

⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. p. 64.

⁸ Idem, *ibidem*, p. 66.

⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. p. 68. v. 1.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. p. 71.

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 65.

¹² Op. cit. p. 62.

¹³ Op. cit. p. 58.

¹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. p. 52.

¹⁵ Op. cit. p. 338-339.

¹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. p. 473. v. 1.

¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 479.

¹⁸ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*. p. 345.

¹⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. p. 480.

²⁰ Idem, *ibidem*, p. 479.

²¹ Op. cit. p. 480.

²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. p. 35.

²³ Idem, *ibidem*, p. 34.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO, Roldão Oliveira de; CARVALHO NETO, Algomiro. *Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à lei 9.099, de 26 de setembro de 1995: doutrina, prática, jurisprudência e legislação*. 2. ed. São Paulo: Bestbook, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1-3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. rev. e atual. por Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRIGINI, Ronaldo. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis*. São Paulo: Led, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. rev. ampl. e atual. até julho de 1999. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 31. ed. atual. até 5 de janeiro de 2000. Org. sel. e notas Theotonio Negrão com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. rev. ampl. e atual. até 1º de agosto de 1997. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 17. ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Bibliografia

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1-2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: CEBEPJ, 2000.

Princípios gerais de direito

Carlos Fernando Mathias de Souza

Sumário

1. Introdução (o conceito de princípios gerais de direito e sua importância no suprimento das chamadas lacunas da lei). 2. O Direito do Trabalho e os princípios gerais de direito. 3. O Direito Tributário e os princípios gerais de direito. 4. O direito instrumental penal e os princípios gerais de direito. 5. O Direito Internacional e os princípios gerais de direito.

1. Introdução

Importância especial têm os *princípios gerais do direito* no suprimento das chamadas lacunas (se é que as há) de direito.

Ferrara, por exemplo, rechaçava a idéia de lacunas de direito, posto que, a seu sentir, não há lacunas e sim defeitos da lei “apreciáveis segundo critérios extrínsecos de justiça ou de oportunidade”.

De outra parte, tenha-se que, devido ao simples fato do caráter abstrato da norma, a existência de lacunas (em face de situações concretas) é algo implícito.

Todavia, se se trata de ausência irresgatável da norma, já não se pode falar em lacuna até porque (consigne-se o óbvio) não há como supri-la ou como remediá-la.

A Lei de Introdução ao Código Civil é expressa: “Quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*” (art. 4º).

O código da lei adjetiva civil, na mesma linha, prescreve: “O juiz não se exime de

Carlos Fernando Mathias de Souza é professor titular da Universidade de Brasília e Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e os *princípios gerais de direito*” (art. 126 do CPC).

A Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez (e de modo mais amplo) dispõe:

“As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros *princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho*, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público” (art. 8º da CLT).

O Código Tributário Nacional (art. 108) prescreve: “Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada: I) a analogia; II) os *princípios gerais de direito tributário*; III) os *princípios gerais de direito público* (e) IV) a equidade”.

No direito instrumental penal, tem-se: “a lei processual penal admitirá a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos *princípios gerais do direito*” (art. 3º do Código de Processo Penal).

Em sistemas jurídicos estrangeiros, encontram-se disposições similares às do ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo: O Código Civil argentino (art. 16): “Se não puder resolver uma questão civil nem pelas palavras, nem pelo espírito da lei, atender-se-á aos princípios das leis análogas e se a questão permanecer duvidosa, aos *princípios gerais de direito*, tendo-se em conta a circunstância do caso”; o Código Civil mexicano (art. 19): “As controvérsias judiciais de ordem civil devem resolver-se de conformidade com a letra da lei ou segundo sua interpretação jurídica. Na falta

de lei, resolver-se-ão segundo os *princípios gerais de direito*”.

O Código Civil italiano, de sua parte, estatui que “(...) se uma controvérsia não pode ser decidida segundo uma disposição (legal, naturalmente), ter-se-ão em conta as disposições que regulam os casos semelhantes ou as matérias análogas; persistindo a dúvida, decidir-se-á segundo os *princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado*”.

Curioso notar que o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (art. 38) manda que o tribunal observe os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas, não como fonte supletiva de direito, mas como fonte primária; veja-se:

“A Corte cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os *princípios gerais de direito*, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59 (isto é, a decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão), as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito”.

Parece oportuno transcrever-se o contido na parte 2 do art. 38 em destaque: “A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem”. Em outras palavras, julgamento por equidade.

Cumprir perquirir sobre quais são esses princípios gerais.

Para Clovis Bevilacqua (1955), “trata-se de indicar, como fontes supletivas do direito positivo, as regras mais gerais que constituem o fundamento mesmo da ciência e da

arte do direito: não somente os princípios que dominam o direito nacional, como ainda o conjunto dos preceitos que servem de expressão ao fenômeno jurídico”.

Com efeito a expressão é vaga.

Para Dabin (apud LIMA, 1955), refere-se “a certo número indeterminado de soluções havidas como fundamentais, em que se resume e se explica o direito de um país ou de uma época ou, especificamente, nosso direito ocidental de inspiração romana. Mas esses princípios gerais de direito, por isso que são vagos não podem servir de base à elaboração jurídica. Ocorre ainda que, entre os princípios gerais de direito, se encontrem, ao lado de princípios caracteristicamente jurídicos, princípios construídos pela doutrina ou simples máximas de equidade, de bom-senso, de ordem social, que carecem de definição e regulamentação”.

A propósito, Vicente Rao (1999), após tecer considerações sobre os processos lógicos (indutivo e dedutivo) para chegar-se aos princípios em exame, arrola (em síntese) cinco posições, que o autor registra sob o título “ensaios de qualificação dos princípios gerais de direito”, a saber:

“a) os princípios gerais de direito correspondem aos do direito natural (Brunetti, Del Vecchio e outros); b) são princípios que se equiparam aos ditados pela equidade (Borsari, Giorgi etc.); c) são os que decorrem da natureza das coisas (Geny, Espínola etc.); d) são os de caráter universal, ditados pela ciência e pela filosofia do direito (Bianchi, Pacchioni, Beviláqua etc.) e e) são, para cada povo, os resultantes de seu sistema jurídico (exs.: o art. 12 do Código Civil italiano; Fadda e Bensa, nota ao § 23, v. I, das Pandectas de Windscheid etc.)”.

Aponta, ademais, o autor em destaque um esquema de solução do problema, pela investigação sucessiva, qual seja: primeiramente, deve-se partir dos princípios, que

inspiram o sistema jurídico positivo do qual as disposições particulares fazem parte. Se não resolvido, deve-se ir aos princípios ditados pela ciência do direito, e, persistindo o impasse (em termos de solução obviamente), deve-se buscar, então, os princípios ensinados pela filosofia do direito.

Síntese feliz, para o conceito de princípios gerais do direito, oferece Coviello para quem neles é que se assenta a legislação positiva e que, ainda que não escritas em lugar algum, constituem (ou formam) o pressuposto lógico do próprio ordenamento.

2. O Direito do Trabalho e os princípios gerais de direito

Como já assinalado, a Consolidação das Leis do Trabalho dispõe de modo bem mais amplo do que a Lei de Introdução ao Código Civil e o Código Tributário Nacional, por exemplo, sobre as modalidades do chamado preenchimento de lacunas da lei.

Por outro lado, de passagem, registre-se que o texto fundamental da legislação obreira no ordenamento jurídico brasileiro, ao empregar a expressão *outros princípios e normas gerais do direito* (principalmente do direito do trabalho), assim considerou também (isto é, como princípios ou normas gerais do direito) a analogia e a equidade; tem-se que cumpre indagar sobre quais são, efetivamente esses princípios.

Mestre Evaristo de Moraes Filho, em seu *Tratado elementar de direito do trabalho*, fazendo coro com os que consideram vaga a expressão princípios gerais de direito, fazendo referência, entre outros, (dir-se-ia quase obrigatória) a Del Vecchio, consigna: “Tão vago quanto a equidade é o conceito dos princípios gerais do direito. Por exemplo, para Del Vecchio, esses princípios decorrem do direito natural, da razão humana, podendo ser incluídos na noção de equidade”. Em verdade, para o jurista brasileiro em destaque, “devem ser admitidos como princípios gerais do direito os que decorrem, por abstração, do próprio ordenamento jurídico”.

Para o notável professor da Faculdade Nacional de Direito, ademais, e muito particularmente, quanto aos princípios do direito do trabalho, podem ser eles, sumariamente, resumidos em poucos pontos fundamentais: irrenunciabilidade dos benefícios, princípio do rendimento, princípio da conciliação (paz social) e o princípio “*pro operario*”.

De passagem, assinala-se que o professor Evaristo de Moraes Filho não considerava os princípios gerais como fontes de direito.

A propósito do referido princípio *pro operario*, observe-se que, por vezes, aparece sob a fórmula *pro misero*. Carlos Alberto Reis de Paula, em recentíssimo trabalho (*A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*), assinala que a) no referente à regra do *in dubio pro operario*, tem-se critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador; b) já quanto à regra da norma mais favorável, determina-se que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas, e c) por último, a regra da condição mais benéfica, que se configura pelo fato de que a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir condições mais favoráveis em que já se encontrava um trabalhador.

Voltando-se aos princípios gerais de direito em face do direito do trabalho, registre-se que Amauri Mascaro Nascimento (1973), após enfrentar a noção desses princípios, tanto da óptica do *jusnaturalismo* quanto do *positivismo*, suscita a questão da natureza deles, no que adere à posição de José Antônio Ramos Pascua (exposta em artigo sob o título *El fundamento del vigor de los principios. Dworkin frente a Esser*”), que transcreve, em parte:

“Em suma os princípios jurídicos, ainda que plasmados nas normas, têm raiz (e seu desenvolvimento) no âmbito das valorações ético-políticas, quer dizer, são partículas do ambien-

te moral de cada sociedade. Por essa razão, quando o operador jurídico faz uso dos mesmos, o Direito se “auto-integra” e se hetero-integra ao mesmo tempo. Auto-integra-se porque aplica elementos implícitos no Direito positivo e se hetero-integra porque a aplicação de tais elementos presentes em germe no Direito não seria sem indagar-se seu autêntico sentido, coisa que exige reconstruir o conjunto do qual fazem parte: o conjunto de valorações ético-políticas importantes na sociedade de que se trata”.

Ademais, Amauri Mascaro Nascimento cuida da função dos princípios na lei trabalhista divisando, de um lado, a função integrativa, isto é, quando eles completam o ordenamento jurídico em face do que se convencionou designar lacunas da lei, e, de outro, a função diretiva, como unificadora dos princípios gerais do direito e do direito do trabalho, além de identificar os princípios gerais aplicáveis ao direito obreiro; e, nesse ponto, identificando os princípios que têm força de fonte do direito do trabalho (respeito à dignidade humana e função social do direito, por exemplo), e outros que denomina técnicos (como o de que a ninguém é lícito alegar a ignorância do direito), além de princípios de outros ramos do direito (como o da força obrigatória dos contratos, o da autonomia da vontade e o do direito adquirido).

Destaca, além disso, o autor os princípios constitucionais do Direito do Trabalho, dividindo-os com relação àqueles que dizem dos direitos e garantias fundamentais, ou gerais (expressos nos incisos do art. 5º da Lei Fundamental), e os princípios constitucionais específicos (expressos nos arts. 7º, 8º, 9º e 11 da Lei Maior).

Finalmente, cuida o autor em comentário do princípio da norma mais favorável aos trabalhadores (aliás, já referido em outro passo destas linhas), e de outros princípios, entre os quais o da condição mais benéfica, o da irrenunciabilidade de direitos e o da

presumibilidade (ou das presunções) em favor dos trabalhadores.

Mestre Mozart Victor Russomano, por sua vez, em *Comentários à CLT*, ao tratar dos princípios do direito, observa:

“Identificando-se essa expressão com o conceito de direito fundamental, anterior e superior às legislações nacionais, permanente ante as leis transitórias, é aceitável a inclusão dos chamados princípios gerais de direito entre as fontes formais secundárias. No Direito do Trabalho, o juiz ou a autoridade administrativa deverá primeiramente, recorrer aos princípios gerais do Direito do Trabalho, tomada a expressão, agora, como representando os princípios dominantes na legislação trabalhista do país. E, se não forem eles suficientes para solução do impasse, então recorrerá aos princípios gerais do Direito, isto é, ao *direito fundamental*.”

O tema, como se sabe, foi abordado naturalmente, por Américo Plá Rodriguez, o festejado juslaboratista uruguaio, em clássica monografia (*Los principios de derecho del trabajo*), na qual define o autor os princípios como “linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções que podem servir para promover uma série de soluções, que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver casos não previstos”.

Por ilustrativo, recorde-se que, na doutrina cabocla, tem-se conceituação em sentido símile, como a expressa pelo extraordinário Arnaldo Sussekind (1995). Veja-se: “princípios são enunciados genéricos, explicitados ou deduzidos do ordenamento jurídico pertinente, destinados a iluminar tanto o legislador, ao elaborar as leis dos respectivos sistemas, como o intérprete, ao aplicar as normas ou sanar omissões”.

Por total pertinência com o assunto, assinala-se um princípio haurido na doutri-

na, que se erigiu em princípio geral do direito trabalho (e, dir-se-ia, em quase um dogma).

A referência é ao princípio da primazia da realidade.

Na linguagem corrente, diz-se (quase como um lugar comum) que o contrato de trabalho é um contrato-realidade.

Com efeito, deve-se a Plá Rodriguez (op. cit.) a formulação desse princípio que, em apertada síntese e com as palavras do próprio jurista, pode ser assim expresso: “o princípio da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”.

Em outras palavras, no contrato de trabalho (ao contrário, por exemplo, do que ocorre nos contratos regidos pelo direito civil), em havendo discrepância entre suas cláusulas (ou o seu conteúdo) e aquilo que, de fato, estiver fazendo o trabalhador, deve prevalecer, por princípio geral, o que, efetivamente, se realizar na prática.

3. O Direito Tributário e os princípios gerais de direito

O Código Tributário Nacional, repita-se, prescreve que “na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I) a analogia; II) os princípios gerais de direito tributário; III) os princípios gerais de direito público; e, IV) a equidade” (art. 108).

De outra parte, estabelece ainda (art. 109) que “os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”.

De plano, impõe-se observar que, sem embargo da expressão *sucessivamente*, essa ordem não é, *ex rigoris juris*, de ser respeitada, como um cânone, até porque tanto os princípios gerais de direito tributário quanto os de direito público estão (os mais im-

portantes, pelo menos) consagrados no próprio texto constitucional.

Sob outra óptica, não deve ser esquecida lição de Carvalho Pinto, ao apontar desvantagens gerais do sistema de definição legal de regras hermenêuticas que se agravam no setor tributário, resultando ser desaconselhável a decretação de normas obrigatórias de interpretação no direito tributário. Em outras palavras, não deve haver quaisquer regras de interpretação no corpo de princípios.

Como mais do que sabido, os princípios gerais do direito tributário (mais assinalados) colhem-se na Constituição. São eles, entre outros: 1) o da capacidade contributiva (“sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte” – art. 145, §1º); 2) o da legalidade (“sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça” – art. 150, I); 3) o da isonomia (é defeso “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função para eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos – art. 150, II); 4) o da anterioridade (é vedado cobrar tributos “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou” – art. 150, III, b); 5) o da proibição de tributo com efeito de confisco (art. 150); 6) o da proibição de barreiras tributárias (“é vedado estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais”, naturalmente ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de

vias conservadas pelo poder público – art. 150, V); 7) o das imunidades tributárias (é defeso “instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços como dos outros (isto é, União, Estados, Distrito Federal e Municípios), b) templos de qualquer culto, c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos (inclusive suas fundações); das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei” – art. 150, VI); 8) o das competências privativas (impostos da União – arts. 153 e 154), impostos dos Estados e do Distrito Federal (art. 155) e impostos dos Municípios (art. 156).

Ruy Barbosa Nogueira, apoiado em Giorgio Del Vecchio, observa que

“a harmonia das diversas partes componentes do sistema deve ser experimentada e confirmada a cada instante, aproximando-se as regras particulares entre si e relacionando-as com *princípios gerais* a que se prendem. Só assim poderá o jurista compreender o espírito do sistema e observá-lo em suas aplicações particulares, evitando erros que se produziriam se ele se contentasse em considerar, por um modo geral, apenas esta ou aquela regra em si mesma” (1974).

Em verdade, os *princípios gerais do direito tributário* são, a rigor, regras expressas de filiação constitucional. De igual sorte os *princípios gerais de direito público*. Assim, não há falar-se em sua aplicação de forma supletiva, é dizer-se como uso subsidiário do princípio, para preenchimento de eventual lacuna.

Ao contrário, tais princípios integram-se em um sistema, ou melhor constituem o próprio pilar do sistema. Não é subsídio, é, em verdade, a orientação normativa superior.

Oportuna a lição de Luciano Amaro (1977):

“não nos parece razoável a *hierarquização de princípios* (de direito tributário e de direito público), sendo de resto questionável a *setorização* de princí-

prios que o artigo (108 do CTN, naturalmente) consagra – O princípio da *igualdade*, por exemplo, posto como axioma basilar do direito tributário, não seria antes disso (caso se tivesse de setorizar os princípios) um postulado do *direito público*? Ou de direito constitucional? Ou melhor, de *direito tout court*? Há princípios (como esse da igualdade) que têm uma abrangência universal, o que inabilita sua apropriação por este ou aquele ‘ramo’ do direito. É também o caso do *princípio da boa-fé*, que permeia todo o direito, tanto o público quanto o privado”.

Meste Aliomar Baleeiro, em seu *Direito tributário brasileiro*, por sua vez, assinala que os princípios gerais de direito tributário constituem a primeira base do método sistemático “pela qual os pontos silentes, obscuros ou contraditórios duma lei ou imposto (talvez do tributo) se completam, esclarecem-se ou se corrigem pelas leis de outros tributos ou pelas regras básicas do CTN”. E, prossegue o notável jurista (é desnecessário o registro (por óbvio) de que estava observando a matéria sob a égide da Carta anterior à de 1988) no sentido de que, “com referência aos princípios gerais de direito público (embora o direito tributário seja autônomo), não pode ele ser considerado como *compartimento estanque*”. E, assim, “inúmeras vezes invocam-se princípios do direito público constitucional, administrativo, penal etc., para os casos novos, imprevisos ou excepcionais. No entanto seu uso ou emprego deve ser prudente”.

Com efeito, do prisma doutrinário, tem-se admitido que os princípios de direito tributário e os de direito público aceitam, pelo menos, quatro desdobramentos, a saber: I – os princípios gerais de direito (isto é, obviamente, os mais gerais) ligam-se à natureza das coisas e, *ipso facto*, ajudam a atividade de hermenêutica; II – segundo o método de heterointegração da norma (a *eterointegrazione* da doutrina italiana) os princípios gerais de direito natural são admitidos e, por conse-

qüência, a *autointegração (autointegrazione)* faz-se por meio dos princípios do direito natural, do que pode resultar a integração da normatividade em si; III – em face da própria *força da expansão indefinida* dos princípios, não há falar-se em lacunas da lei ou do direito, e IV – nas hipóteses ensejadoras de dúvidas invocam-se, facultativamente (e sem ordem de preferência ou precedência), os princípios de direito público ou de direito tributário.

Finalmente, registrem-se duas palavras sobre a aplicação dos princípios gerais de direito privado, no direito tributário.

A propósito, observa o já invocado Luciano Amaro (1977):

“Ao dizer que os princípios do direito privado se aplicam para a pesquisa da definição de institutos desse ramo do direito, o dispositivo, obviamente, não está querendo disciplinar a interpretação, no campo do direito privado, dos institutos desse direito. Isso não é matéria cuja regulação incumba ao direito tributário. Assim, o que o Código Tributário Nacional pretende dizer é que os institutos de direito privado devem ter sua definição, seu conteúdo e seu alcance pesquisados com o instrumental técnico fornecido pelo direito privado, não para efeitos privados (o que seria óbvio e não precisaria, nem caberia, ser dito num código tributário), mas sim para efeitos tributários.”

4. O direito instrumental penal e os princípios gerais de direito

O Código de Processo Penal (art. 3º), assinala-se, ainda uma vez mais, é expresso: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o *suplemento dos princípios gerais de direito*”.

Há, todavia, dificuldades a serem enfrentadas, adiantando-se que não é o bastante dizer-se que uma norma será de direito processual tão-só por estar ela inserida no código de processo penal, ou de direito material por agasalhar-se no código penal.

Mestre Francisco de Assis Toledo, em suas lições perenes, após identificar dificuldades no respeitante a normas de processo e de execução, assinala que

“a dificuldade maior consistirá em separar-se o que há de direito material no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal e o que há de direito processual no Código Penal, para, após tal separação, aplicarem-se às normas de direito material os princípios de direito penal intertemporal (...) e às normas de direito processual os princípios que lhes são próprios” (1991).

Naturalmente, são os princípios que informam o ordenamento jurídico brasileiro, o que não exclui a invocação aos de direito universal (e aqui não é necessário o abono da doutrina – Clovis Bevilacqua, por exemplo), posto que o suficiente ter-se em mente o que dispõe a Lei Fundamental (art. 5º, § 2º): “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Por ilustrativo (e significativo), lembrem-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica.

Na realidade, na aplicação da lei (que jamais dispensa a interpretação, como bem sabido), têm-se situações em que preciso é buscar-se suprimento nos princípios gerais de direito para colmatar o que, por vezes, se designa (não sem críticas) lacunas da lei.

Recordando-se as lições dos antigos romanos, tem-se que muita vez o legislador diz mais do que queria dizer, ou, por outro lado, diz menos do que tinha em mente (*plus voluit quam dixit; minus voluit quam dixit*) e assim pode revelar-se hipótese em que a invocação dos princípios gerais de direito torne-se imperativa.

Fernando da Costa Tourinho Filho, em sua obra *Código de processo penal comentado*, após observar que

“parte da doutrina entende que a analogia é método de integração, enquan-

to os princípios gerais de direito são fontes de inspiração, e, por isso, Alcalá-Zamora fala em auto-integração (de passagem, recorde-se da *autointegrazione* e da *eterointegrazione* de que fala a doutrina italiana), quando se colmata uma norma com outra norma de Processo Penal, em hetero-integração, se o preenchimento se dá com norma de outro diploma”,

assinala que,

“quanto aos princípios gerais de direito, sugestiva parte da doutrina procura identificá-los com os aforismos, os brocardos jurídicos, que nada mais representam senão a condensação de soluções e de noções tradicionais do nosso ordenamento jurídico. Os brocardos *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex-officio, res judicata pro veritate habetur, nulla poena sine iudice* (em português, respectivamente, ‘nenhum juiz sem autor’, ‘não proceda o juiz de ofício’, ‘a coisa julgada, tem-se por verdade’ e ‘nenhuma pena sem juiz’ e acrescente-se, que a última fórmula citada, por vezes, apresenta-se como “*nulla poena sine iudicio*”, isto é, nenhuma pena sem juízo), ao lado das regras que inspiram o Processo Penal, como ampla defesa, contraditório, indisponibilidade da ação penal pública, oficialidade da ação penal pública, tudo são princípios gerais de direito, em matéria processual penal”.

Parece mais do que oportuno registrar-se que José Frederico Marques, no seu *Tratado de direito processual penal*, cuidando dos princípios gerais (e, naturalmente, com ênfase no direito instrumental ou adjetivo penal), assinalou que

“a ciência processual moderna vem estabelecendo, mediante útil e laboriosa generalização, os princípios que dão forma e caracterizam os sistemas de processo.

Trata-se de operação de *síntese crítica*, consistente em focalizar os pre-

ceitos onde esses princípios se encontram acolhidos, os seus respectivos corolários, bem como a harmonização de seu conteúdo, na ordem jurídica em vigor dentro de determinado Estado, com outros princípios jurídicos e com os imperativos do bem comum”.

E, prossegue o grande jurista, “o estudo de alguns desses princípios situa-se no limiar da Dogmática Processual, nos lindes desta com as regiões onde estão colocados os cânones éticos e políticos com base nos quais se formulam juízos de valor sobre as normas do direito objetivo”.

Sintetizando, ressalta J. Frederico Marques que, no Direito Processual Penal, os princípios gerais agrupam-se em três grandes categorias, a saber: 1) os relativos à estrutura em conjunto da justiça penal, 2) os que dizem dos procedimentos preliminares, e 3) aqueles que se relacionam com o processo penal propriamente dito e que, por sua vez, subdividem-se em princípios concernentes à jurisdição, ao processo e ao procedimento.

Por último, enfatize-se que esses princípios gerais de direito a que se refere o art. 3º da lei básica do chamado direito judiciário penal são aqueles que, em processo de hetero-integração, servem de suplemento para a boa aplicação desse direito instrumental específico. Assim, não se referem propriamente aos princípios gerais de direito processual penal que, didaticamente, são apresentados como os princípios estritamente processuais ou instrumentais e aqueles outros designados princípios constitucionais, obviamente, por se colherem na Lei Maior.

Entre os princípios que se designam processuais estão o da oralidade, o da publicidade, o da certeza, o da oficialidade (de oficiosidade e de autoridade), o da indisponibilidade, o da iniciativa das partes e o dos limites da lide.

Já entre os princípios constitucionais, encontram-se o da legalidade, o do contraditório (ampla defesa, cientificação e produção de provas) e o importantíssimo prin-

cípio do juízo natural (e o superlativo aqui se evidencia pela ênfase que a ele têm dado, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto de Costa Rica e outros tratados e convenções internacionais).

Tampouco expressam eles os designados princípios gerais, básicos ou fundamentais do próprio direito material, que a doutrina, esquematicamente, por vezes, divide em princípio da legalidade ou da reserva legal, em princípios de direito intertemporal e em princípios de direito penal internacional.

O primeiro enunciado, grande conquista a partir de Beccaria, tem, mais modernamente, filiação constitucional. Expressa-se pela fórmula clássica do “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, a que se acrescentou que deve ser a lei (além de prévia) escrita, estrita e certa.

Dos princípios do direito intertemporal recordem-se os referentes à *lex gravior* (quando a lei posterior é mais severa que a anterior), é aí cabe falar-se em irretroatividade absoluta; à *abolitio criminis* (em que a lei posterior aboliu o crime, tornando o fato impunível), e à *lex mitior* (hipótese em que a lei posterior é mais benigna, quanto à pena ou medida de segurança).

Questão em aberto, ainda, na doutrina, como se sabe, é a da *lex tertia*, isto é, aquela lei posterior que contém, a um só tempo, tanto preceitos mais severos quanto mais benignos, com relação a diploma legal anterior.

Diante desse *hibridismo* resultam posições que admitem ao juiz aplicar parte da lei anterior e parte da lei posterior, nos pontos benignos (Basileu Garcia, Frederico Marques e Celso Delmanto, por exemplo), e outros que, obviamente, não o admitem (Nelson Hungria, cite-se, por tão expressivo).

Já quanto aos denominados princípios de direito penal internacional, têm-se, entre outros, o da territorialidade, o da personalidade (ou da nacionalidade), o da defesa (ou real) e o da justiça universal (ou da universalidade).

5. O Direito Internacional e os princípios gerais de direito

De plano, esclareça-se que a expressão direito internacional, que se está considerando, é no sentido clássico. Isto é, aquele direito internacional que, de um modo mais geral, costuma-se dividir em direito internacional público e direito internacional privado, cuidando (em apertada síntese) um das relações dos Estados entre si e o outro das relações entre particulares na escala internacional (ou da aplicação da lei no espaço).

A ressalva parece importante, posto que hoje se tem a realidade tanto de um direito de integração (que se rege pelas regras básicas do direito internacional tradicional), quanto a do direito comunitário (que só pode ser tido como internacional, na medida em que afeta diversos Estados), com regência por regras e normas próprias, além de falar-se também em um direito transnacional (Jessup).

A verdade, contudo, é que também esses direitos, tanto de integração quanto comunitário, ou (ainda) transnacional, não dispensam (ou melhor, não podem dispensar) os princípios gerais de direito na sua própria realização.

Com esses registros, recorde-se que os princípios gerais de direito são, efetivamente, fontes de direito internacional e não só uma via de suprimento (ou suplemento) para colmatar espaço vazio no campo normativo, equivale dizer para preencher as chamadas lacunas de direito (melhor dir-se-ia da lei).

De modo significativo, como já observado, dispõe o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (também conhecida como a Corte Internacional de Haia), em seu art. 38 – 1, c: “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas”.

Observe-se, com apoio em J.F. Rezek (1998), com referência a *princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas*, que

“há alguma evidência de que os redatores do texto, em 1920, pensavam indicar com essa expressão os princípios gerais *aceitos por todas as nações* ‘in foro domestico’, *tais como certos princípios de processo, o princípio da boafé, e o princípio das ‘res judicata’* – na conformidade do depoimento de Phillimore.

Quanto aos princípios gerais propriamente ditos, têm-se os de domínio comum às ordens jurídicas internas (de cada Estado, evidentemente) e ao direito internacional, é dizer-se aqueles que são do direito das gentes, mais particularmente.

Dos primeiros, por meros exemplos, destacam-se o do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), o da *lex posterior derogat priori* (a lei posterior derroga a anterior), *nemo plus transferre potest quam ipse habet* (ninguém pode transmitir mais direito do que tem), que, por vezes, aparece também sob a forma *nemo plus juris ad alium potest, quam ipse haberet*, que é praticamente a mesma coisa; isto é, ninguém pode transmitir a outrem mais direito do que ele tivesse. Aliás, essa é a fórmula empregada por Ulpiano (Livro 54 do Digesto. *De regulis iuris* – Das regras do direito).

Entre os princípios gerais de direito internacional, merecem citação o do *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (os tratados não beneficiam terceiros, vale dizer, os que dele não participam), o da não agressão, o da solução pacífica dos litígios entre Estados, o da autodeterminação dos povos, o da coexistência pacífica, o do desarmamento, o da proibição da propaganda de guerra, o do dever de prestação de socorro e assistência aos feridos, enfermos e naufragos, sem distinção de nacionalidade, pelos navios-hospitais ou hospitalares.

Muitos desses princípios têm sido positivados em diferentes ordenamentos e sistemas jurídicos, constando inclusive da Constituição de diversos Estados.

A propósito, o professor Afonso Arinos de Mello Franco (1958) divisa a realidade contemporânea, do que designa internacionalização do direito constitucional, de um

lado, e, de outro, a constitucionalização do direito internacional.

A rigor, desde o que a História do Direito conhece por constitucionalismo (séculos XVIII e XIX) já se podia observar esse fenômeno da internacionalização, só que por outras motivações.

Nos Estados Unidos e na França, para citarem-se dois significativos exemplos, foram razões de ordem interna (os Estados Unidos, interessados na paz com a Inglaterra, e a França, envolvida em uma espécie de guerra européia) que os levaram a trazer, para seus sistemas constitucionais, normas do *Direito das gentes*.

Posteriormente, o que se verifica é o contrário, posto que não se trata mais – como problema maior – de consolidar a ordem jurídica interna dos Estados e sim colaborar e participar da organização jurídica interna dos Estados; e sim, efetivamente, colaborar e participar da organização jurídica internacional, objetivando, natural e principalmente, uma estrutura estável.

Foi dentro dessa ótica que mestre Afonso Arinos sintetizou que, na primeira fase (séculos XVIII e XIX), a tendência era trazer para o Direito Internacional princípios e normas do Direito Constitucional; já no mundo do século XX, teve-se a criação de órgãos permanentes, que (muito embora não sendo superestados) imitam na estrutura e no funcionamento as constituições estatais, gerando a constitucionalização do Direito Internacional. Fala-se, hoje, mesmo até em um Direito Constitucional Internacional (Mirkin-Guetzévitch tem até, lembre-se por mera ilustração, um trabalho com o título *Droit Constitutionnel International*).

A Constituição brasileira, em seu art. 4º com seu parágrafo único, consagra dez princípios de regência das relações internacionais da República Federativa do Brasil.

Em outras palavras, a Carta de 1988, ao cuidar dessas relações, incluiu-as no Título I, o que trata precisamente dos Princípios Fundamentais, pelos quais se deve reger o país.

José Afonso da Silva, em seu *Curso de direito constitucional positivo*, assinala que o notável constitucionalista português Jorge Miranda ressalta “a *função condenadora* dos princípios fundamentais, bem como sua ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis ou diferentemente capazes de conformarem as relações político-constitucionais aditando, ainda que *a ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema*.”

Mas, adverte José Afonso da Silva que se impõem distinções (e aqui apóia-se em dois outros juristas portugueses, a saber, Gomes Canotilho e Vital Moreira), posto, da ótica desses autores (também visão da qual, naturalmente, comunga), as normas que integram os princípios fundamentais terem relevância jurídica diversa (e nesse passo recorda o conceito de *normas-síntese* ou de *normas-matriz*, expressões concebidas pelos juristas lusos em destaque), passando pelas normas ditas programáticas e aquelas outras que contêm definições precisas, e não simplesmente programas ou intenções. Ao contrário, comandos *tout court*.

Nessas últimas, o professor de direito constitucional da Universidade de São Paulo inclui as normas contidas no citado art. 4º da Lei Fundamental, posto que definidoras do comportamento da República Federativa do Brasil, como pessoa jurídica de direito internacional.

São esses os princípios que a Lei Maior fez inserir no mencionado art. 4º: independência nacional, prevalência dos direitos humanos, auto-determinação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político.

Ademais, considerando a inserção na escala da América Latina, a Lei das Leis de 1988 é expressa: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica,

política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual do direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. Atualizada por Achiles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales de derecho*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1971.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Curso de direito constitucional*. I: teoria geral. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elsen. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1973.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Da interpretação e da aplicação das leis trabalhistas*. 2. ed. São Paulo: Buschastky, 1974.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, São Paulo: Ltr, 2001.

PLÁ RODRIGUEZ. *Los principios de derecho del trabajo*. Montevideo: Biblioteca de Derecho Laboral, 1975.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anotada e atual. por Ovídio Bocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 1998.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Princípios gerais de direito. *Direito & Justiça. Correio Braziliense*, 24 abr. 2001.

O direito do trabalho e os princípios gerais do direito. *Direito & Justiça. Correio Braziliense*, 14 maio 2001.

_____. O direito tributário e os princípios gerais do direito. *Direito & Justiça. Correio Braziliense*, 21 maio 2001.

_____. O direito instrumental penal e os princípios gerais do direito. *Direito & Justiça. Correio Braziliense*, 28 maio 2001.

_____. O direito internacional e os princípios gerais do direito. *Direito & Justiça. Correio Braziliense*, 4 jun. 2001.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

Controle de inconstitucionalidade por omissão em Portugal

Agassiz Almeida Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Supremacia da constituição. 3. Validade constitucional e conformação da ordem jurídica. 4. Controle de constitucionalidade e garantia constitucional. 5. Antecedentes políticos do controle de inconstitucionalidade por omissão. 5.1. Elementos básicos do constitucionalismo liberal. 5.2. O garantismo do Estado Social e Democrático de Direito. 6. O surgimento das normas constitucionais de eficácia mediata. 7. Conceito e objeto do controle de inconstitucionalidade por omissão. 7.1. Obrigação constitucional de legislar. 7.2. Tipologia normativa e inconstitucionalidade por omissão. 7.3. Princípios constitucionais e omissões legislativas. 8. Aplicação prática do controle de inconstitucionalidade por omissão. 8.1. Competência para declarar a inconstitucionalidade por omissão. 8.2. Titularidade ativa e inconstitucionalidade por omissão. 9. Para um controle de inconstitucionalidade por omissão efetivo. 10. Conclusões.

1. Introdução

A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 283 da Constituição portuguesa em vigor, exerce um papel teórico de acentuada importância na sistemática jurídico-política contemporânea. Funciona como um instrumento para a realização das normas constitucionais carentes de eficácia imediata. Por meio de sua atuação, que procura afastar as omissões legislativas caracterizadamente relevantes, gran-

Agassiz Almeida Filho é Advogado, Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra, Investigador na área de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Coimbra e Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca.

de parte dos direitos sociais poderia ser objeto de uma garantia mais efetiva, apesar das dificuldades teóricas, sobretudo relacionadas com o princípio da separação dos poderes, que impedem a devida utilização do instituto.

A apresentação do modelo português de controle de inconstitucionalidade por omissão ao público jurídico brasileiro traz consigo as vantagens de uma análise jurídica politicamente desvinculada. É fácil compreendê-lo. O fato é que a ausência de um comportamento jurisdicional capaz de implementar sua aplicação no Brasil, problema que também se verifica na ordem jurídica portuguesa, não deve ser atribuído a questões de cultura política ou de mero conservadorismo institucional. Saber que as mesmas dificuldades teóricas ocorrem tanto no Brasil como em Portugal, fonte de inspiração do constituinte de 88 no que tange à recepção dessa forma de controle de constitucionalidade, faz com que se note que as amarras que impedem seu pleno desenvolvimento prático são de natureza metodológica. Isso demonstra a necessidade de alterar parte dos quadros teóricos relacionados com a dinâmica do controle de inconstitucionalidade por omissão. Daí a feitura do presente artigo.

2. Supremacia da constituição

Como é de sobra conhecido, o controle de constitucionalidade nasceu para manter a ordem jurídica em harmonia com o conteúdo da constituição, assumindo como pano de fundo o princípio da supremacia do texto constitucional, cuja racionalidade não admite, num ordenamento jurídico encimado pela lei fundamental, a consubstanciação de figuras normativas ou atos administrativos que sejam opostos ao que preconiza a normatividade constitucional. Por isso, é correto dizer que os mecanismos de controle de constitucionalidade apareceram com a finalidade de assegurar o cumprimento da constituição perante as demais

categorias conformadoras de conduta que integram o sistema jurídico. Deve-se ter em conta que a exata compreensão da teleologia presente na garantia da constitucionalidade é determinante no momento de obter uma adequada avaliação acerca dos instrumentos jurídicos criados para o combate das omissões legislativas inconstitucionais.

A velha idéia de rigidez da constituição, elaborada para manter estáveis as conquistas políticas alcançadas com o advento do constitucionalismo liberal, é um elemento conceitual que não deve ser desprezado no instante de traçar os lineamentos gerais do controle de constitucionalidade, já que a classificação que diferencia as constituições em diplomas rígidos e flexíveis também encontra fundamento no princípio da supremacia das normas constitucionais¹. Também a idéia de rigidez da constituição tem como finalidade a garantia dos padrões normativos impostos pela constitucionalidade. A importância da classificação em sede de controle de constitucionalidade ainda pode ser observada em virtude da valorização do conteúdo material inerente ao conceito de constituição flexível. Apesar de a perspectiva formal da constituição ser responsável por seu posicionamento no cume do sistema jurídico, é seu valor material que figura como núcleo fundante do princípio da supremacia da constituição, configurando-se como um importante aspecto a ser considerado pelo estudo da inconstitucionalidade por omissão.

Foi partindo do princípio da supremacia da constituição, construído para limitar a atuação do Estado por meio da incidência normativa de um estatuto jurídico racional, que o constitucionalismo norte-americano desenvolveu as bases históricas do sistema da revisão judicial, já esboçadas pelos ingleses, nos primeiros momentos do século XVII. A partir do conceito de supremacia constitucional, despontaram as formas contemporâneas de controle jurisdicional de constitucionalidade, entre as quais também se fez incluir, mais recentemente, a fiscali-

zação das omissões legislativas constitucionalmente relevantes. Neste último caso, a omissão deve ser equiparada à ação legislativa, que produz uma norma cuja validade depende de sua adequação com a constituição. Quer dizer, assim como a ação legislativa, também a omissão deve estar conforme o texto constitucional, implicitamente autorizada por suas disposições. Esses são os marcos entre os quais reside a liberdade do legislador. De outro modo, o comportamento omissivo deve ser refutado pelos mecanismos de fiscalização da constitucionalidade. É o princípio da supremacia da constituição que transforma, em alguns casos, a mera faculdade que a instância legiferante adota no sentido de não legislar numa omissão inconstitucional que precisa ser afastada do ordenamento jurídico.

3. Validade constitucional e conformação da ordem jurídica

O conteúdo da constituição, composto por regras e princípios, determina os padrões de validade adotados pelo sistema jurídico. A lei vai buscar fundamentação axiológica naquilo que é determinado pelas disposições constitucionais. Assim, a validade pode ser entendida, no contexto de uma conceituação técnico-jurídica, como a força obrigatória de que as leis são possuidoras perante as instâncias de decisão e as pessoas que estão submetidas à obrigatoriedade de sua observância (MAYER, 1937, p. 128). A constituição é o modo legítimo por intermédio do qual a ordem jurídica alcança essa fundamentação imperativa. Na vigência do Estado Social de Direito, por exemplo, a obrigatoriedade da lei precisa emanar de um núcleo material compatível com a finalidade de realização social do modelo de Estado intervencionista. Nessa órbita estão os princípios realizadores da ideologia que preconiza um governo de fomento, momento em que a idéia de bem-estar social procura encontrar-se com os padrões de uma justiça também socialmente fundada.

O sistema de normas jurídicas precisa ir ao encontro dos valores carreados pela idéia de justiça, na qual se inserem as instâncias últimas de realização do Direito. É importante dizer que esse conceito de justiça é variável, oscilando conforme as matizações culturais pertencentes a cada grupo comunitário particular ou conforme as tendências gerais apresentadas pela evolução político-axiológica. As leis que não se proponham a buscá-lo, deixando de conceber uma pretensão intrínseca de correção, de conformidade com o justo, não podem ser consideradas como integrantes de um sistema jurídico materialmente justificado. Isso porque são inteiramente desprovidas de validade jurídica (ALEXY, 1994, p. 93). E seu conteúdo axiológico-material deve ser extraído da constituição, uma vez que, desde uma perspectiva dogmática, as normas jurídicas ganham corpo a partir das pautas de legitimação fundadas pelas disposições constitucionais. É daí que os instrumentos de controle de constitucionalidade extraem sua importância, uma vez que são parte indispensável do processo de formação da validade experimentada pela ordem jurídica como um todo.

4. Controle de constitucionalidade e garantia constitucional

O controle de constitucionalidade deve ser exercitado com o escopo de patrocinar a garantia da constituição, representando uma perspectiva finalista que se identifica com o primado da efetividade normativa da constituição. Sua potencial consequência sancionatória é resultado da incidência da constituição sobre as esferas legais de descumprimento. Quando assume esse caráter geral de garantia, o controle de constitucionalidade guarda uma perspectiva preponderantemente pragmática, ligada à busca de conformação que deve presidir o relacionamento entre a ordem jurídica e o disposto na constituição. A tendência que impulsiona o controle de constitucionalidade para a

mencionada esfera garantística se identifica com um discurso constitucional dotado de certa especificidade², que aponta para a escolha de um conceito de constituição voltado para o implemento de uma mais extensa proteção normativo-constitucional.

O garantismo constitucional pode ser concebido como fruto da dialética presente nos fatos culturais, sociais e políticos. Seu advento, marcado pela elaboração da teoria do poder constituinte e pela idéia de rigidez constitucional, marcou os primeiros momentos do constitucionalismo clássico (VEGA, 1998, p. 43). Contudo, a fisionomia geral do garantismo implementado pela constituição sofreu grandes alterações em sua estrutura inicial. Passou de um sistema jurídico teoricamente protetivo, fundado numa realidade normativa de índole procedimental, para um contexto em que o universo social exigia a concretização de garantias jurídico-políticas efetivas. As garantias constitucionais assumiram um papel mais atuante na sociedade, resguardando a coletividade como um todo historicamente definido e deixando de funcionar como sistema exclusivo de proteção dos interesses da burguesia. À medida que a constituição foi construindo o arcabouço de um Estado cada vez mais intervencionista, a falta de concretização legislativa das normas que estabeleciam os direitos sociais transformou-se na principal causa de inefetividade constitucional. Não resta dúvida de que o controle de inconstitucionalidade por omissão nasceu com a finalidade principal de implementar o garantismo constitucional relacionado com tais supostos normativos.

5. Antecedentes políticos do controle de inconstitucionalidade por omissão

O processo de controle de constitucionalidade surgiu para dotar a constituição de um sistema de garantias suficientemente capaz de resguardar seu conteúdo normativo, adotando este uma validade geral e sujeitando a ordem jurídica aos critérios de

justificação adotados pelo discurso constitucional. A evolução do Direito Constitucional, principalmente dos institutos jurídicos de cariz instrumental, entre os quais figura o controle de inconstitucionalidade por omissão, é resultado de tensões, reversões estruturais e contradições orgânicas presentes em múltiplas realidades sócio-políticas. Não deixando de ter em conta o marco da proteção dos direitos sociais, a compreensão do sistema de controle das omissões legislativas inconstitucionais passa por uma análise, ainda que superficial, acerca dos acontecimentos sócio-políticos que se desenvolveram sobre as conquistas do movimento iluminista. Daí a necessária menção ao pensamento liberal e ao seu revés subsequente, o intervencionismo de Estado.

5.1. Elementos básicos do constitucionalismo liberal

A ordem jurídico-constitucional repousa sobre cânones normativos que delimitam as estruturas fundamentais da sociedade e do Estado. É composta por postulados que gozam de validade própria, extraída da legitimidade inerente aos supostos do poder constituinte originário. Tais postulados representam o substrato das principais decisões assumidas pela constituição. Por isso, é válido asseverar que seu conteúdo determina os matizes básicos da ordem jurídica geral.

A constituição, tal como é concebida desde o advento do constitucionalismo moderno, é um diploma jurídico-político conformador, por meio do qual pode ser consagrada uma ideologia específica, historicamente preponderante. Sua essência apregoa a consagração genérica de um efetivo sistema de valores e garantias políticas. No contexto liberal, essas garantias foram exteriorizadas juntamente com um conjunto de medidas orgânicas que inaugurou o processo de limitação racional do poder político. As garantias estabelecidas pelo advento do constitucionalismo eram erigidas sob a forma de liberdades gerais e abstratas, com forte am-

paro procedimental, que guardavam consigo, como uma de suas principais finalidades, o propósito de viabilizar o exercício da atividade econômica. Constituíam, assim, um aglomerado normativo de liberdades do indivíduo burguês, cujo cerne legitimador queria assegurar a primazia efetiva do pensamento individualista.

A integração que se deu entre a limitação constitucional do poder e a observância dos direitos individuais redundou na definitiva consubstanciação do Estado de Direito. A partir de então, os regimes políticos de compleição liberal deram seus primeiros passos, preparando o aparecimento de um modelo de Estado condizente com suas matrizes ideológicas. O conteúdo e a natureza dos direitos perfilhados em tal momento, portanto, agora componentes da esfera abarcada pela proteção constitucional, variavam conforme as novas disposições políticas em vigor. Ganhavam forma em harmonia com necessidades, valores e decisões políticas de circunstância, fundados pelas imposições cambiantes dos ciclos históricos. Isso quer dizer que as garantias políticas liberais não podem ser compreendidas sem uma obrigada conexão com os caracteres históricos que marcaram o liberalismo.

Durante a consolidação do Estado Liberal, foram objeto de salvaguarda jurídico-política, de uma forma geral, valores que procuravam assegurar a autonomia da vontade, o direito à propriedade, a liberdade econômica e a ampla segurança dos indivíduos. Estavam firmados, dessa forma, os limites do restrito universo abrangido pelos direitos fundamentais de primeira geração. No que se refere aos contornos jurídicos que passaram a conformar o exercício do poder, eram visíveis os marcos fundados pelo constitucionalismo revolucionário: o primado da separação dos poderes, a idéia de que todo o poder reside na Nação, a dissociação absoluta entre Estado e sociedade, a feitura, finalmente, das célebres declarações de direitos setecentistas, fórmulas garantísticas sob a égide das quais a ordem jurídica en-

contrava uma conformação consonante com a retórica iluminista.

Tais eventos políticos, aliados às múltiplas tendências doutrinárias que eclodiram no período, ofereceram uma importante contribuição para o desenvolvimento do sistema político liberal. Isso porque eram inteiramente voltados para a concretização de uma finalidade comum: o pleno desenvolvimento do indivíduo, enquanto sujeito de prerrogativas e garantias publicizadas pelo ideário constitucional. Seu problema estava, entretanto, na extensão e qualidade do conceito de indivíduo, estruturalmente afastado da noção de pessoa humana adotada, nos dias de hoje, pela generalidade das constituições ocidentais.

A proteção dos direitos específicos e próprios ao liberalismo retratava a prevalência dos interesses políticos advogados pela burguesia, que procurava tomar assento no cume de uma sociedade de classes acentuatadamente estratificada. Uma radical reformulação das estruturas sociais impunha-se como evento praticamente inevitável. Desde então, com a definitiva prevalência da ideologia individualista, teve início a superação da tradicional sociedade de condições, calcada no antigo sistema de privilégios estamentais, pelo apontado modelo da sociedade de classes (DIAZ, 1972, p. 29). Essa nova roupagem da organização social foi rapidamente implementada, sendo concebida sob a influência dos estrangulamentos sociais causados pelos acontecimentos econômicos que vigoravam no universo liberal.

Naturalmente, o Estado assumia a fisionomia ditada pelos grupos sociais que detinham o poder político. Sob a forma de vinculação aos ditames constitucionais, recepcionava a ideologia produzida com o escopo de resguardar os primeiros passos da economia de mercado. Em certos aspectos, o Estado assumiu uma natureza instrumental. Por meio da estruturação liberal, a burguesia pretendia consolidar conquistas políticas indispensáveis para o estabelecimen-

to de sua hegemonia social, política e econômica: a) o fim da imprevisibilidade jurídica que identificava o Estado de Polícia, contendo o arbítrio ilimitado do príncipe esclarecido; b) a reformulação da estrutura (quase) estamental da sociedade, que impedia o acesso das classes sociais mais abastadas às esferas do poder político.

Por isso, é correto asseverar que a burguesia abraçava a causa liberal como forma de atingir objetivos políticos específicos. Seu discurso era composto por elementos ideológicos de visível fisionomia retórico-argumentativa. A construção do liberalismo político não significava a eleição pura e simples de uma nova racionalidade de Estado, mas o fortalecimento de uma bandeira política capaz de operar as pretendidas mudanças no contexto geral da sociedade. Era lutando pela preservação de tais reformulações, presentes nos direitos fundamentais enraizados com o advento do Estado de Direito, que a burguesia beneficiada defendia as várias formas de exteriorização do credo liberal (NOVAIS, 1987, p. 68).

A legitimação desse discurso encontrava recepção social na medida em que defendia a superação das estruturas sócio-políticas que caracterizavam o Antigo Regime. Havendo sido o berço do constitucionalismo, a doutrina liberal era entendida como a formulação que deu origem ao processo de limitação do poder político e de garantia dos direitos individuais. Confundia-se com a consagração das liberdades políticas. Desse modo, sendo visto como a personificação desses novos direitos, o liberalismo obtinha a aceitação de que necessitava para justificar o modelo capitalista em formação, além de conseguir estabelecer uma pauta de domínio político inspirada na ideologia burguesa.

A ética liberal ganhava forma com o princípio da mínima intervenção do Estado na sociedade. Ao corpo social, portanto, era reservado um campo de atuação de nítida e acentuada prevalência, que se contrapunha ao universo abarcado pela influência esta-

tal. À política, por exemplo, não era permitido interferir na realidade econômica³. Daí a idéia de que a sociedade podia caminhar impulsionada, tão-somente, pela tendência que os indivíduos possuem de buscar o fomento de seu próprio bem-estar pessoal. De acordo com o individualismo metodológico, o homem atua na vida econômica com o intento de auferir a maior parcela possível de benefícios pessoais, empregando, para tanto, o máximo de sua capacidade empreendedora. Agindo assim, contribui para o aprimoramento da esfera social, haja vista a robusta conjugação – muitas vezes de alcance coletivo – dos esforços mobilizados para o alcance de seu desenvolvimento individual.

Como se sabe, os pressupostos ideológicos da doutrina liberal deram causa a graves repercussões na vida da sociedade. Não tardou para que o princípio da liberdade formal, que conduzia a uma igualdade também formal, provasse sua ineficiência no que tange à acomodação dos interesses sociais em conflito. Com fulcro no princípio da liberdade individual, o ritmo ditado pela economia de mercado determinava a feição substancial das relações de produção. Por meio do controle exercitado sobre o mercado, o capitalismo influenciava a fisionomia geral assumida pelo ordenamento jurídico. Ademais, a burguesia convertia a liberdade de que dispunha em monopólio econômico e exploração no âmbito das relações de trabalho. O fundamento de que a livre concorrência podia conduzir à igualdade e à satisfação dos interesses sociais não demorou a demonstrar que estava equivocado. E o preço de tal equívoco pagaram os contingentes urbanos ligados à realidade proletária, sem liberdade e sem igualdade, inseridos num universo constitucional sujeito aos atropelos que envolviam, no século XIX, o lento processo de amadurecimento do princípio democrático.

O capitalismo e a democracia liberal, ambos oriundos do individualismo filosófico de origem renascentista, encontraram,

em meados do século XIX, forte oposição ao discurso sobre o qual assentavam suas bases. As deformidades sociais geradas pela ascendência do primado da liberdade econômica atingiram níveis convivencialmente insuportáveis, fazendo despontar focos organizados de inconformismo social. Nesse contexto, os problemas sociais deixaram de ser meros atropelos de conjuntura, passando à condição de estrangulamentos estruturais que submetiam a realidade social a um constante estado de convulsão e instabilidade.

A insustentável complexidade da deturpação econômica logo atingiu os alicerces do cenário político. A noção liberal de indivíduo não era suficiente para abranger as amplas dimensões do conceito de pessoa humana. Paris incendiou-se. Suas ruas padeceram com “o clarão sangrento de 1848” (MONCADA, 1963, p. 88). A realidade francesa, de modo ilustrativo, demonstrava que o liberalismo precisava de certos ajustamentos em sua doutrina. E esses ajustamentos vieram, marcando com uma chancela estatal mais intervencionista os momentos que antecederam o aparecimento do Estado Social e Democrático de Direito. É evidente que não se pode dizer que o surgimento do Estado Social foi motivado pela simples incidência de um fenômeno monocausal. A existência de falhas de mercado responsáveis pela instalação de estrangulamentos sociais é apenas uma das facetas de um processo político muito mais complexo. Sua culminação, substituindo o exclusivismo político das classes burguesas, terminaria com a assimilação gradual de um princípio democrático material.

5.2. O garantismo do Estado Social e Democrático de Direito

Seguindo a esteira evolutiva estendida pelas imposições da sociedade liberal, o Estado Social nasceu com raízes plantadas sobre um objeto garantístico concreto, alicerçando-se sobre o ideário do intervencionismo estatal. Suas preocupações têm o nú-

cleo voltado para o implemento de medidas e providências de fomento público, o que faz com que o Estado passe a intensificar as chamadas políticas públicas. Os postulados que exalta são extraídos de uma realidade descortinada a partir do incremento da ingerência pública na esfera antes reservada à autonomia (praticamente) ilimitada dos indivíduos. É por intermédio do esforço estatal que as chamadas reformas sociais começam a ser objeto de uma lenta e gradativa concretização.

Na sociedade, a interferência das ações de governo vai ganhando corpo de forma cada vez mais acentuada. Em seus primeiros momentos, assume uma função essencialmente fiscalizadora, velando pelo funcionamento ordenado da economia de mercado e da concorrência, o que constitui uma reação consonante com as necessidades sociais que irromperam a partir das primeiras décadas do século XIX. A intervenção estatal é reflexo de um contexto social que desejava ver abandonada a ideologia desenvolvida pelo liberalismo.

O surgimento de uma regulamentação incidente sobre o mercado não impediu, entretanto, que a economia avançasse de um período concorrencial para uma fase monopolista (PRATA, 1982, p. 37). Quer dizer, a intervenção do Estado não foi capaz de conter as deturpações econômicas causadas pelo liberalismo. Era preciso mais, uma ingerência estatal a ser adotada em relação às esferas metaeconômicas da sociedade. Por isso, ficou reservada ao Estado a função de atuar, diretamente, no sentido de concretizar os chamados direitos sociais, assim denominados com o fim de refutar as fórmulas jurídicas do anterior ideário de cunho individualista.

O intervencionismo do Estado não ficou atento apenas às influências geradas pela fenomenologia econômica. Afirmá-lo seria assumir uma postura irrefreavelmente redutora, em muitos pontos equivocada. A intervenção propugnada pelo Estado Social é um fenômeno complexo, cuja dinâmica englo-

ba a sociedade como estrutura orgânica e multifacetada. Assume um caráter de proteção social geral. É por isso que pode dizer-se que a gênese do Estado Social, apesar de não se fundar apenas no protecionismo social, como já foi esclarecido mais acima, encontra seu principal ponto de partida na inconformidade gerada pelos inúmeros abusos da sociedade industrial.

Por outro lado, a construção do Estado Social constitui uma tentativa de conter os movimentos políticos – criação de partidos comunistas, surgimento do sindicalismo, fundação das internacionais socialistas – que vieram à superfície durante a dominação imposta pelos valores liberais. A atividade política de esquerda, que, desde então, brotava pela Europa, por vezes se utilizava de discursos de fundo revolucionário para apregoar a mudança da realidade vigente. Atentava, em certa medida, contra a estabilidade necessária ao processo de produção e exploração capitalistas. É evidente que os movimentos em questão não foram os principais determinantes da superação do liberalismo, mas funcionaram como importante causa acessória, agravando a instabilidade social e contribuindo para a superação do arquétipo estatal absentéista.

Uma das motivações mais relevantes para o surgimento de um novo modelo estatal encontrava-se encaixada na consciência do proprietário burguês. Residia na simples aceitação, por parte dos principais segmentos da classe dos proprietários, das mudanças políticas que se faziam necessárias, cuja iminência transparecia por meio do latente inconformismo de muitos setores da sociedade. A concepção de um Estado mais atuante, intervencionista e regulador, foi sendo lentamente admitida pela burguesia (MONCADA, 1963, p. 91). As limitações normativas impostas pelo governo, que era formado pelas classes sociais mais abastadas, terminavam por assegurar a continuação do enriquecimento dos grupos sociais que detinham os meios de produção. Todos esses fatores contribuíram para que a sociedade

liberal, mesmo entre os segmentos mais conservadores, caminhasse – ou se deixasse conduzir – na direção do incipiente Estado Social.

Os antecedentes do intervencionismo apregoado pelo Estado Social são extremamente diversificados, como se pode facilmente observar. São plantados por meio a) da crise social causada pela radicalização dos supostos teóricos do liberalismo, b) do surgimento dos primeiros movimentos políticos de esquerda, c) da aceitação burguesa no que dizia respeito às mudanças exigidas pelo equilíbrio social e, finalmente, d) da difusão do princípio democrático material. Quanto a isso, não resta qualquer dúvida, como também não restam dúvidas em relação ao importante papel desempenhado pela doutrina liberal no que se refere ao soterramento das instituições absolutistas. Tais precedentes impor-se-ão em definitivo, todavia, durante as primeiras décadas do século passado, notadamente a partir das conseqüências advindas dos períodos de beligerância mundial. Coube ao Estado, desde então, a assunção de um papel de soerguimento das infra-estruturas necessárias ao desenvolvimento dos povos. Não fosse apenas isso, as conquistas liberais referentes ao estabelecimento de direitos de caráter fundamental precisavam ser perpetuadas, agora com um caráter mais vasto e calcadas em um princípio material de igualdade

O garantismo político resta, então, muito mais acentuado. Sua personificação engloba um extenso plexo de direitos, muitos deles alçados à condição de direitos fundamentais. E é esse o aspecto que mais releva no que tange à concretização do garantismo político: à criação liberal de um sistema de direitos fundamentais – apesar de suas limitações – vai suceder uma estrutura normativa que busca sua ampliação, fundada sobre critérios eficazes revestidos de efetividade. Nessa altura, surge uma teoria do Estado Social, com um sentido garantístico próprio, mais extenso e materialmente vinculado, não obstante conservar ainda ele-

mentos do discurso liberal. O Estado não deixa de assegurar a proteção que anteriormente era concedida ao sistema de direitos fundamentais, na medida em que dá continuidade ao princípio do Estado de Direito, mas o faz de uma forma dessemelhante. De um modo mais abrangente, trata das liberdades concretas, ao contrário das liberdades abstratas tão acentuadamente proclamadas com o credo liberal (ANDRADE, 1987, p. 67).

A perspectiva inaugurada por um sistema de garantias fundado sobre postulados teóricos concretos conduz o Estado por um caminho tão tortuoso quanto desconhecido: a problemática social em sua manifestação praxeológica. É para assegurar a proteção dessa realidade, de caracteres ditados pela mutabilidade própria aos fenômenos sociais, que ganham forma os chamados direitos sociais. Assim tem início a marcha até o Estado Social e Democrático de Direito.

6. O surgimento das normas constitucionais de eficácia mediata

A realização dos fins abraçados pelo Estado Social pressupunha a concretização de providências públicas de incentivo e fomento. As situações de crise social exigiam uma pronta atuação do ente estatal no sentido de assegurar o cumprimento de direitos coletivamente compreendidos. Com isso, o indivíduo – formalmente considerado – deixava de representar o fim único do garantismo constitucional. Passava a integrar, juntamente com a sociedade e o Estado, o centro da incidência normativo-constitucional. O conteúdo das medidas intervencionistas, volvido para a harmonização da realidade pós-liberal, passou a gozar de uma perspectiva também voltada para a realização de interesses coletivos. A ingerência do Estado assumia, ademais, uma função inovadora, velando pela proteção de direitos sociais, culturais e econômicos.

O indivíduo-pessoa, agora visto enquanto entidade integrada à sociedade, impu-

nha-se como principal elemento a ser tutelado pela ordem jurídica. À diferença do período anterior, o Estado Social adotava uma visão segundo a qual o indivíduo não podia existir sem a ligação que o situava no mundo convivencial da sociedade. Novas esferas de salvaguarda constitucional surgiam para refutar, em definitivo, o paradigma liberal oitocentista. Buscavam a valorização do indivíduo como criatura humana. Desse modo, os direitos nascidos com o ocaso do individualismo apresentavam peculiaridades próprias, com finalidade e objeto específicos. Assumiam uma mais concreta perspectiva de garantismo político. Por isso, eram fundamentalmente dessemelhantes do modelo jurídico anterior, notadamente em relação à extensão e concreção dos direitos fundamentais. Seu fundo valorativo consagra a igualdade material e a aproximação entre o Estado e a sociedade.

Entre todas as disparidades que se verificavam entre tais paradigmas, vale ressaltar uma característica que marcou profundamente o advento do Estado Social: sua proximidade com a realidade societária. Estando mais perto da sociedade, o organismo estatal se estruturava com a finalidade de acomodar as situações de crise que caracterizam a natural dialética do relacionamento intersubjetivo. Não mais reinava a separação absoluta entre a esfera de atuação pública e os interesses privados. O efetivo bem-estar do indivíduo passava a fazer parte dos objetivos primeiros do Estado.

A constituição liberal possuía uma tipologia hermética e totalizante, artificialmente otimizada, englobando todas as potenciais situações geradas pelo mundo fenomênico, uma vez que era amparada pelas justificações apresentadas pelo positivismo jurídico. Seu artificialismo normativista desconsiderava as múltiplas vicissitudes que marcavam a vida em sociedade, mormente aquelas estabelecidas no seio das relações de produção. Terminava por desamparar certos grupos sociais, cujos interesses não figuravam nas construções legis-

lativas de então. A ideologia burguesa preponderava sobre os demais estamentos axiológicos do mundo social. Afinal, o ordenamento jurídico era fruto de uma representatividade legislativa homogeneamente burguesa, ideologicamente vinculada, pouco a pouco construída por meio do uso reiterado das técnicas censitárias de sufrágio eleitoral. Vigorava uma legitimidade democrática meramente formal.

Para atingir os objetivos que justificavam sua existência, o Estado Social precisava consagrar modelos normativos diferentes, capazes de acompanhar e fazer acomodar a complexidade da vida social em torno de um modelo garantístico de fundo material; precisava alterar o próprio conceito de constituição, antes fundado sobre uma juridicidade de caráter formalista. Para tanto, preparou o surgimento de um modelo aberto de constituição⁴, cujo conteúdo axiológico era capaz de adaptar-se às exigências intersubjetivas de uma sociedade em crise. Seu surgimento trouxe consigo categorias normativas de eficácia mediata⁵, compatíveis com os objetivos garantísticos do novo discurso constitucional.

Além das normas programáticas, as normas constitucionais de eficácia mediata englobam preceitos que, não trazendo consigo uma perspectiva de realização propriamente programática, não são, ainda assim, diretamente aplicáveis. São as normas constitucionais de eficácia diferida (BONAVIDES, 1986, p. 215). O escopo de ambas (normas programáticas e normas de eficácia diferida) reside na delimitação de finalidades e objetivos a serem efetivamente cumpridos por meio da atuação dos órgãos de concretização constitucional, entre os quais o legislador ocupa um lugar de clara proeminência. São instrumentos normativos que integram um sistema jurídico composto por princípios e diretrizes capazes de dinamizar a constituição (PEREZ, 1998, p. 185). As primeiras possuem um sentido de constante realização, atuando para a concretização de um projeto constitucional específico; as se-

gundas, por sua vez, dependem de uma adequada regulamentação para que possam surtir plenos efeitos na ordem jurídica. Ambas dependem da atuação do legislador, o que não impede, evidentemente, que a constituição também seja concretizada por outras instâncias legitimadas para tanto.

O Estado Social criou a programaticidade das normas constitucionais, implementando a concepção de dispositivos constitucionais carentes de eficácia imediata. Deu ensejo, pois, por meio da consagração dessa nova espécie normativa, ao surgimento de um instrumental jurídico capaz de atuar para que certas omissões legislativas não transformassem a constituição em um diploma sem efetividade, conforme ocorrera durante o liberalismo. Foi a existência de normas que dependiam da atuação legislativa para emanar seus efeitos jurídicos que justificou o nascimento do instituto do controle de inconstitucionalidade por omissão.

7. Conceito e objeto do controle de inconstitucionalidade por omissão

Com a consolidação das novas circunstâncias jurídico-políticas criadas pelo movimento constitucional weimariano, o controle de constitucionalidade passou a englobar as chamadas omissões legislativas. Além das normas produzidas em desarmonia com os dispositivos constitucionais, a ausência de certos comportamentos legiferantes, constitucionalmente necessários, foi também elevada à condição de objeto de controle de constitucionalidade. O Estado Social reclamava o surgimento de uma modalidade de fiscalização de certo modo totalizante, fundada sobre uma irradiação protetiva socialmente mais alargada. Era uma necessidade que se impunha com o fim de concretizar os objetivos garantísticos de um Estado fundamentalmente intervencionista. A extensão dessa órbita de proteção jurídica implementou um considerável progresso no que se refere à observância e cumprimento dos mandamentos da constituição.

O controle de inconstitucionalidade por omissão é o instituto por meio do qual a inércia do legislador, nos casos em que essa seja juridicamente relevante, é combatida pelos órgãos de fiscalização da constitucionalidade. Funciona como instrumento pelo qual a constituição, em certa parte composta por normas jurídicas de eficácia mediata, encontra uma realização efetiva e concreta. Sua incidência procura identificar as omissões legislativas e, conforme o caso, declarar sua inconstitucionalidade.

Dito isso, torna-se necessário delimitar o objeto dos mecanismos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Apenas assim é possível instaurar uma análise precisa e adequada sobre a fenomenologia que envolve o instituto. É certo que seu objeto coincide, em linhas gerais, com a problemática das omissões legislativas. Mas não basta falar em omissão do legislador. É indispensável estabelecer o tipo de omissão a que a Constituição portuguesa se refere, uma vez que esse conceito, base fundamental para a aplicação e compreensão dessa modalidade de controle de constitucionalidade, não se encontra expressamente previsto em suas disposições normativas.

O legislador exerce suas funções sob as imprecações da liberdade legislativa, segundo a qual a iniciativa ou a inércia para a produção da lei dependem de sua exclusiva deliberação. Ao legislador cabe decidir acerca da necessidade ou da oportunidade de legislar. Não se pode olvidar, todavia, o fato de que a constituição é composta por algumas normas que precisam da atuação legislativa para emanar a devida efetividade. Em virtude dessas normas, o legislador, mesmo naquilo que se refere à necessidade ou oportunidade para legislar, torna-se vinculado às imposições constitucionais, isto é, deve assumir uma postura legiferante ativa. Não existe, na hipótese aventada, uma completa liberdade da função legislativa, haja vista que essa deve ser exercida em consonância com aquilo que é determinado pela própria constituição, que exige, nos casos

de normas carentes de conteúdo eficaz, uma produção normativa voltada para a busca total de efetividade.

A inconstitucionalidade por omissão nasce quando o Poder Legislativo deixa de produzir as normas jurídicas exigidas para a concretização da mensagem constitucional. É por isso que a omissão normativa constitui seu objeto. Para encontrar um conceito de omissão legislativa, deve-se atentar para o que dispõe o texto da Lei Fundamental portuguesa, em seu art. 283:

“A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”.

Os limites desenhados pelo dispositivo constitucional esbarram na idéia de omissão juridicamente fundada, relevante desde o ponto de vista constitucional, cuja apuração depende da atuação fiscalizadora da Corte Constitucional. Gomes Canotilho afirma que

“o conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples ‘não fazer’, a um simples ‘conceito de negação’. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexas-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional” (1991, p. 1100).

Acentua ainda que o discurso constitucional começa a voltar-se para a proteção do que ele denomina de “normas de prog-

nose”, ganhando forma a omissão inconstitucional, agora, não em virtude da ausência de alguma previsão normativa específica, mas em virtude da “falta de adaptação ou aperfeiçoamento das leis existentes” (1998, p. 919).

7.1. Obrigação constitucional de legislar

O Tribunal Constitucional português, fazendo uso das lições de Gomes Canotilho e Vital Moreira (acórdão nº 182/ 1989), afirma, quanto à obrigação de legislar, tratar-se de um dever jurídico que a constituição impõe, em relação ao qual a omissão é juridicamente inconstitucional. Para tanto, é necessário que a norma constitucional: a) estabeleça uma ordem concreta e específica para o legislador; b) carregue consigo uma imposição permanente e concreta dirigida ao legislador; c) possua normas que, não estando adequadas em nenhuma das espécies anteriores, necessitem da atividade legislativa para se tornarem efetivas. A essas exigências deve ser acrescentado o requisito temporal. A inércia legislativa deve perdurar durante certo tempo, ao termo do qual a situação de descumprimento seja claramente desconsonante com as necessidades e imposições da constituição. Afinal, os poderes constituídos gozam de discricionariedade, por meio da qual cumprem suas funções constitucionais. É por isso que cabe ao próprio Poder Legislativo a escolha da oportunidade para legislar, levando em conta, para tal, as prioridades públicas que direcionam sua atuação. A omissão legislativa precisa estender-se por um período de tempo superior àquele que o legislador, ordinariamente, gastaria para editar a norma legal, sendo esse lapso temporal capaz de tolar a eficácia sociológica – efetividade – da norma constitucional impositiva (MODESTO, 1991, p. 222).

A inconstitucionalidade por omissão, conforme supramencionado, ocorre quando o legislador, tendo uma obrigação legiferante imposta pela constituição, deixa de implementá-la ou o faz de forma insuficien-

te. A relevância da omissão decorre exatamente de uma imposição constitucional inobservada. É possível dizer que a medida legislativa é obrigatória porque faz parte, de certo modo, da tipologia constitucional, pelo menos no que se refere à implementação de sua esfera eficaz. Sem o advento da norma legal, a disposição constitucional, nos específicos casos em que seja dotada de eficácia mediata, terminaria sendo objeto de ausência de efetividade. Não se pretende afirmar, com isso, que a legislação infraconstitucional seja parte componente da esfera normativa da constituição. Essa integração ocorre, tão-somente, no terreno da efetividade, momento em que os efeitos das disposições constitucionais atuam sobre a realidade social. Ela se dá porque o poder constituinte, geralmente na altura em que alcança o consenso sobre uma matéria de conteúdo controvertido, conta com a edição posterior de supostos legislativos capazes de concretizar essa fórmula constitucional aberta.

Versando sobre a inteligência do art. 35, nº 4, da Constituição portuguesa, o Tribunal Constitucional assumiu um posicionamento segundo o qual inexistente o dever constitucional de legislar na hipótese de o tipo constitucional conter uma previsão apenas potencial, sendo essa potencialidade referente a um regime de exceções a ser erigido pelo legislador⁶. Assim dispõe o art. 35, nº 4: “É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei”.

Segundo o Tribunal Constitucional português, quando a criação das exceções for deixada ao livre alvedrio do Poder Legislativo, sua inação no sentido de levá-las a termo é perfeitamente adequada às exigências da constitucionalidade. Nesse caso, não há obrigação de legislar. O dispositivo em apreço afirma a proibição que envolve o livre acesso a dados pessoais de terceiros, ressalvadas as exceções criadas pela legislação. A Corte Constitucional entendeu que, em relação aos casos especiais previstos em lei, não havendo intervenção legislativa, como

de fato não havia, a inconstitucionalidade por omissão deixou de se concretizar, fenômeno ocorrido em virtude da inércia labutar em favor de uma opção tácita feita pelo órgão legiferante. Não há nenhuma dúvida de que a distância que separa uma opção legislativa tácita e a inércia inconstitucional do legislador nem sempre é tão visível, complicando-se, principalmente, nos casos em que este precisa decidir acerca da oportunidade geral para legislar.

7.2. Tipologia normativa e inconstitucionalidade por omissão

A natureza das medidas legislativas exigidas para a implementação dos dispositivos constitucionais também deve ser levada em conta para a boa compreensão do controle de inconstitucionalidade por omissão. Em Portugal, segundo o entendimento do Tribunal Constitucional, o controle de constitucionalidade abrange todos os atos do poder que expressem um determinado modal deontico de conduta⁷. Quanto às hipóteses normativas abrangidas pelo controle de inconstitucionalidade por omissão, a tipologia não parece assemelhar-se àquela dimensionada pelo Tribunal Constitucional para os casos de controle de constitucionalidade em geral. Nesse caso, a norma realmente precisa ser um preceito geral e abstrato.

Além da inexistência de normas legislativas em sentido restrito, é preciso entender que a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade engloba também sua inexistência parcial. Quer dizer, uma norma jurídica infraconstitucional, apesar de editada para conceder efetividade a um determinado preceito constitucional, pode não cumprir as finalidades que justificaram a sua criação. A simples edição da norma legislativa não é suficiente para afastar a inconstitucionalidade por omissão. Isso porque a omissão pode ser parcial. A simples incompletude da norma é bastante para justificar a declaração de sua inconstitucionalidade (MENDES, 1990, p. 60). A omissão legislativa parcial também pode ensejar a declaração de

inconstitucionalidade por ação, na medida em que suas disposições não sejam suficientes para atribuir efetividade geral ao complexo normativo da constituição. Trata-se de um efeito específico do princípio constitucional da igualdade.

A omissão parcial pode ser exteriorizada de duas formas dessemelhantes. A primeira delas ocorre quando o legislador atua apenas em relação a determinados grupos sociais ou situações fáticas específicas, deixando de lado realidades cujos pressupostos para a incidência da norma infraconstitucional são idênticos a esses últimos. Nesse caso, é possível suscitar a inconstitucionalidade por ação em virtude da quebra do princípio da igualdade jurídica⁸. A outra modalidade de omissão legislativa parcial possui uma gênese um tanto mais complexa. Concretiza-se quando, a despeito de a norma haver sido editada, abrangendo todas as possíveis situações de fato previstas pela constituição, esta não venha a se tornar concreta e socialmente efetiva. Nesse caso, o caráter parcial da lei não está em seu conteúdo, mas nos efeitos que dela emanam.

7.3. Princípios constitucionais e omissões legislativas

É certo que a ausência de normas legislativas, a serem editadas em razão da incompletude de certas normas constitucionais, gera inconstitucionalidade por omissão. Resta saber se essa omissão pode referir-se aos princípios constitucionais. A colocação tem lugar em virtude de o art. 283 da Constituição portuguesa trazer como objeto a “omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”. A importância do problema decorre do fato de grande parte dos princípios constitucionais necessitar de concretização. Em matéria de garantias constitucionais, todas as construções teóricas do pensamento jurídico-político devem ser fundadas com o fim de assegurar uma observância concreta e eficiente da constituição. O fato de um princípio reunir os elementos

necessários para a concretização judicial não impede que o legislador também atue nessa mesma direção, procurando sempre concretizá-lo em harmonia com a constituição. É por isso que as “normas constitucionais” previstas no art. 283 devem ser entendidas enquanto regras e princípios.

O garantismo da constituição determina que as previsões constitucionais sejam efetivamente observadas, sob pena de a ordem jurídica desconforme ser atingida pela invalidade. No que tange às normas-princípio, o suprimento das omissões legislativas deve ser mais cuidadosamente observado, uma vez que o principal destinatário do mandamento constitucional é o próprio legislador. Desse modo, os princípios constitucionais, quando inefetivos por causa da ausência de medidas legislativas, devem justificar a implementação do controle de inconstitucionalidade por omissão⁹. Não fosse assim, o diploma constitucional perderia grande parte das garantias que incidem sobre sua estrutura normativa.

8. Aplicação prática do controle de inconstitucionalidade por omissão

Um dos principais problemas atribuídos ao controle de inconstitucionalidade por omissão reside na sua falta de operacionalidade social, ou seja, na pouca utilização e utilidade que o instituto vem demonstrando, no decorrer de sua existência, em Portugal. Desde a instalação do Tribunal Constitucional, em 1982, até o ano de 1996, apenas três ações dessa natureza foram julgadas pelo Tribunal Constitucional (acórdãos nº 182/ 89, nº 276/ 89 e nº 36/ 90). Ao lado de tal realidade, não são poucas as normas constitucionais e situações que justificam a incidência da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, o que parece dar origem a um certo paradoxo. As causas dessa falta de efetividade encontram múltiplas justificativas, umas de caráter iminentemente jurídico; outras de semblante mais aproximado do contexto político.

O fundamento da restrição parece encontrar razão de ser no princípio da separação dos poderes. Isso ocorre porque a essência do controle de inconstitucionalidade por omissão recai sobre a inação legislativa, criando, por meio de um processo eficiente de fiscalização, uma aparente situação de prevalência da esfera judicial sobre a esfera legislativa. Como os limites entre a omissão inconstitucional e a ausência regular de atividade legislativa nem sempre são fáceis de evidenciar, ganhou forma uma solução constituinte que, apesar de não resolver por completo o problema da efetividade constitucional, não impõe aos órgãos de soberania uma situação de instabilidade institucional. Resta saber até que ponto o relacionamento entre as instâncias legislativas e a jurisdição constitucional deve ser sobreposto ao princípio da garantia das normas constitucionais.

Segundo a fisionomia atual do instituto, nos casos em que a omissão inconstitucional for verificada, o Tribunal Constitucional pode dar conhecimento acerca dela ao órgão legislativo competente. A princípio, não cabe ao órgão jurisdicional emitir um mandamento imperativo capaz de suprir a inação legislativa, mas levar a termo uma mera comunicação institucional. É conveniente acentuar que a natureza jurídica desse conhecimento, bem como sua própria existência, costuma gerar graves controvérsias entre os constitucionalistas, situação decorrente da acentuada problemática que envolve a atual fisionomia do princípio da separação dos poderes. Para alcançar um garantismo constitucional efetivo, faz-se necessário (re)dimensionar os limites últimos que devem presidir o relacionamento entre as várias funções do poder estatal, disso resultando uma reformulação acerca dos cânones que regem o atual relacionamento entre os poderes.

8.1. Competência para declarar a inconstitucionalidade por omissão

No ordenamento jurídico português, o sistema de fiscalização da constitucionalidade

dade consagra o modelo jurisdicional, exercitado de forma difusa e concentrada. É assim delineado com a finalidade de conferir uma garantia constitucional mais acentuada e velar pelo cumprimento da constituição em todas as esferas abarcadas pela prestação jurisdicional. No que se refere à inconstitucionalidade por omissão, entretanto, vigora um sistema que difere do modelo geral: apenas o Tribunal Constitucional é competente para declarar sua existência.

8.2. Titularidade ativa e inconstitucionalidade por omissão

A legitimidade ativa para atacar as omissões legislativas inconstitucionais está prevista no art. 283, nº 1, da Constituição portuguesa. O elenco processual é reduzido, abrangendo o Presidente da República, o Provedor de Justiça e, quando existir violação de direitos das regiões autônomas, os presidentes das assembleias legislativas regionais.

A escolha que recaiu sobre esses entes obedeceu a critérios políticos objetivos, estabelecidos com o escopo de melhor garantir o cumprimento da constituição, assim como o funcionamento do regime democrático inaugurado pela ordem constitucional de 1976. Apesar disso, não tem sido registrada uma ação fiscalizatória rigorosa, pecando esta, principalmente, pela ausência de iniciativa das entidades políticas envolvidas no processo. É necessário encontrar os motivos causadores dessa inércia institucional.

A titularidade do Presidente da República para o exercício ativo do controle de inconstitucionalidade por omissão é facilmente justificada pelo art. 120 da Constituição portuguesa: “O Presidente da República representa a República Portuguesa, garante a independência nacional, a unidade do Estado e o regular funcionamento das instituições democráticas (...)”. Ao Presidente da República, assim, é atribuída a prerrogativa de exercitar o controle de inconstitucionalidade por omissão pelo fato de lhe

caberm o cumprimento de atribuições indispensáveis ao equilíbrio e à harmonia do Estado português (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1998, p. 101).

Porém, o Presidente da República, desde a criação do Tribunal Constitucional, em 1982, não fez qualquer uso da faculdade que a Constituição lhe atribuiu, no sentido de afastar a inconstitucionalidade causada pelo eventual silêncio do legislador. O relacionamento entre a Presidência da República e a Assembleia da República, fundado sobre bases essencialmente políticas, dificulta o processo de fiscalização daquele sobre a atividade – ou a ausência de atividade – do Poder Legislativo. A legitimidade para fiscalizar representa, para a Presidência da República, uma atribuição atípica, a ser exercitada apenas em circunstâncias de extrema necessidade política.

Os presidentes das assembleias regionais autônomas receberam a apontada legitimidade processual para tornar mais segura a observância do estatuto político-administrativo que a própria Constituição conferiu às regiões autônomas, com o intento de manter os laços de solidariedade entre todos os portugueses. Sua autonomia, também exteriorizada por meio da possibilidade de fiscalização dos atos ou omissões da Assembleia da República, justificou a legitimação – jamais utilizada – dos presidentes das assembleias legislativas regionais para a prática do controle de inconstitucionalidade por omissão. Assim como ocorre com o Presidente da República, também aqui as atribuições para o controle, além de serem atípicas, nunca foram exercitadas.

O Provedor de Justiça também possui legitimação para exercer a fiscalização. Basta ver que as três decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional acerca de omissões legislativas inconstitucionais foram de sua iniciativa. Segundo o disposto no art. 23 da Constituição portuguesa, o Provedor de Justiça é o órgão perante o qual os cidadãos podem apresentar queixas em virtude de ações ou omissões dos poderes públicos.

Uma de suas funções típicas, portanto, é exatamente a de fiscalizar a atuação dos poderes públicos, seja esta comissiva ou omissiva. Apenas isso seria suficiente para que a atuação do Provedor de Justiça fosse levada a efeito de modo mais dinamizado. Mas a experiência portuguesa demonstra que a realidade difere em muito de uma tal aspiração. O instituto do controle de inconstitucionalidade por omissão continua carente de uma implementação efetiva, capaz de possibilitar o cumprimento de sua importante função constitucional.

O problema de sua inefetividade não é decorrente apenas de uma legitimidade processual limitada, mas principalmente da roupagem jurídico-constitucional que o reveste. Na verdade, muito poucos efeitos práticos são obtidos por intermédio da incidência do controle de inconstitucionalidade por omissão, o que tolhe grande parte da funcionalidade que deveria caracterizá-lo enquanto instrumento de acomodação e equilíbrio da ordem jurídica. De acordo com sua fisionomia atual, o controle de inconstitucionalidade por omissão exerce um papel muito mais político que normativo, com todas as deficiências eficaciais que marcam esse tipo de limitação. Funciona mais como meio para denunciar, perante a opinião pública, eventuais ineficiências do órgão legislativo. Sendo certo que a inconstitucionalidade do comportamento legislativo não se presume, a atual importância da decisão que a declara avulta exatamente do fato de evidenciar a invalidade do posicionamento assumido pelo legislador. Termina sendo um mero ato de reprovação institucional.

9. Para um controle de inconstitucionalidade por omissão efetivo

A atual ineficiência da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão não deve servir de ponto de partida para a condenação imediata do instituto. Na medida em que estejam em conformidade com a finali-

dade de proteger a constituição, seus atuais caracteres jurídicos devem permanecer, o que não impede que algumas mudanças sejam levadas a efeito no sentido de tornar o controle de inconstitucionalidade por omissão mais consonante com um garantismo constitucional sem amarras e limitações de ordem exclusivamente dogmática. O grande problema a ser atacado está nos efeitos da decisão que evidencia a inconstitucionalidade por omissão.

A teoria da constituição tem determinado profundas mudanças em muitos conceitos jurídico-políticos tradicionais. Acompanhando a evolução do universo social, também as categorias que integram o pensamento jurídico precisam passar por reformulações de conteúdo. É o caso, por exemplo, do conceito de soberania, em crise desde que ganharam forma os primeiros passos do sistema jurídico-político comunitário, ou do princípio da separação dos poderes, que agora se depara, de forma quase generalizada, com o incremento vivenciado pela atuação da jurisdição constitucional.

O princípio da separação dos poderes, definitivamente concebido durante o decorrer do século XVIII, passa por uma situação especialmente caracterizada pela oscilação teórica. A partir de seu surgimento, é comum observar a prevalência de uma das funções do poder estatal sobre as demais. Foi assim com a função legislativa, preponderante no apogeu do positivismo normativo-subsumitivo, ou com a hipertrofia da função executiva, levada a termo para viabilizar o intervencionismo preconizado pelo Estado Social. A conjugação de tal realidade é suficiente para demonstrar que os princípios jurídicos, por mais absolutos que pareçam, estão sempre sujeitos às mudanças determinadas pela dinâmica histórica. Guardam uma perspectiva de validade que é relativa e está sujeita à mutabilidade da vida em sociedade.

É necessário, pois, que o controle de inconstitucionalidade por omissão seja desenvolvido em uma ambiência jurídica condizente com as vicissitudes que caracterizam

as atuais sociedades complexas. Partindo da idéia já bastante difundida de que os princípios jurídicos não devem prevalecer, uns sobre os outros, de forma abstrata e absoluta¹⁰, encontrando sua relevância de acordo com as circunstâncias do caso concreto e apenas no âmbito desse caso concreto, é válido dizer que, em certos momentos, o princípio da garantia da constituição deve estar acima do primado da separação dos poderes.

Após ser constatada a omissão legislativa inconstitucional, a título de sugestão, poderia o Tribunal Constitucional marcar um prazo para que o órgão legislativo pudesse desenvolver a atividade legiferante. Permanecendo a omissão, essa poderia, conforme o caso, ser normativamente suprida pela própria Corte Judicial, conforme sugere Flávia Piovesan (1995, p. 173). De outro modo, sem partir para uma revisão crítica dos princípios que integram a tradição constitucional, o controle de inconstitucionalidade por omissão, bem como outros vários supostos teórico-constitucionais, continuará integrando o ordenamento jurídico de modo apenas figurativo, sem emanar a efetividade normativa que o relacionamento intersubjetivo almeja e precisa.

10. Conclusões

A problemática que envolve o controle de constitucionalidade deve ser sempre pensada como forma de viabilizar o garantismo da constituição, numa busca constante de efetividade para os seus supostos normativos. O estudo das omissões legislativas inconstitucionais ganha importância quando se vincula com a consecução dessa finalidade. Sua relevância, portanto, depende dos efeitos gerados pelo instituto na órbita legislativa concreta. Com base nesse entendimento, seguindo ainda a esteira lançada pelo conjunto das colocações acima desenvolvidas, deve-se, acima de tudo, concluir o seguinte:

a) durante o liberalismo, as normas constitucionais gozavam de uma eficácia nor-

mativa apenas formal, o que terminou por gerar, ao lado da conjugação de outros fatores, grande inconformidade social;

b) as mudanças exigidas pela convivência societária, resultado do estrangulamento imposto pelo contexto liberal, deram origem aos pressupostos do chamado Estado Social;

c) as normas constitucionais de eficácia mediata surgiram para viabilizar o cumprimento das novas funções estatais, ao tempo em que possibilitaram o aparecimento das omissões legislativas inconstitucionais, daí nascendo a necessidade de um instrumento para o controle das inconstitucionalidades por omissão;

d) a fiscalização exercitada sobre a omissão legislativa inconstitucional envolve complexos aspectos jurídico-constitucionais, principalmente quando sua concreta aplicação entra em colisão com o princípio da separação dos poderes, que passa, nos dias de hoje, juntamente com a teoria tradicional dos princípios jurídicos, por um acentuado processo de reformulação;

e) o controle de inconstitucionalidade por omissão não goza de qualquer efetividade jurídica em Portugal, sendo uma solução normativa de raríssima utilização;

f) finalmente, é válido afirmar que o princípio da separação dos poderes deve ser objeto de uma revisão crítica capaz de promover o garantismo constitucional, fortalecendo os mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão, por meio de uma concreta reformulação acerca dos seus efeitos da decisão que a evidencia, e assegurando meios pelos quais o Tribunal Constitucional português possa cumprir, com plenitude, todas as suas funções constitucionais.

Notas

¹ Exigindo um procedimento mais elaborado para a implementação de reformas no conteúdo da lei fundamental, a rigidez da constituição representa a exteriorização de uma realidade normativa

dotada de certas garantias procedimentais. As normas constitucionais flexíveis, por sua vez, são formalmente equiparadas à legislação infraconstitucional. Dela diferenciam-se apenas quanto à matéria que regulam. Em virtude disso, alguns autores negam a possibilidade de se aplicar o controle de constitucionalidade ao contexto das constituições flexíveis (Pablo Lucas Verdú, 1981, p. 443). Apenas os diplomas rígidos, posicionados de forma superior no contexto da hierarquia das normas jurídicas – normativismo constitucional –, poderiam ser objeto de controle de constitucionalidade. De forma contrária, mais adequada à realidade imposta pelas exigências da constituição garantística, posiciona-se, a exemplo de Jorge Miranda (1996, p. 147), a maior parte do atual pensamento constitucional. Nesse sentido, as normas constitucionais de natureza flexível, apesar de serem sujeitas a um processo de revisão idêntico ao experimentado pelas demais instâncias normativas do sistema jurídico, possuem objeto próprio, inerente ao seu conteúdo normativo diferenciado. Isso porque as constituições, rígidas ou flexíveis, possuem uma normatividade bastante peculiar, inerente às exigências que o discurso jurídico impõe para alcançar uma adequada conformação do poder político. Daí a superioridade material que as caracteriza, exigindo a implementação de um sistema de controle de constitucionalidade capaz de incidir sobre toda a extensão de sua substância normativa.

² Tal discurso “atribui plena dimensão à inconstitucionalidade tratada como problema jurídico de maior e mais agudo interesse. Se é admissível e acertado estudar a inconstitucionalidade na invalidez, e se é bem necessária a sua análise científica, também é para nós seguro que, no actual estado do Direito Constitucional, a inconstitucionalidade deve ser apercebida em função da garantia da constituição – a invalidez deve ser iluminada por essa garantia. (...) Será só associando os conceitos de constituição, validade e garantia que penetraremos na estrutura da inconstitucionalidade” (MIRANDA, 1967, p. 13).

³ Essa é apenas uma das facetas do princípio da não-intervenção do Estado na sociedade. Além dela, pode-se ainda falar acerca da separação entre o Estado e a moral, ou seja, entre uma esfera fenomênica externa ao indivíduo enquanto ser – que interessava à proteção estatal – e uma esfera interna, ditada pela consciência de cada um, cuja atuação não chega a causar efeitos jurídicos. “Assim, tal como Adam Smith afirmara a autonomia da esfera econômica face à política, também Kant, através de uma operação paralela, autonomiza a moral relativamente à legalidade” (NOVAIS, 1987, p. 51).

⁴ “Quando se fala na necessidade de normas abertas pretende-se dizer que as normas constitucionais devem ser planificadamente indeterminadas, de modo a deixarem aos órgãos responsáveis pela sua concretização o espaço de liberdade decisória necessária à adequação da norma perante uma realidade multiforme e cambiante” (CANOTILHO, 1994, p. 193).

⁵ Com o alvorecer de um Estado de fundação teleologicamente social, “quase todo o edifício jurídico das constituições liberais, erguido durante o século XIX, veio abaixo. A programaticidade dissolveu o conceito jurídico de constituição, pensamente elaborado pelos constitucionalistas do positivismo. De sorte que a eficácia das normas constitucionais voltou à tela de debate, numa inquirição de profundidade jamais dantes lograda” (BONAVIDES, 1986, p. 191).

⁶ “Diga-se desde já que, quando a Constituição, depois de estabelecer determinado regime (regra), ressalva ‘casos excepcionais previstos na lei’ e não se segue uma lei a estabelecer casos excepcionais, não há, em princípio, inconstitucionalidade por omissão: a conclusão a tirar é a de que não há exceções, por o legislador ordinário ter entendido não as estabelecer” (acórdão nº 182/89).

⁷ “Em Portugal, objecto de fiscalização jurisdiccional da constitucionalidade são normas jurídicas, isto é, como vem referindo o Tribunal Constitucional, em jurisprudência uniforme e constante, qualquer acto do poder público que contiver ‘uma regra de conduta’ para os particulares ou para a Administração, um ‘critério de decisão’ para esta última ou para o juiz ou, em geral, um ‘padrão de valoração de comportamento’. Trata-se de um conceito simultaneamente formal e funcional de norma, que não abrange somente os preceitos de natureza geral e abstracta (...)” (CORREIA, 1998, p. 3).

⁸ J.J. Gomes Canotilho (1991, p. 1102). Sobre o princípio da igualdade jurídica no Brasil e em Portugal, cf. Cláudio Petrini Belmonte (1999, p. 157-175).

⁹ Há, na doutrina, entendimentos divergentes: “A única diferença entre a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão é aqui esta, embora importantíssima: enquanto a primeira tanto consiste na infracção de uma disposição como de um princípio, a inconstitucionalidade por omissão consiste na infracção de um preceito, de uma disposição-norma, e não mais. Para lá da letra do art. 283, é uma necessidade de determinação e, portanto, de segurança e certeza, que a justifica” (MIRANDA, 1996, p. 519).

¹⁰ Sobre isso, cf. Robert Alexy (1997, p. 89-98), J.J. Gomes Canotilho (1998, p. 1098), Ronald Dworkin (1995, p. 72-).

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- ARANGUREN, Jose Luis. *Ética y política*. 2. ed. Madrid: Guadarrama, 1968.
- BELMONTE, Cláudio Petrini. O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do tribunal constitucional de Portugal e do supremo tribunal federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, n. 144, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão, Coimbra: Coimbra, 1994.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CORREIA, Fernando Alves. *A Justiça constitucional em Portugal e em Espanha: encontros e divergências*. Coimbra: edição policopiada, 1998.
- DIAZ, Elias. *Estado de direito e sociedade democrática*. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1972.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 2. reimpressão. Barcelona: Ariel, 1995.
- FERNÁNDES, RODRÍGUEZ, José Julio. La inconstitucionalidad por omisión en Portugal. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 101, 1998.
- FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, v. 1.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MAYER, Max Ernest. *Filosofía del derecho*. Barcelona: Labor, 1937.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1967.
- _____. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. reimpressa. Coimbra: Coimbra, 1996, v.2.
- MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 97, 1991.
- MONCADA, L. Cabral de. *Problemas de filosofia política*. Coimbra: Arménio Amado, Editor Sucessor, 1963.
- NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995, v.2.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 1987.
- PEREZ, LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- VECCHIO, Giorgio del. *Sobre a estadualidade do direito*. Coimbra: Coimbra, 1938.
- VEGA, Pedro de. Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 100, 1998.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1981, v. 2.

A crise do Poder Judiciário no contexto da modernidade: a necessidade de uma definição conceitual

Eduardo Capellari

Sumário

1. Introdução. 2. Uma delimitação conceitual: o objeto da crise. 3. A modernidade e as revoluções copernicanas. 3.1. A formação do Estado moderno. 3.2. A filosofia política do liberalismo e a era dos direitos. 4. O princípio da separação dos poderes. 5. A passagem do Estado liberal para o Estado de bem-estar social. 6. A pós-modernidade e o neoliberalismo. 7. A crise do Poder Judiciário no Brasil – alguns apontamentos. 7.1. Brasil: o desmonte do estado de bem-estar social que não houve. 7.2. Os operadores do direito e o paradigma liberal-positivista. 8. Considerações finais.

1. Introdução

O presente trabalho procura promover uma análise *panorâmica* interdisciplinar com o objetivo de identificar os fatores causadores da crise do Poder Judiciário, no contexto da crise do Estado, do Direito e da Lei nas democracias contemporâneas, segundo a perspectiva de alguns dos autores clássicos da teoria política na modernidade (Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu e Alexis de Tocqueville) e da produção recente acerca do tema.

Nessa medida, procura verificar as condições históricas e teóricas da formação do Estado moderno e da influência filosófica do liberalismo e dos ideais da modernidade (liberdade, igualdade, emancipação do Homem) na articulação das instituições contemporâneas.

Eduardo Capellari é mestrando em Direito – área de concentração Instituições Jurídico-Políticas – na Universidade Federal de Santa Catarina.

Em seguida, analisa o papel do Poder Judiciário sob a influência do princípio da separação dos poderes e do constitucionalismo, sob as duas formas que tal princípio foi interpretado – a tradição norte-americana e a tradição do *civil law* sob a influência positivista.

Em outro momento, examina a passagem do Estado liberal para o Estado de bem-estar social durante a primeira metade do século XX, sob forte pressão dos movimentos sociais, e o novo papel atribuído ao Judiciário com a emergência dos conflitos coletivos e a superação do paradigma liberal-positivista.

Analisa a complexificação da atividade dos juízes no contexto das mudanças históricas decorrentes do movimento neoliberal e da pós-modernidade e do ataque às forças reguladoras da economia e das relações sociais, fenômeno que se verifica no enfraquecimento do Poder Judiciário e da Constituição com o objetivo de flexibilizar o poder normativo do Estado.

Ao final, procura expor alguns apontamentos em relação ao Brasil, identificando os elementos que aprofundam o sentido da crise, ao resgatar a experiência brasileira como a não-entrada na modernidade ou a traição dos ideais da modernidade, e a crise institucional aprofundada pela (de) formação dos operadores do direito baseada no paradigma liberal-positivista e sua consequência na produção, reprodução e aplicação do direito.

2. Uma delimitação conceitual: o objeto da crise

A década de 90 trouxe à tona no Brasil um novo objeto para a reflexão, para a pesquisa nas ciências jurídicas e sociais, e para o debate político-constitucional – a crise do Poder Judiciário, fato que tem provocado amplas repercussões no sistema jurídico-político, vide as reformas constitucionais propostas e em discussão no Congresso Nacional, e uma mudança de percepção

acerca do papel dos juízes e tribunais na sociedade civil.

A originalidade desse objeto não reside tanto na sua abordagem, tendo em vista que as diferentes apropriações conceituais promovidas pelos pesquisadores e juristas brasileiros lançam raízes teóricas no debate acerca do papel do Poder Judiciário e dos Juízes nas democracias contemporâneas promovido no pós-guerra, e de forma acentuada nos anos 70 e 80, na Europa e nos Estados Unidos da América por uma infinidade de autores, pesquisadores, organismos governamentais, associações de magistrados, entre outros agentes.

A novidade na abordagem brasileira acerca da crise do Poder Judiciário e, portanto, de sua função em uma democracia republicana encontra-se no próprio fato de se trazer tal tema para o debate político e institucional do país: após 24 anos (1964-1988) vividos em uma ditadura militar, com um Estado autoritário e burocrático, em que os poderes judiciário e legislativo foram sufocados, e por meio de uma leitura positivista desprovida dos valores da modernidade, serviram apenas à legitimação dos atos do executivo, é promulgada uma nova Constituição que provoca um processo crescente de democratização das instâncias do Estado, o qual, sem sombra de dúvidas, a partir do início da década de 90, abarca também esse Poder, composto por homens (e agora, cada vez mais, mulheres) (VIANA, 1998. p. 67-87), cuja tradição, segundo Alexis de Tocqueville, é manter um instintivo pendor para a ordem, um amor natural pelas formas, um certo desprezo pela participação das massas na política e uma infinidade de hábitos da aristocracia (1987, p. 203-208), o que o leva a ser o último dos poderes da República a transformar-se nos períodos de crise.

Em que pese esse recente surto de análises a respeito do tema, acredita-se ser necessária uma definição mais rigorosa a respeito do papel do Judiciário na modernidade, iniciada com a tradição liberal a partir de

John Locke, de tal forma que possamos delimitar os fatores reais da crise e evitar falsas polêmicas no debate jurídico-político contemporâneo.

Comumente associam-se ao Poder Judiciário, como elementos que caracterizam sua crise e provocam o descontentamento difuso da maioria da população: (a) a lentidão/morosidade na solução de lítigios; (b) o alto custo operacional da atividade jurisdicional; e (c) a dificuldade de acesso à justiça.

Nessa perspectiva de abordagem acerca do papel do Poder em questão, tematizada incansavelmente pelos meios de comunicação e pelos principais formadores de opinião, o cidadão litigante é concebido como um usuário/consumidor de decisões (sentenças) acerca de conflitos, emanadas de uma agência estatal especializada nessa tarefa.

Exageros a parte, o certo é que tal perspectiva de compreensão, sob certo ponto de vista, altamente restritiva, que pressupõe tão-somente uma disfuncionalidade¹ na atuação do judiciário, tem encontrado um espaço cada vez mais privilegiado na medida em que setores empresariais identificam a *ineficiência* do sistema de administração da justiça como um dos fatores do chamado “Custo Brasil”, ou seja, dos fatores que têm impacto negativo no desenvolvimento econômico do país (CASTRO JÚNIOR, 1999). O elemento central nessa análise é a eficiência econômica que pressupõe previsibilidade, segurança e hoje, cada vez mais, agilidade e rapidez, e foca suas observações no aspecto quantitativo, na medida em que ressalta a situação sob o ponto de vista externo à qualidade das decisões, baseando-se em análises acerca da quantidade de processos que entram e os respectivos julgamentos², na enorme quantidade de recursos protelatórios permitidos pela legislação processual, na falta de recursos materiais, no número insuficiente de juízes, entre outros fatores.

Apesar de tal situação constituir uma das faces do problema, pois tais fatores acabam por prejudicar os setores menos favo-

recidos da população, há uma clara distorção no debate – pautado de forma inequívoca pelo critério da eficiência – e deixa-se muitas vezes de considerar o papel do Poder Judiciário como controlador/garantidor da tutela dos direitos fundamentais, agora expressos na Constituição Federal, e, portanto, responsável, em certa medida, pela efetividade das normas constitucionais.

Assim, muito mais importante do que o número de julgados (eficiência) é a análise da qualidade (eficácia) desses julgados que colocará em evidência a crise desse Poder.

Para tanto, há que se distinguir de alguma forma essas duas funções: solucionar conflitos e garantir direitos.

Incorremos em erro ao compreendermos singularmente como função originária do Poder Judiciário a solução de conflitos. René Girard nos mostra que já havia nas sociedades primitivas formas de solução e mediação de conflitos que prescindiam de um sistema jurídico centralizado e institucionalizado, tendo em vista que tais sociedades eram caracterizadas por uma pluralidade de centros de poder que conviviam em permanente disputa (1990, p. 28-42).

Hermann Heller chega a afirmar que “na história do Ocidente a decisão de toda contenda realiza-se privativamente não como justiça normativa, mas como solução e mediação, isto é, como decisão de equidade que não julga no caso concreto segundo critérios objetivos” (1988, p. 295-327), sendo a objetivação de preceitos jurídicos firmes e a emancipação de uma burocracia especializada, em geral, um produto tardio na história do direito.

A organização do Poder Judiciário como o conhecemos hoje se dá gradativamente a partir de fatores distintos que concorrem para essa inovação histórica: a formação do Estado Moderno, a recepção do direito romano e sua síntese com o direito germânico (na tradição do *civil law*), a centralidade do Estado como produtor da norma (o monopólio normativo), a distinção entre Estado e sociedade civil (o governo político e os indi-

vídus) e, fundamentalmente, a partir da idéia de direitos, isto é, da limitação dos poderes políticos do Estado com a universalização de critérios a partir dos quais os cidadãos seriam protegidos da ação do governo, engendrada como uma resposta ao absolutismo do final da idade média.

3. A modernidade e as revoluções copernicanas

Norberto Bobbio afirma que revoluções radicais não ocorrem somente pelo meio revolucionário, pois podem ocorrer grandes transformações históricas precedidas de uma revolução copernicana, isto é, de uma inversão do ponto de observação (1992, p. 57).

A modernidade iniciada no século XVII é marcada por uma série de mudanças do “ponto de observação”, de tal forma que são articuladas novas compreensões filosóficas que impulsionarão transformações nas relações políticas entre os indivíduos e entre estes e o poder.

3.1. A formação do Estado moderno

Podemos afirmar que o Estado moderno foi gestado em um contexto definido do século XVII, quando a Inglaterra e a Europa estavam imersas em guerras religiosas, fundamentalmente desencadeadas a partir da Reforma Protestante, opondo católicos e puritanos/protestantes, e em disputas entre o Rei e o Parlamento acerca da cobrança de impostos. Particularmente na Inglaterra, com a dinastia Tudor, especialmente a partir de Henrique VIII, havia a monarquia absolutista com o governo político mais centralizado da Europa.

Apesar de haver na Inglaterra um governo centralizador, persistem as características básicas da sociedade medieval: uma pluralidade de agrupamentos sociais (corporações, universidades, mosteiros, igreja, aristocracia) competitivos entre si e cada qual dispondo de um ordenamento jurídico próprio.

É nesse ambiente que Hobbes (1588-1679) lança sua teoria do estado de nature-

za, do contrato social e do soberano, por meio da obra “*O Leviatã*”.

Por meio de suas proposições, Hobbes sustenta que há a necessidade de justificar e legitimar o poder político como elemento essencial à garantia da paz: os homens vivem no estado de natureza, e nesse estado a utilidade é a medida do direito. Os homens buscam o prazer, a conquista dos seus interesses, a conquista do poder, havendo um clima permanente de tensão, de lutas, pois todos os homens, sendo naturalmente iguais (essa universalidade baseia-se no desejo de autopreservação), buscariam os meios para sua conservação.

Nesse sentido, para que haja paz e um ambiente em que todos possam desenvolver seus objetivos, é necessário um contrato social, um pacto social, uma sociedade civil, que garanta artificialmente as regras mínimas para regular as relações entre os homens.

Hobbes avança em sua proposição ao afirmar que, para haver garantia de que as regras sejam seguidas por todos, haveria a necessidade de que cada homem submetesse a sua própria vontade à vontade de um único homem ou à de uma assembléia geral determinada – o soberano –, que passaria a ser a única fonte legisladora e julgadora, tendo em suas mãos todos os poderes para executar as regras estabelecidas.

Com isso, Hobbes acredita que o Rei poderá sufocar os conflitos religiosos, pois, sendo a única fonte do poder político legitimada pelo contrato social, os cidadãos deveriam necessariamente lhe obedecer.

Contextualizando tal transformação, Norberto Bobbio afirma que

“a sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais, cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio: o direito se apresentava como um fenômeno social produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado Moderno, ao

3.2. *A filosofia política do liberalismo e a era dos direitos*

contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se assim o processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado” (1995, p. 26-27).

Em vista de tal mudança, Antônio Carlos Wolkmer afirma que

“a concepção de soberania introduzida por Hobbes atribui ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo. Exata asserção indica que, na dinâmica histórica, o princípio da estatalidade do direito desenvolveu-se concomitante com a doutrina política da soberania, elevada esta à condição de característica essencial do Estado” (1994, p. 40-41).

Apesar de ser um defensor da monarquia e de ter contribuído teoricamente para a sua legitimação, Hobbes faz uma inversão fundamental na justificação do poder: o poder do rei é derivado do contrato social fundado no direito natural e não do direito divino, como pregavam os teólogos do século XVI, abrindo a possibilidade para o reconhecimento da legitimidade de outros tipos de governo.

Com isso, cria as condições teóricas para a passagem da sociedade feudal para a sociedade moderna e lança as bases sobre as quais John Locke posteriormente irá desenvolver seus fundamentos sobre o Governo Civil e os pressupostos filosóficos do liberalismo.

John Locke (1632-1704) expõe, na sua obra *Segundo tratado sobre o governo civil*, sua teoria política, procurando construir critérios de justificativa e legitimação do governo político.

Propõe que os homens vivem, antes do pacto social, em um estado de natureza (1978, p. 35-39) em que todos são livres e iguais, portanto detentores do direito natural à liberdade, à autopreservação e à propriedade (p. 45-54) (fundada na apropriação da natureza por meio do trabalho). Nesse estado de natureza, todos os homens têm direito a julgarem aqueles que infringirem os direitos naturais (a igualdade natural entre os homens leva-os à conclusão de que cada um deve julgar os meios necessários à sua conservação, pois a utilidade dos “meios necessários” é relativa ao indivíduo que julga) (p. 40-42): com isso cria-se uma situação conflituosa, em que a forma de garantir tais direitos é promover um contrato civil em favor do poder político do governo civil, que passa a ser responsável pela manutenção da ordem da ordem política (p. 64-70).

Assim, o governo civil é fruto não de uma renúncia dos direitos naturais dos indivíduos em favor dos governantes, mas sim consequência de um pacto civil entre homens igualmente livres, que renunciam à execução das leis naturais pelas próprias mãos em favor de um poder político que governaria por meio de leis aprovadas por mútuo consentimento dos participantes do acordo, com o fim de manter a harmonia geral entre os homens.

Estabelecem-se aí os pressupostos básicos de organização da sociedade civil e limitação dos poderes do governo político, pois este possui um âmbito de atuação referencializado pelos direitos naturais, deixando de ter um poder absoluto sobre os homens.

Nesse caso, afirma Locke, havendo abuso de poder do soberano sobre os seus súdi-

tos, tornando-se esse um tirano e colocando-se em estado de guerra, os homens terão o direito à insurreição, à revolta, pois haveria uma quebra do contrato original que funda e legitima o poder (p. 118-131).

O governo civil seria o agente executor da soberania do povo, pois esta é derivada da vontade dos homens, e com o consentimento dos contratantes, por meio das leis estabelecidas, deveria julgar os conflitos com imparcialidade, pois esse poder lhe é conferido justamente para evitar os julgamentos individuais do estado de natureza, que tantos conflitos causavam (sendo os magistrados escolhidos pelo parlamento, na Inglaterra desse período).

O principal objetivo que movia Locke ao formular tais proposições era limitar o poder das monarquias absolutistas e, portanto, julgava conveniente que a elaboração das leis fosse efetuada por um corpo criado para esse fim – no caso da Inglaterra desse período, a Câmara dos Comuns.

Há uma mudança fundamental que irá influenciar o desenvolvimento das relações políticas entre os homens e que irá, posteriormente, delimitar as funções dos poderes do Estado, e, em grande medida, definir o papel do Poder Judiciário.

De uma abordagem histórica que tradicionalmente privilegiava essa relação sob a ótica do governante (Monarca) e, portanto, atribuía à coletividade deveres, o liberalismo desloca seu ponto de vista para uma abordagem sob a ótica dos governados, concebendo-os doravante como indivíduos portadores de direitos públicos subjetivos³.

Norberto Bobbio sintetiza tal “revolução copernicana” com as seguintes palavras:

“É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem,

em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos” (1992, p. 61).

Tal compreensão acerca da relação entre governantes e governados irá influenciar decisivamente os homens, que se propõem a refletir acerca das melhores formas de organização do Estado, para que tais direitos públicos subjetivos estejam protegidos e longe do alcance da tirania – fundamentalmente o direito à liberdade e à propriedade.

A partir de tais condições, estão articuladas as bases teóricas do Estado Moderno, a partir da centralização política do poder de estabelecer o direito, e a delimitação da esfera estatal com a filosofia política do Liberalismo, que deu origem ao Constitucionalismo moderno.

4. O princípio da separação dos poderes

O princípio da separação dos poderes foi tematizado originalmente por Montesquieu quando da publicação, em 1748, da sua obra principal *Do Espírito das Leis*, inspirado no sistema político constitucional da Inglaterra quando da visita a esse país em 1729, e veio a ser integrado na Constituição Americana em 1787, e expresso na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

Inspirado no liberalismo inglês, Montesquieu estabelece a separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário, cada um com seus órgãos específicos e compostos por agentes diferentes, com o objetivo de estabelecer limites ao soberano e garantir a liberdade dos homens, sendo estas suas palavras nesse sentido:

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. (...) Não haverá também

liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor” (1978, p. 149).

Porém há uma observação essencial a ser feita, quando Montesquieu afirma:

“Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois e, como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir esse efeito.” (...) “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu vigor” (p. 151-152).

Para Montesquieu, o poder julgador refere-se ao direito civil⁴, isto é, ao direito que opõe interesses entre indivíduos do povo, não possuindo nenhum poder de ingerência sobre o sistema político, tendo em vista que a nobreza, os representantes do povo e o monarca teriam seus conflitos dirimidos por instrumentos do Senado e da Assembléia dos Representantes. Não possuíam, assim, o poder de julgar a constitucionalidade das leis e os conflitos existentes entre os poderes como lhe é atribuído hoje.

Tal prerrogativa é atribuída historicamente ao Poder Judiciário a partir do debate protagonizado por Alexander Hamilton (1757-1804), James Madison (1751-1836) e John Jay (1745-1829) no processo de discussão da Constituição norte-americana em 1787⁵.

A teoria da separação dos poderes foi analisada por James Madison em seu artigo

Exame e explicação do princípio da separação dos poderes (1979, cap. 47 e 51), em resposta aos críticos do texto original da Constituição Federal norte-americana de 1787, que afirmavam que o ordenamento jurídico-político proposto pela redação em debate ofendia o princípio formulado por Montesquieu e colocava em risco a liberdade, pois permitia que alguns dos poderes do Estado acumulassem competências que deveriam ser atribuídas aos outros poderes.

Os críticos formulavam essa questão, tendo em vista a competência do Poder Legislativo em julgar o chefe do Executivo e seus agentes – impeachment – e, fundamentalmente, a competência do poder executivo em nomear os ministros da Suprema Corte.

Madison opõe a essa crítica uma interpretação do princípio da separação dos poderes a partir do seu desenvolvimento histórico na Constituição Inglesa de 1688 e das formulações de Montesquieu, e depreendendo que a separação dos poderes não é total, pois há uma influência recíproca, uma ação parcial de um poder sobre o outro, expresso na escolha dos magistrados pelos poderes Executivo e Legislativo e o poder de veto atribuído ao Poder Executivo em relação às ações do Legislativo, entre outros mecanismos existentes na Inglaterra, nação que primeiramente desenvolveu tal princípio.

Propõe que, para manter na prática a separação essencial dos poderes, a construção do Governo deveria dar-se de tal forma que um poder reteria o outro em seu respectivo lugar. Isso dar-se-ia por meio de mecanismos que observassem a independência e que eliminassem, na medida do possível, a influência na nomeação dos depositários do poder de uma parte pela outra. Tal mecanismo seria estabelecido por meio das eleições para os detentores do Poder Executivo e Legislativo e da formulação de um mecanismo qualificado para a escolha dos juízes. Seria efetuado ainda por meio de mecanismos de peso e contrapeso (*checks and balances*) das forças políticas no Legislativo por meio das facções (partidos) e das relações

entre Legislativo e Executivo. E na cúpula do sistema político haveria um Poder Judiciário totalmente independente.

Com isso podemos verificar que houve uma nítida diferença de interpretação da teoria da separação dos poderes, e portanto do papel do Poder Judiciário, na França e nos Estados Unidos da América.

Podemos afirmar que houve na França um “arranjo” político de tal forma que, mesmo sob a inspiração liberal, o poder político ficou segmentado entre a aristocracia, a burguesia ascendente e o rei, configurando-se em relação ao papel do Judiciário uma visão privatista, na medida em que lhe era atribuído o julgamento, de forma neutra, dos conflitos entre os membros do povo. Ao passo que nos Estados Unidos da América deu-se a articulação de uma democracia republicana liberal e constitucional, atribuindo-se ao Judiciário, nas palavras de Tocqueville, um imenso poder político.

A propósito, assim manifesta-se Alexis de Tocqueville, após sua viagem aos EUA em 1831:

“Já houve outras confederações fora da América; já se viram repúblicas noutras partes que não as terras do Novo Mundo; o sistema representativo é adotado em vários Estados da Europa; mas não creio que, até o presente, tenha alguma nação do mundo constituído o poder judiciário da mesma maneira que os americanos. O que o estrangeiro com maior dificuldade compreende nos Estados Unidos é a sua organização judiciária. Por assim dizer, não há ocorrência política para a qual não ouça ele ser chamada a autoridade do juiz; e conclui, à vista disso, naturalmente, que o juiz é, nos Estados Unidos, uma das primeiras forças políticas. (...) A causa acha-se exclusivamente no seguinte fato: os americanos reconheceram o direito de fundarem os juízes as suas decisões na Constituição⁶, antes que nas leis. Noutras palavras, permitiram-lhes

jamaiz aplicar as leis que lhes parecessem inconstitucionais” (1987, p. 82-83).

Apesar dessa diferente opção teórico-política, há no século XX uma crescente influência do modelo constitucional americano sobre os países do *civil law* e, por conseguinte, uma mudança significativa no papel do Poder Judiciário desses países – entre eles o Brasil.

5. A passagem do Estado liberal para o Estado de bem-estar social

Como já vimos, a formação do Estado Moderno nos séculos XVII e XVIII, que foi marcada substancialmente pela doutrina dos Direitos do Homem em contraposição ao Estado absolutista do período anterior, coloca ao Poder Judiciário, a partir da interpretação norte-americana da teoria da separação dos poderes, um papel diverso daquele preconizado pelo positivismo jurídico.

O papel de “bocas da lei” atribuído aos juízes pelos franceses, isto é, agentes responsáveis pelos julgamentos dos conflitos entre interesses particulares, é superado pela interpretação de James Madison e pelo novo papel atribuído à Suprema Corte Americana e aos juízes nos EUA, que passam a exercer o controle jurídico da constitucionalidade das leis pela via de exceção⁷, passando a exercer um papel político na medida em que informam suas decisões pelos valores e princípios constitucionais⁸.

Em que pesem as diferentes concepções acerca da teoria da separação dos poderes e, conseqüentemente, do papel do Judiciário, é certo que a opção que outorga poderes políticos aos juízes influenciou de forma decisiva a organização dos sistemas judiciais e constitucionais de vários países ocidentais.

Com a mudança do perfil do Estado a partir do início do século XX, operada pela transição do Estado liberal para o Estado social, há um aumento da complexidade da atividade desenvolvida pelos juízes.

A partir da década de 30, com a política do “*New Deal*” de Franklin Roosevelt nos EUA e de transformações semelhantes que ocorrem posteriormente na Europa, opera-se uma mudança no perfil de atuação do Estado, na medida em que deixa de atuar somente nas atividades clássicas, limitadas pelos direitos individuais de liberdade e propriedade, e passa a desempenhar um papel de indutor do desenvolvimento econômico por via direta e articulador de políticas públicas com o objetivo de atender demandas sociais (educação, saúde, previdência, seguro-desemprego).

Tal mudança ocorre devido ao contexto político internacional do período e em virtude da pressão exercida pelos movimentos sociais que reivindicam, ao lado dos direitos liberais (liberdade, propriedade e igualdade formal), os direitos sociais que garantirão as condições materiais (igualdade substancial) para que os primeiros possam ser exercidos.

Assim temos uma mudança fundamental de um Estado que assumia uma postura negativa (no sentido de não fazer), limitando-se a proteger direitos, ao não interferir nas liberdades individuais do cidadão e em seu direito de propriedade, para um Estado que passa a ter uma postura positiva, no sentido de promover direitos, ao articular as instituições capazes de suprir as demandas sociais.

Na medida em que tais direitos são incorporados às Constituições (Constituições escritas) ou declarados constitucionais, há uma mudança no papel do Judiciário, que passa a ter de politizar ainda mais suas atividades, pois terá de atuar no sentido de promover tais direitos da mesma forma que os outros poderes e procurar dar solução aos conflitos entre os indivíduos e o Estado, e entre os poderes (há uma nítida concentração das atividades legislativas no Executivo e um conflito intermitente entre tais poderes).

Essa mudança no perfil de atuação dos Estados, com a constitucionalização dos

direitos humanos, aprofunda-se após a Segunda Guerra mundial com a crítica do positivismo jurídico de concepção kelseniana, por este ter sido incapaz de levantar barreiras valorativas à emergência do nazi-fascismo na Europa e aos regimes burocrático-autoritários na América Latina (VIANNA, 1998, p. 25).

Tércio Sampaio Ferraz observa em relação à constitucionalização dos direitos fundamentais:

“o sentido promocional prospectivo que supõe, para além da liberdade individual enquanto liberdade negativa, uma liberdade positiva, cujo exercício não está remetido a um tempo passado, e sim a um tempo futuro, na medida em que, no contexto do Estado social, ela não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado” (1998, p. 26).

Essa realidade cria uma crise no Judiciário, na medida em que os pressupostos que orientavam a estrutura política do Estado passam a não dar conta dos novos desafios,

“de tal forma que ‘a hipertrofia *legislativa*’ do Poder Executivo traria consigo, então, uma perda de distinção entre os temas e o tempo da política e os do direito, repercutindo sobre a própria noção de legalidade, que, nessas novas condições, não poderia mais ser concebida classicamente, isto é, como o produto da separação característica do Estado de Direito entre a decisão legislativa e o momento de sua aplicação. A confirmação do Judiciário em seu papel neutralizado faria dele um Poder anacrônico, voltado para o tempo passado em que a lei foi produzida, e, como tal, limitado à função de arbitragem dos conflitos privados, sem exercer jurisdição sobre o novo tipo de contencioso social, cuja natureza é pública e se expressa na manifestação da vontade de sujeitos coletivos” (VIANNA, 1998, p. 29-30).

Assim temos de certa forma um impasse que gera a crise das instituições políticas da

modernidade, nomeadamente no Judiciário, entre a norma jurídica abstrata de um lado e a pretensão de eficácia dos direitos públicos e individuais de carácter subjetivo manifestada de forma clara por uma infinidade de atores sociais de outro (GENRO, 1994, p. 30).

Ou de outra forma, em relação à expressão dessa crise no Brasil, Tarso Genro afirma que

“a nossa Constituição é uma Constituição ‘programática’ que vincula os agentes do poder político à efetivação de determinadas políticas públicas, destinadas a viabilizar direitos. O direito à moradia, a um salário justo, o direito à saúde, por exemplo, conformam um ‘programa’ constitucional que não está sendo cumprido” (1999, p. 15),

de forma que gera um impasse até agora insolúvel, entre as expectativas da população e a atuação cotidiana dos tribunais brasileiros, cuja tradição

“é considerar as principais normas constitucionais que limitam direitos como auto-aplicáveis e considerar aquelas que ampliam ou concedem direitos como inaplicáveis, por má ou por falta de regulamentação” (p. 15).

6. A pós-modernidade e o neoliberalismo

O impasse que mencionamos anteriormente entre as promessas da modernidade (Direitos do Homem) por um lado, consubstanciadas na maioria das Constituições escritas na forma de direitos fundamentais, funcionando como verdadeiros limites substanciais à tirania e ao poder de alguns, e sua efetividade por outro se aprofunda na medida em que, desde o início da década de 80, os Estados retiram-se gradativamente da promoção de tais direitos em virtude do avanço do liberal-economicista.

Podemos afirmar que, desde a formação do Estado Moderno e de suas instituições

básicas até a metade do século XX, é comum entre filósofos, juristas e cientistas sociais a observação de um fio condutor, isto é, a crença em um sentido da história desse período, uma teleologia, consistente na idéia de progresso para uma civilização em que todos teriam seus direitos respeitados e efetivados, a partir de uma concepção da razão como fator impulsionador de transformações para o fim do “reino das necessidades”.

Ocorre que, diante dos acontecimentos das últimas décadas desse século, tal perspectiva ruiu, na medida em que aflora um ceticismo em relação à ciência⁹ e à crença de um sentido universal na história, “desarmando” politicamente uma variedade de agentes/setores que lutavam pela implementação dos direitos fundamentais e fragmentando indissolivelmente as relações sociais.

Paralelamente há uma enorme revolução silenciosa ocorrendo, que consiste em uma nova fase de reorganização do capitalismo mundial, potencializada pela revolução científico-tecnológica que derruba barreiras geográficas ao permitir a comunicação global em escala de tempo real, provocando uma concentração de riqueza em padrões nunca antes vistos, fortalecendo e ampliando o poder político e econômico de grupos que passam a ditar os rumos do futuro.

Essa nova fase de acumulação capitalista traz conseqüências no plano político-jurídico, segundo Tarso Genro, que, apesar de não serem totalmente perceptíveis, apresentam algumas tendências:

“I – Uma metodologia interpretativa que considere os direitos constitucionais cada vez mais programáticos e menos ‘materiais’, realizando um distanciamento ainda maior entre a Constituição e a vida real do cidadão; II – Haverá um grande esforço legislativo, no sentido de considerar as Constituições ‘enxutas’ como Constituições modelares, deixando um vasto espaço para disputas ‘via’ livre jogo das forças sociais, ou ‘via’ deci-

sões das Cortes Constitucionais; III – A defesa da agilidade e da rapidez, como valor político e jurídico ontológico, será um instrumento de privatização da distribuição da justiça, como estímulo à arbitragem privada e a suspensão, no campo processual, de medidas liminares que tendam a obstaculizar grandes investimentos e grandes negócios; IV – (...) Uma filosofia jurídica a serviço do ‘novo *status quo*’ que crie categorias jurídicas que permitam a relativização dos direitos do cidadão, que só podem ser exercidos plenamente através do Estado; (...) V – Se é verdade que a Filosofia do Direito das classes dominantes até agora ‘segura-se’ nas formulações positivistas, procurando separá-las do que o Iluminismo revolucionário entendeu como ‘direito natural’, é provável que hoje proceda-se uma construção inversa; crie-se uma espécie de ‘naturalismo social’, lastreado numa nova espécie de ‘*laissez faire*’, que procure extinguir radicalmente o império das leis capazes de sustentar direitos que possam perturbar os novos patamares da acumulação, necessários para a universalização da sociedade informática” (1994, p. 38-39).

Com isso, as relações entre Executivo, Legislativo e Judiciário passam a ser mais tensas na medida em que o Executivo, após uma fase de concentração de poderes em suas mãos, passa a ser o principal “legislador” e responsável pela implementação de reformas que criem o “ambiente” favorável aos interesses dos grandes grupos econômicos¹⁰, e encontra no Legislativo e Judiciário oposições, ainda que fundadas em um liberalismo positivista que prima pela ordem e segurança do ordenamento jurídico, que devem ser superadas¹¹.

É nesse contexto que o Poder Judiciário sofre uma crítica pública, por um lado mediada pela opinião difusa de setores da sociedade que criticam o poder por este não

atender seu papel essencial – garantir a efetividade dos direitos fundamentais –, pois não operou a transição do paradigma liberal-positivista para um paradigma em que o papel político dos tribunais é realçado, e por outro passa a ser atacado pelos Executivos, novos “gerentes” institucionais da ordem econômica mundial que vêm no Estado genericamente, e no Judiciário especificamente, um entrave aos interesses monopolísticos, que procuram esvaziar o Estado e a Constituição do seu poder normativo¹².

Nesse fogo cruzado, os tribunais passam a ter de fazer uma opção essencialmente política – as demandas da cidadania ou os interesses do mercado?

7. A crise do Poder Judiciário no Brasil – alguns apontamentos

Em que pesem as deficiências do plano geral exposto até agora, pois há uma complexidade inerente ao real impossível de ser esgotada conceitualmente, constituído, como já havíamos afirmado no início, de um panorama geral sobre a modernidade e suas instituições e o papel reservado ao Poder Judiciário, é chegado o momento de fazermos algumas observações – precisamente duas – acerca dos problemas que atingem o Judiciário no Brasil e aprofundam o sentido da crise.

Não obstante haver uma série de fatores que participam diretamente da construção da crise que assola o poder, tematizados por cientistas políticos, juristas, sociólogos, muitos deles passíveis de serem verificados empiricamente, acreditamos ser necessário registrar dois deles: a) a tensão entre as promessas da Constituição de 1988 e sua inefetividade, e b) a (de)formação jurídica dos operadores do direito.

7.1. Brasil: o desmonte do estado do bem-estar social que não houve

O ambiente de destruição dos ideais da modernidade anteriormente exposto assume uma característica peculiar no Brasil, país

que de uma forma geral não conheceu a maturidade das instituições da modernidade, marcado desde a época do império por um acordo político entre as elites burocráticas e oligarquias (no período imperial, rurais, hoje urbanas, estabelecidas nos grandes grupos empresariais), que se apossaram do Estado para instrumentalizá-lo com a finalidade de atingirem seus objetivos econômicos.

Sérgio Adorno propôs uma reflexão acerca desse paradoxo – liberalismo retórico e patrimonialismo efetivo – que marcou de forma indelével a formação do Estado brasileiro, afirmando que

“a soberania que esteve proclamada solene e retoricamente nas leis, não esteve por certo presente nos costumes; prevaleceu a desigualdade na liberdade; haja vista a crença, quase ardente, entre as elites dominantes de que os ‘excessos’ comprometiam a tranqüilidade, a propriedade e a segurança dos indivíduos. (...) Em outras palavras o impasse consistiu em ‘conciliar’ a natureza patrimonial do Estado brasileiro sob o regime monárquico com o modelo jurídico liberal de exercício de poder” (1988, p. 47, 55).

Com essas características – liberalismo retórico manipulado por elites ilustradas e patrimonialismo/autoritarismo efetivos –, vivemos no Brasil, durante toda a fase republicana, inúmeros sobressaltos institucionais com ditaduras, golpes de Estado, tentativas de ampliação da participação popular sufocadas, coexistindo com um Estado dirigente e autoritário, mas, e aqui reside uma diferença fundamental em relação aos EUA e Europa, sempre voltado aos interesses econômicos das elites locais e estrangeiras, sem ter em nenhum momento articulado as instituições que atenderiam as demandas por direitos: até hoje não temos uma rede de ensino público fundamental que universalize o acesso à escola – garantia das mais elementares em uma democracia.

É nesse contexto que a Constituição de 1988 é promulgada, após um longo período

de autoritarismo e sob uma nova fase de intensa participação popular, traçando em linhas gerais a arquitetura de um Estado Democrático Constitucional de Direito, com vistas a criar as condições jurídicas e institucionais para a efetivação dos direitos fundamentais e atender as promessas da modernidade, com algumas décadas de atraso em relação aos países centrais.

Porém, alguns anos após sua promulgação, passa a ser atacada por todos os lados, pois foi formulada como instrumento jurídico-político em um mundo em que o *Welfare State* europeu estava em crise e, como já vimos, em um ambiente em que os grandes grupos econômicos procuram esvaziar o Estado do seu poder normativo.

Assim, de um simulacro de modernidade (José Ribas Vieira apud STRECK, 1998, p. 205), de uma modernidade tardia e arcaica (Alain Touraine apud STRECK, 1998, p. 205), estamos passando para o desmonte de uma promessa de algo que não existiu – o Estado de Bem-Estar Social brasileiro.

7.2. Os operadores do direito e o paradigma liberal-positivista

São inúmeras as reflexões em relação à formação jurídico-política dos operadores do direito no Brasil, e, em especial, da formação dos magistrados.

De um modo geral, a magistratura brasileira foi formada a partir de uma matriz liberal-positivista que pressupõe a atividade jurisdicional como a resolução de conflitos interindividuais e, portanto, é em sua maioria refratária a judicialização de conflitos coletivos; concebe o direito como desprovido de valores axiológicos, e nessa medida não concebe a possibilidade de interdisciplinariedade metodológica como necessária à cognição dos fenômenos reais; é informada dos valores da tradição bacharelesca, na medida em que ostenta a oratória ornamental, desprovida de vinculação com o real e que esvazia de eficácia o direito, como característica cultural importante; e, por fim, apegada aos aspectos formais em detrimento,

muitas vezes, dos aspectos materiais do fenômeno jurídico.

Esse “caldo cultural”, que é inerente à tradição jurídica brasileira, é potencializado pela expansão desmedida dos cursos jurídicos no Brasil a partir da década de 60, formando milhares de operadores jurídicos que irão ocupar os postos da magistratura no período subsequente.

Apesar de estar havendo uma reversão dessa tendência ao conservadorismo a partir do início da década de 90, que pode ser verificada na pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros/IUPERJ (VIANNA, 1998), há ainda um enorme descompasso entre a formação jurídica dos magistrados (e demais operadores do Direito) que se expressa nas práticas jurídicas dos tribunais e a efetiva realidade do país que se apresenta nas necessidades/expectativas da sociedade brasileira¹³.

8. Considerações finais

a) Procurou-se demonstrar que apropriações conceituais acerca da crise do Poder Judiciário que se restrinjam aos aspectos externos das decisões judiciais – estrutura, número de juízes, custos operacionais, produtividade decisória –, em que pesem sua disfuncionalidade em relação a um tipo-ideal de instituição da modernidade, são insuficientes, na medida em que desfocam o objeto de sua relação com o contexto em que está inserido, contexto que em geral encontra-se em crise.

b) É a partir da compreensão do desenvolvimento das instituições da modernidade (Estado, divisão de poderes, democracia, direitos do Homem, papel normativo do direito) que vamos compreender em que medida o Poder Judiciário constrói práticas regressivas (e, portanto, negadoras das instituições modernas) que geram impasses entre estas e as expectativas sociais.

c) Para que haja tal apropriação conceitual, é necessário que se deixem de lado concepções positivistas do direito e estabele-

çam-se relações interdisciplinares com outras áreas do conhecimento que tragam “luzes” à complexidade social em que o fenômeno jurídico está inserido.

d) Em tal contexto, a atividade do juiz está revestida de caráter político e, portanto, necessariamente aberta a opções valorativas.

e) A crise do Poder Judiciário no Brasil pode ser delimitada pela não-articulação das instituições modernas, a não-efetividade dos direitos fundamentais, um desprezo por tais demandas expresso por uma hermenêutica jurídica conservadora, revestida de uma ornamentação liberal, causando uma tensão essencial entre tal realidade, por um lado, e as expectativas sociais, de outro.

f) Em que pesem as profundas raízes de tal crise, há a partir da década de 90, como verifica-se na pesquisa AMB/IUPERJ, ainda que de forma tímida, uma alteração em tal tendência de reprodução do discurso jurídico dominante.

Notas

¹ Tais análises que partem de um pressuposto de funcionalidade acerca da atuação do Poder Judiciário, em que pesem sua importância no debate, não são suficientes para estabelecer uma compreensão mais precisa acerca dos problemas, na medida em que não estabelecem um referencial sobre o papel dos juízes na modernidade, limitando-se a análises externas ao objeto. Não havendo um referencial, não há possibilidade de estabelecer uma funcionalidade.

² Pesquisa no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário demonstra que dos 4.209.623 processos entrados em 1990 no Brasil, apenas 2.434.842 (57,83%) foram julgados, havendo um resíduo de 1.774.781 (42,16%) (SADEK, [s.d.], p. 34-45).

³ Nessa primeira fase, com uma forte tematização do direito de liberdade, propriedade e autopreservação.

⁴ O direito civil ao qual Montesquieu remete é fruto da recepção do direito privado romano e sua síntese com o direito germânico, o qual passará posteriormente pelo período das codificações (Código de Napoleão – 1804) e influenciará historicamente diversos países, que atualmente denominamos

como pertencentes ao sistema romano-germânico, continental, ou *civil law*, em contrapartida ao *common law*.

⁵ Alexander Hamilton, James Madison e John Jay foram deputados constituintes que publicaram artigos nos jornais de Nova York durante o período em que a Constituição norte-americana, redigida na Convenção da Filadélfia em maio de 1787, estava sendo discutida nos Estados, textos que, mais tarde, foram compilados e publicados em *O federalista*.

⁶ O poder de julgar a constitucionalidade das leis foi atribuído à Suprema Corte Americana após o famoso acórdão de John Marshall no caso *Marbury v. Madison* em 1803 (RODRIGUES, 1991, p. 81).

⁷ “O controle por via de exceção, aplicado às inconstitucionalidades legislativas, ocorre unicamente dentro das seguintes circunstâncias: quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar. (...) Estabeleceu-se desde aí um sistema americano de controle que consagra a via de exceção, de modo que todo tribunal federal ou estadual, não importa sua natureza ou grau hierárquico, poderá exercitar esse controle, sentenciando numa demanda a inconstitucionalidade da lei “ (Cf. BONAVIDES, 1997, p. 272, 281).

⁸ Samuel Freeman afirma que o controle jurídico da constitucionalidade das leis “encontra-se entre os dispositivos procedimentais com os quais os cidadãos soberanos livres e iguais podem racionalmente concordar e, à luz do conhecimento que têm das condições históricas, impor aos processos legislativos majoritários restrições substantivas, para proteger os direitos básicos iguais que articulam a soberania democrática” (Cf. FREEMAN, 1994, p. 190).

⁹ Anthony Giddens afirma que “descobrimos que nada pode ser conhecido com alguma certeza, desde que todos os ‘fundamentos’ preexistentes da epistemologia se revelaram sem credibilidade” (Cf. GIDDENS, 1991, p. 52).

¹⁰ Desnecessário apresentar um exemplo mais ilustrativo que a postura do executivo federal brasileiro no caso da medida provisória que concede vantagens para a instalação da empresa FORD na Bahia.

¹¹ Seria interessante analisar tal paradoxo: a tentativa explícita por parte do governo federal brasileiro em “arrumar” o Poder Judiciário, que tradicionalmente foi conservador, isto é, que nunca se preocupou com a efetivação dos direitos fundamentais, funcionando mais como legitimador das decisões políticas das elites brasileiras.

¹² Ficam patentes tais intenções nas palavras do Deputado Aloysio Nunes Ferreira, Relator do Proje-

to de Reforma do Judiciário que tramita no Congresso Nacional, ao afirmar que está entre as intenções da “reforma” a limitação do poder normativo do Estado, inicialmente nos conflitos capital-trabalho, e a desjudicialização dos conflitos econômicos, remetendo-os ao “livre jogo das forças do mercado”.

¹³ Vide como exemplo o Mandado de Injunção que, após sucessivos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, foi redefinido em relação ao seu objetivo inicial expresso na Constituição Federal de 1988, em prejuízo dos interesses da sociedade.

Bibliografia

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia de direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL, Congresso Nacional. *Parecer do relator deputado Aloysio Nunes Ferreira à comissão especial de reforma do poder judiciário que analisava a proposta à constituição nº 96-A/1992 “que introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário” e apenas (PEC’s nº 112-A/95, nº 127-A/95, nº 215-A/95, nº 368-A/96 e nº 520-A/97)*, 1999.

CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *Algumas reflexões sobre o impacto do sistema judiciário no desenvolvimento brasileiro*. Florianópolis, 1999, (mimeo.).

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência. *Revista USP* (Dossiê Judiciário), São Paulo, v. 21, p. 12-21.

FREEMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. *CEDEC*, São Paulo: Lua Nova, 1(32), p. 181-199, 1994.

GENRO, Tarso. Orçamento participativo e democracia. *Zero-Hora*, Porto Alegre, 10 jun. 1999. p. 15.

_____. Nova crise do direito e do estado. *Direito em Debate*, Unijuí, 1(1): 29-40, set. 1994.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: EDUNESP, 1991.

- GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. Tradução de Martha Conceição Zamboni. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1990.
- HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1988.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Leôncio Gontijo de Carvalho et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Tradução de E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *Direito e política: os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- SADEK, Maria Teresa; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do judiciário e a visão dos juízes. *Revista USP* (Dossiê Judiciário), São Paulo, v. 21, p. 34-45.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.
- STRECK, Lênio Luiz. A constitucionalização do direito: o óbvio a ser desvelado. *Revista do SAJU/ Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre*, 1(1), p. 202-218, dez. 1998.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.
- VIANNA, Luiz Werneck et alli. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan/IUPERJ, 1998.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Tradução de José Medina Echavarría et al. 2. ed. 3. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1977.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Direito, Estado e Contrato Social no pensamento de Hobbes e Locke: uma abordagem comparativa

Antonio Carlos de Almeida Diniz

Sumário

1. Introdução. 2. Antecedentes históricos. 2.1. John Locke. 2.2. Thomas Hobbes. 3. A premissa pré-estatal do estado de natureza. 4. O imperativo da institucionalização do Estado civil. 5. As formulações contratualistas em Locke e Hobbes. 6. Do Estado absoluto ao Estado liberal. 7. Direitos naturais e leis civis. 8. Conclusão.

1. Introdução

O presente estudo objetiva identificar e discutir os fundamentos teóricos que arrimam as formulações políticas de John Locke (1632-1704) e Thomas Hobbes (1588-1679), tomando por trilha a análise comparativa dos principais pontos de aproximação e divergência nas teorias contratualista e jusnaturalista de ambos os filósofos. Para tal desiderato, procederemos inicialmente a uma breve contextualização histórica e, em seguida, abordaremos as premissas, delineamentos e conclusões a que chegaram Locke e Hobbes a partir do cotejo doutrinário de suas respectivas obras capitais nesse campo, os “Dois Tratados sobre o Governo Civil” (1690) e “O Leviatã” (1651); além de, sempre que necessário, recorrer a eventuais referências contidas em demais obras dos autores mencionados, em busca de complemento e apoio conceitual às considerações esboçadas.

Antonio Carlos de Almeida Diniz é Advogado e Mestrando em Direito Constitucional e Teoria do Estado na PUC/RJ.

Embora Hobbes e Locke fossem contemporâneos e vivenciassem simultaneamente tempos difíceis e conturbados devido a não

poucas disputas e guerras, cada qual se posicionou em tópicos relevantes de suas cosmovisões políticas de modo muito particular, oferecendo para dados emprestados de sua realidade histórica imediata ou de construções de raciocínio soluções e caminhos bem distintos. E, apesar de formalmente, do ponto de vista histórico e filosófico, ambos serem posicionados como pertencentes à escola do direito natural pós-medieval, ver-se-á o quanto o jusnaturalismo em um e outro assume vertentes diferenciadas. De fato, enquanto o jusnaturalismo de Hobbes pode ser diretamente associado como ponto de partida para sua formulação do *homo artificialis*, o Estado absolutista; o jusnaturalismo de Locke constitui uma premissa justificadora do liberalismo político inerente à sua concepção de um Estado limitado.

O paralelismo entre aspectos e nuances cruciais da teoria contratualista em dois dos mais destacados e influentes filósofos políticos da idade moderna resulta especialmente importante para melhor compreensão dos próprios fundamentos do constitucionalismo moderno, em razão da atualidade perene de seus principais escritos, os quais lograram superar sua imediatidade temporal; prestando-se, como se prestam, e oxalá continuarão a se prestar, a renovadas e instigantes releituras por parte de seus estudiosos ao longo dos tempos.

2. Antecedentes históricos

2.1. John Locke

John Locke nasceu a 29 de agosto de 1632, em Somerset, perto de Bristol, numa família de pequenos comerciantes burgueses, da linha puritana da Igreja Anglicana; falecendo em High Lever, Essex, no ano de 1704.

Ainda jovem, Locke iria conviver de perto com um dos períodos mais turbulentos da história inglesa: em 1642, tem início a Guerra Civil, puritanos e presbiterianos escoceses rebelam-se contra o monarca; em 1649, Carlos I foi executado pelos revolucio-

nários; em 1652, instaura-se o protetorado de Oliver Cromwell. Em 1648, quando explodiu a revolução, seu pai adotaria a causa puritana, lutando na guerra como capitão das tropas ligadas ao parlamento. Quando, por fim, em 1660, houve a chamada restauração da monarquia inglesa sob Carlos II, seguindo-se então um período de relativa paz e segurança, Locke contava então com 28 anos.

Nos anos seguintes, paralelamente aos estudos, tomaria contato em Oxford com correntes de religiosos moderados, os *latitudinari*, defensores de uma teologia cristã racionalista no âmbito da Igreja Anglicana. Ainda em Oxford, à medida que se distanciava do aristotelismo escolástico dominante, aproximava-se dos círculos de empiristas. Profissionalmente, Locke finalmente escolhe seguir a carreira de médico. Por essa época, a nova cultura científica, do tipo da defendida por Descartes e Robert Boyle, persistia banida dos currículos universitários. Não por coincidência, a única disciplina científica, na acepção restrita de ciência natural-experimental, ensinada na universidade era a medicina. Entre 1660 e 1664, escreveria suas primeiras obras políticas: os dois ensaios sobre o magistrado civil. Desses escritos iniciais sobressai um traço autoritário e radical evidente, refletindo a poderosa influência exercida por Hobbes, com cuja obra Locke tomara contato na faculdade. Nesse período, escreveria também os seus oito “Ensaio sobre a Lei Natural”, em que procuraria ressaltar os pontos comuns entre filosofia e política, a partir da visão jusnaturalista.

Em 1665, verifica-se o acontecimento que doravante emprestaria um novo sentido a sua vida. No verão desse ano, encontra-se com Anthony Ashley Cooper, posteriormente Lord e primeiro conde de Shaftesbury, que tinha ido a Oxford para um tratamento de águas. Desde então, Locke se empenharia em assisti-lo no controle de sua enfermidade, ministrando-lhe seus conhecimentos de medicina experimental. Em 1667, seria no-

meado médico particular de Lord Ashley e convidado a residir em sua propriedade, em Londres. Com o tempo, além de médico pessoal, Locke passaria a exercer as funções de seu conselheiro político. A amizade com Ashley mudaria completamente o curso da vida do filósofo, franqueando-lhe o acesso aos círculos políticos ingleses. Vivamente impressionado com a atuação de Locke, o Lord ser-lhe-ia grato pelo resto da vida.

Ashley militava politicamente no partido Whig e era um árduo defensor dos interesses parlamentaristas da burguesia proprietária de terras. Na sombra de sua meteórica carreira política, entre 1667 e 1672, Locke não apenas será influenciado pelos seus ideais políticos, como certamente exercerá também como militante partidário do partido Whig um particular influxo na consolidação dos interesses da burguesia mercantil emergente. Em 1672, Ashley atingiu a culminação de sua vida política, tornando-se conde de Shaftesbury, sendo a seguir nomeado Chanceler, o mais alto cargo público do país. Acompanhando-o, Locke ocuparia a pasta de Secretário do Conselho de Comércio e Agricultura. Em 1675, Lord Ashley perde todos os seus cargos e Locke conseqüentemente é obrigado a abandonar suas atividades políticas. Com a queda de Ashley, e a crescente perseguição movida por Carlos II (1630-1685) contra seus opositores, Locke se sentirá cada vez menos seguro em seu próprio país. Em 1683, falece Lord Ashley e Locke se refugiará pelos cinco próximos anos na Holanda. O longo cenário de disputas entre Parlamento e Coroa encontrará seu término com a Revolução Gloriosa de 1688, quando finalmente o Parlamento alcança a supremacia política. Jaime II, sucessor de Carlos II, é deposto, e Guilherme de Orange e sua esposa Maria são convocados a assumir o trono inglês. A ascensão do novo regente marca também a reabilitação política de Locke, que, voltando à cena política inglesa, será nomeado um de seus conselheiros.

O ano de 1690 será um dos mais profícuos do ponto de vista intelectual para Locke, com

a publicação simultânea de seus escritos mais importantes, “Os Ensaios sobre o entendimento humano” e “Os Dois Tratados sobre o Governo Civil”. Locke, médico de formação, embora tenha escrito muitas outras obras de cunho religioso, moral e até médicas, acabaria por granjear fama e reconhecimento de seus pósteros pelos seus “Ensaios sobre o entendimento humano”, no campo filosófico propriamente dito, e pelos seus “Dois Tratados sobre o Governo Civil”, no campo das idéias políticas. Mesmo porque diversos dos seus escritos jamais chegaram a ser publicados em vida. E, outros mais, foram-no anonimamente, entre os quais situam-se os “Dois Tratados”. Nestes dois tratados, partindo de um imperativo político conjuntural, a necessidade de se refutar a tese do direito divino dos reis de fundo paternalista levantada por Robert Filmer, sua obra “O Patriarca”(1680), Locke elaborará toda uma teoria de governo e de estado limitados pela premissa jusnaturalista dos direitos subjetivos inalienáveis. Peter Laslett, em sua introdução crítica à edição inglesa dos Dois Tratados, fornece convincentes indícios de que, embora somente publicados em 1690, após a Revolução Gloriosa (1688), estes hajam sido escritos por Locke pelo menos dez anos antes, quando o patrono de Locke, o já citado Conde de Shaftesbury, “considerava seriamente a resistência armada caso Carlos II se recusasse a excluir seu irmão católico, Jaime, da linha de sucessão do trono” (McFARLANE, 1981, p. 23).

2.2. *Thomas Hobbes*

Thomas Hobbes nasceu a 5 de abril de 1588, em Westport, hoje parte de Malmesbury, Inglaterra, vindo a falecer em 4 de dezembro de 1679.

Um evento em especial marcará não apenas sua infância, mas também sua vida inteira: a ameaça da invasão da Inglaterra pela invencível armada espanhola, ao tempo da rainha Elisabeth I (1558-1603). Consta que o medo da invasão causou o nascimento prematuro de Hobbes. Em sua auto-

biografia, o filósofo fará menção ao episódio escrevendo que sua mãe deu luz a gêmeos, “a mim e ao medo”. Não por acaso, em toda a sua vida a ânsia de segurança e estabilidade estarão sempre presentes, assim como o temor da morte violenta deixará forte impressão em seus escritos.

Filho de um clérigo, de poucos recursos, Hobbes foi educado pelo tio materno, sob cuja custódia receberia desde cedo sólidos conhecimentos de grego e latim. Bacharelou-se pelo Magdalen College de Oxford, em 1608. Logo a seguir, iria trabalhar como preceptor da família do Barão William Cavendish, função que manteria, com algumas interrupções, pelo resto de sua existência. A aproximação de Hobbes com a família Cavendish lhe seria bastante útil porque oferecia tranquilidade e um grande acervo bibliográfico para dedicar-se à leitura e desenvolver suas reflexões. Hobbes se interessava particularmente pelos livros de história, pois acreditava que o estudo das concepções políticas requereria antes a leitura dos historiadores. Quando não estava a serviço do clã Cavendish, Hobbes exercia a função de preceptor de uma ou outra família aristocrática. Sua tarefa nesse campo era grandemente facilitada não apenas pelo seu conhecimento linguístico, mas também pela sua cultura humanística que, a exemplo de Locke, fazia-o interessar-se por matérias tão distintas quanto lógica, história, filosofia, direito e matemáticas.

Ao longo de suas muitas viagens pelo continente, Hobbes travará conhecimento e amizade com algumas das maiores mentes do seu tempo, como Francis Bacon, Descartes, Galileu e Mersenne. Após uma série de discussões em rodas de intelectuais sobre assuntos filosóficos, um tema em particular o impressionou vivamente: a questão do sentido e das causas da diversidade dos movimentos dos corpos. Planejará então o lançamento de uma trilogia filosófica: *De Corpore*, no qual tentará provar como fenômenos físicos são explicáveis em termos de movimento (1655); *De Homine*, acerca do movi-

mento específico relativo ao conhecimento e apetite humanos (1658); e *De Cive*, tratando da organização social (1642). Em 1640, quando os primeiros manuscritos de *De Cive* começam a circular, provocam reações contrárias de todas as partes, dos monarquistas porque acreditava no contrato social, dos parlamentaristas porque defendia o absolutismo, dos teólogos porque o consideravam ateu. O clima pouco favorável ocasionado pela divulgação de suas idéias faria com que se exilasse em Paris no mesmo ano. Pouco depois estoura a Guerra Civil inglesa. Em 1646, ainda em Paris, Hobbes torna-se preceptor de Carlos II, príncipe de Gales e futuro rei. Em 1651, publicará seu *magnum opus* “O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder da Comunidade Eclesiástica e Civil”. No mesmo ano, Cromwell concede uma anistia, e Hobbes torna à Inglaterra.

Hobbes, mesmo depois de idoso, preservava o temperamento enérgico e combativo da mocidade, não raro se envolvendo em debates e polêmicas no campo político e religioso. Os seus escritos e idéias lhe granjearam fama e muitos inimigos na Inglaterra. Não obstante a proteção real de Carlos II, ao defender veementemente suas doutrinas, Hobbes acabava por atrair a ira e perseguições dos seus adversários. Consta que foi assim até o fim de sua longa vida, em 1679.

Seu “Leviatã” propõe-se a expor e estabelecer a necessidade, justificativa e premissas fundamentais sobre as quais assentará sua construção teórica em defesa de um superdimensionado Estado protetor, integralmente racional, laico, civil, secular, em que não haveria espaço para qualquer espécie de crenças e superstições. Com efeito, nas duas primeiras partes da obra, sistematizará as linhas gerais de sua teoria política, enquanto a terceira e quarta se ocuparão de uma vigorosa crítica à doutrina jurídica da Igreja e à política eclesiástica; fato que, não é preciso dizer, conseguiu o feito de aumentar ainda mais a ira do clero contra si. O nome “Leviatã” deriva de um monstro de origem bíblica (Jó, 3,8; 40, 25; Sl. 74, 14). Esse

animal mítico de “muitas cabeças” será utilizado por Hobbes como uma representação simbólica do Estado civil, ou “deus mortal” (HOBBS, 1974, p. 110), descrito logo na introdução de sua obra, como sendo “um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado” (p. 9).

3. *A premissa pré-estatal do estado de natureza*

A formulação do denominado estado de natureza como premissa lógica fundamental dos contratualistas sempre foi alvo de controvérsias entre os teóricos e seus comentaristas. Para alguns, o estado de natureza seria uma construção filosófica abstrata visando apenas atribuir algum fundamento racional à necessidade da criação da sociedade politicamente organizada. Para outros, seria um dado historicamente verificável e localizável do ponto de vista etnológico. Em linhas gerais, Hobbes estava entre os primeiros, e Locke entre os últimos.

Com efeito, Locke concebia o estado de natureza como um fato histórico real, chegando ao ponto de valer-se de diversos relatos etnográficos, como aqueles descritos por Garcilaso de la Vega e José Acosta, para comprovar sua existência¹. A construção da premissa do estado de natureza, do qual fará derivar toda teoria sócio-política posterior, assenta-se na justificativa de sustentar tese diversa da encampada por Robert Filmer (1588-1653), ideólogo do partido realista, em sua obra *O Patriarca* (1680), acerca da origem genealógica do direito divino dos reis. O direito divino dos reis em Filmer encontra seu fundamento na perpetuação hereditária do poder monárquico absoluto concentrado primitivamente em Adão e transmitido em linhagem sucessiva historicamente aos monarcas; poder esse recebido por Adão e Noé do próprio Deus, assegurando-lhe primazia sobre todos os demais de sua e das demais espécies. Para Filmer, os homens

não são livres, mas completamente submissos a esse poder supremo de origem divina investido na figura do soberano. Utilizando dessa premissa legitimatória, Filmer iria dela se valer para justificar o domínio das propriedades por parte daqueles investidos desse poder de origem adâmica. Logo no início do Segundo Tratado, Locke resume as principais teses de Filmer, refutadas ao longo do Primeiro Tratado, para retomar e delimitar o campo de sua própria exposição acerca da origem, limites e fins do governo civil.

Opondo-se radicalmente às sustentações do autor de “O Patriarca”, Locke estabelece de partida o fundamento de sua teoria política na existência verossímil de um chamado estado de natureza, definido por suas palavras como um

“estado de perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem (...) Estado também de igualdade, no qual é recíproco qualquer poder e jurisdição, ninguém tendo mais do que qualquer outro; nada havendo de mais evidente que criaturas da mesma espécie e da mesma ordem, nascidas promiscuamente a todas as mesmas vantagens da natureza e ao uso das mesmas faculdades, terão também de ser iguais umas às outras sem subordinação ou sujeição...” (Op. cit. § 4).

Com algumas variações, essa definição será recorrente ao longo de todo o Segundo Tratado. Nessa condição, os homens enquanto criaturas de Deus se igualam e se perpetuam conforme os desígnios divinos e de ninguém mais. Compartilhando uma vida comunal lastreada em direitos subjetivos tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a saúde e a integridade física, Locke considera tal estado uma situação ideal a ser mantida, não fossem as inerentes dificulda-

des de se permanecer indefinidamente nessa *conditio*. Esse estado de coisas seria desejável, caso não se revelasse inviável em vista de certos comportamentos humanos que perturbariam inevitavelmente a sua segurança e paz características estabelecidas pela lei da natureza. Na existência natural, cada homem é senhor de si mesmo e, portanto, não deve obediência a ninguém mais, a não ser aos ditames de sua razão. Inexoravelmente, prevê Locke, haverão de surgir ataques e agressões pontuais a essa situação estabelecida por meio de diferentes indivíduos por causas as mais diversas, gerando a necessidade de uma ação atual e proporcional de modo a assegurar a própria preservação do estado de natureza.

A luz da razão seria a própria lei fundamental a governar todos os homens na condição natural. A razão, segundo Locke, seria o liame subjetivo comum a todos os indivíduos porventura nela existentes. É, precisamente, quando os homens se afastam da razão cedendo a seus apetites bestiais e perversos, que eles saem do estado de natureza e passam a uma outra condição. Uma vez se comportando contrariamente aos ditames da lei natural da razão, fundamento do estado de natureza, esses homens se colocam fora-da-lei e, como decorrência, deverão ser punidos e não mais usufruirão dos direitos subjetivos garantidos pela *ratio* na proporção da violação cometida. Possuindo, como anteriormente referido, jurisdição recíproca, os homens possuem poder de julgar e executar a punição do transgressor na medida do seu crime. Isso acontecendo, induzirá ao aparecimento do segundo estado concebido por Locke como sendo de guerra. Qualquer indivíduo que se ponha em conflito com os demais e ameace a paz e serenidade do estado de natureza coloca-se automaticamente em estado de guerra contra todos os outros componentes da vida natural. Em tal contexto, ora qualquer dos membros se legitima para reprimir e prevenir práticas criminosas, ora apenas a vítima para pedir reparação pelo dano sofrido. Segundo Locke,

repressão e compensação seriam “as duas únicas razões pelas quais um homem pode impor um dano a outro”. E isso porque há o evidente imperativo de se assegurar a continuidade da vida natural, impondo castigos, a título de exemplo, de modo a desestimular infrações similares:

“Sendo essa transgressão crime contra a espécie toda e contra a paz e a segurança estabelecida pela lei da natureza, qualquer homem, por esse motivo, em virtude do direito que tem de preservar a Humanidade em geral, pode restringir ou, quando necessário, destruir tudo quanto lhe seja prejudicial, fazendo recair sobre quem transgrediu a lei malefício tal que o leve a arrepende-se de tê-lo feito e assim impedindo-o e a outros, pelo exemplo deste, de fazer malefício semelhante. E neste caso e pelo mesmo motivo, todos tem o direito de castigar o ofensor, tornando-se executores da lei da natureza”(Op. cit.§ 8).

Na visão lockeana, fora da razão e da equidade, o indivíduo assemelhar-se-ia aos animais, podendo ser punido ou executado como se fere ou se mata um animal qualquer. A jurisdição recíproca derivada da igualdade e liberdade do estado de razão dá lugar à justiça retributiva, baseada na repressão e na reparação. Em seu favor, Locke enunciará, remetendo-se à Bíblia e á figura de Caim, o que chama de “a grande lei da natureza”: “Quem derramar o sangue do homem, pelo homem verá seu sangue derramado”(§ 11).

Sob uma perspectiva oposta, o estado de natureza será associado por Hobbes a um estado de degradação, selvageria, dispersão, pobreza e medo. Nessa condição em que os homens estão livres para fazer o que desejarem, vigora a lei do mais forte. O individualismo encontra o seu apogeu. É, por assim dizer, um estado de medo, no qual nenhuma segurança é possível, e no qual a única lei é a da espada. Para Hobbes, um tal estado de natureza generalizado nunca teria

existido, embora suspeitasse que os indivíduos nas Américas vivessem em condição semelhante. Diferentemente de Locke, portanto, que o concebia como um evento histórico real, Hobbes atribuía a tal condição mais um aspecto de construção lógica de uma situação-limite a fim de justificar a criação do estado civil, do que uma positividade histórico-fática. Se distinguirmos a ambivalência conceitual do estado natural em Locke, em um estado de natureza ideal, associado com a harmonia e o império da razão nas relações humanas, e um estado de natureza real, ligado à insegurança, arbitrariedade e lutas constantes (cf. Raymond Polimapud BOBBIO, 1998, p. 179 e 186), o estado de natureza de Hobbes certamente equivalerá a este último. De fato, no *Leviatã*, o estado natural corresponde a uma situação beligerante. Os homens estão dispostos a tudo em nome da competição, da desconfiança e da glória. Nessa *conditio*, escreve, “durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter em respeito, eles se encontram naquela condição de guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens”(OS PENSADORES, 1974, p. 79). Este *status naturae* é associado por Hobbes com o *locus* da anarquia, do caos:

“Numa tal situação não há lugar para a indústria, pois seu fruto é incerto; conseqüentemente não há cultivo da terra, nem navegação, nem uso das mercadorias que podem ser importadas pelo mar; não há construções confortáveis(...); não há conhecimento da face da Terra nem cômputo do tempo, nem artes, nem letras; não há sociedade; e o que é pior que tudo, um constante temor e perigo de morte violenta. E a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta”(p. 80).

Locke, indo muito além de Hobbes, admitirá implicitamente em sua formulação do estado natural até mesmo um razoável grau de organização social. Nos trechos do Se-

gundo Tratado em que se reporta à invenção do dinheiro e à necessidade de justificar a apropriação ampliada da propriedade², pelo consentimento tácito ou por convenção, postula implicitamente a existência de uma economia de mercado ainda no estado de natureza, e antes da formação do corpo político. Quanto a Hobbes, isso era impensável antes da instituição do poder civil, para quem só pode haver sociedade com o aparecimento do Estado regulador na figura do soberano. No estado de natureza, não é possível haver propriedade porque, segundo Hobbes, tudo é de todos (estado indiviso). A propriedade apenas surgiria formalmente com o Estado e as leis.

Se, por um lado, o estado de guerra definido por Locke equivale ao estado de natureza hobbesiano, por outro constata-se que a condição natural e a de guerra parecem se confundir em certas passagens, ensejando notórias ambigüidades. Suas descrições do estado de guerra em termos de uma situação de inimizade, de destruição, de cedição aos ódios, às injustiças, aos temores assemelham-se em muito às concepções de Hobbes relativas ao estado natural. A diferença fundamental é que em Locke os dois estados (natureza e civil) podem conviver, ao menos transitoriamente, com a irrupção de um status belicoso. Por outras palavras, o estado de guerra pode ser deduzido tanto do estado de natureza como da sociedade civil. Basta que os homens afastem-se da lei natural/razão, tanto num quanto noutro estado, para caírem imediatamente sob o império da guerra. No § 19 do cap. III do ST, Locke elegantemente faz alusão a Hobbes e seus seguidores, acusando-os de haver confundido o estado de guerra com o estado natural:

“...o estado de natureza e o estado de guerra que, muito embora certas pessoas tenham confundido, estão tão distantes um do outro como um estado de paz, boa vontade, assistência mútua e preservação está de um estado de inimizade, malícia, violência e

destruição mútua. Quando os homens vivem juntos conforme a razão, sem um superior comum na Terra que posua autoridade para julgar entre eles, verifica-se propriamente o estado de natureza. Todavia, a força, ou um desígnio declarado de força, contra a pessoa de outrem, quando não existe qualquer superior comum sobre a terra para quem apelar, constitui o estado de guerra; e é a falta de um tal apelo que dá ao homem o direito de guerra mesmo contra um agressor, embora esteja em sociedade e seja igualmente súdito. (...) A falta de um juiz comum com autoridade coloca todos os homens em um estado de natureza; a força sem o direito sobre a pessoa de um homem provoca um estado de guerra não só quando há como quando não há juiz comum.”

Em síntese, o estado de natureza real em Locke é constituído por focos de conflitos parciais ou intermitentes, os quais podem eventualmente fazer desembocar no caos total, mas ainda assim numa vertente menos niilista que a do autor de “O Leviatã”. Para esse, entretanto, a condição natural está desde o início inapelavelmente associada ao estado de guerra de todos contra todos, no qual reina uma situação de caos e anarquia generalizados. Relativamente à problemática dos males do estado de natureza, para Locke o inconveniente fundamental do estado de natureza é a falta de um juiz imparcial acima e além dos interesses das partes capaz de solucionar as controvérsias derivadas das disputas dos indivíduos, punindo os culpados e proporcionando a reparação dos danos sofridos; quanto a Hobbes, o principal inconveniente da condição natural consiste na inexistência de lei, ou seja, lei civil dotada de força executiva, posto que as leis naturais apenas obrigam moralmente, não possuindo qualquer poder coativo. Se o diagnóstico da hipotética situação-limite em um e outro aponta para divergências de análise de conjuntura, o re-

médio preconizado também será distinto. Como veremos na seqüência, para Locke a solução encontra-se na defesa de um Estado civil responsável e limitado, que pode tudo no interesse dos indivíduos-proprietários; para Hobbes, em perspectiva diversa, a saída consiste na criação de um Estado civil absoluto, dotado de poderes supremos com vistas a garantir a paz e a segurança coletivas.

4. O imperativo da institucionalização do Estado civil

No sistema político formulado por Hobbes, a sociedade nasce com o Estado. Não há sociedade real sem o Estado. Em Locke, ao inverso, a sociedade surge primeiro e o Estado depois, mas esta pode subsistir mesmo sem aquele. Para Hobbes, o homem na condição de natureza é um predador nato, tomado de apetites por riquezas, comida, poder, mulheres, paixões. Nesse estado de coisas, cada homem é “lobo do outro” e “reina a guerra de todos contra todos”(HOBBS, 1974, p. 80 – 81). Sendo todos os indivíduos iguais e livres para fazerem o que bem desejarem, o caos e a anarquia são os distintivos característicos do estado natural. A implantação do Estado-Leviatã será a seu ver a única forma de confinar essas tendências natas em limites aceitáveis, pelo uso da força e da intimidação por parte de um soberano. O medo e a insegurança onipresentes farão os homens acudir ao socorro de um poder comum instaurado para assegurar sua autopreservação. Para tanto, deverão abandonar completamente o estado de natureza pelo estado civil, renunciando a todos os seus direitos, com exceção do direito à vida, e atribuindo-os todos ao soberano. O Estado em Hobbes já nasce com poderes supremos. Nem poderia ser de outra forma, pois a seu ver o poder do Estado ou é absoluto ou não existe. Aos indivíduos não resta escolha, é a anarquia ou o Estado absoluto. Se é certo que este apresenta algumas inconveniências, mas o que na vida é livre de

imperfeições, questiona a retórica hobbesiana? Ademais, ainda assim, seria preferível não ter liberdade nenhuma a não ser aquela franqueada pelo soberano, do que possuir a liberdade sem freios do estado de natureza, sinônimo de miséria e desventura.

O Estado de feição liberal idealizado por Locke tinha por objeto precípuo garantir aos proprietários ameaçados pelas incertezas do estado de natureza a paz e segurança de que precisavam para assegurar a aquisição e a manutenção de suas posses. Nesse diapasão, Locke irá orientar a construção de sua teoria da sociedade e do governo num sentido bem definido: o estado civil tem a clara função de garantir e conservar os direitos possuídos pelo indivíduo no estado de natureza. A versão minimalista do Estado lockeano cederá lugar em Hobbes ao Estado superdimensionado com poderes quase ilimitados. Para este, a vida e o ser do Estado estão concentrados na figura do soberano. O soberano, de fato, em Hobbes confunde-se com o próprio Estado. Sua teoria do poder político possui um viés centrípeto evidente. Tudo gira em torno do soberano. Ele controla tudo e a todos no âmbito da sociedade civil, mas nada nem ninguém o controlam. A definição e justificativa do soberano enquanto essência do Estado-Leviatã seria sintetizada por Hobbes nos seguintes termos:

“Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.”(p. 110).

O imperativo da criação da sociedade civil sob a égide de um poder soberano surge em ambos os autores enquanto derivação de suas respectivas concepções do estado de natureza. O estado de natureza, como visto alhures, possui um conceito positivo e negativo em Locke, e totalmente pessimista em Hobbes. Disso se pode extrair pelo me-

nos duas ordens de idéias. A concepção pessimista da vida natural em Hobbes, lastreada no medo e no caos, tornará inevitável aos indivíduos a sua total sujeição a um protetor todo-poderoso personificado no soberano. Já a ambigüidade do estado de natureza lockeano, simultaneamente positivo e negativo, fará surgir duas vias ou possibilidades. De um prisma, o aspecto negativo será, tal como em Hobbes, a justificativa perfeita para a construção do Estado; e por outro ângulo, no lado positivo ou ideal, se os homens tivessem sido capazes de viverem harmonicamente na condição natural, não haveria necessidade de constituir a sociedade política. Conflituados entre fazer o que mandam os ditames da razão de um lado e o que instigam os apetites e instintos de outro, resulta que os homens não conseguem viver continuamente em conformidade com as leis naturais, decaindo de uma condição ideal para um estado de disputas. É precisamente a constatação objetiva acerca dessa dualidade do comportamento humano que fará necessária a instituição da sociedade civil na doutrina de Locke. Se levarmos em conta essa postulação da dualidade da natureza humana em seu pensamento, podemos reconhecer nisso um arri-mo conceitual para que Locke introduza a tese de revivescência parcial do estado de natureza dentro dos limites das leis civis, derivadas das leis naturais, estabelecidas sob o poder estatal. Essa sobrevivência parcial do estado de natureza dentro do estado civil, seria, ao ver de Bobbio, “a única humanamente possível” (1998, p.172). Em Hobbes, para quem os dois estados são antitéticos, tal possibilidade não é sequer aventada.

5. As formulações contratualistas em Locke e Hobbes

Locke tornará necessária, em sua argumentação, a criação de uma comunidade de indivíduos que, em nome da paz e segurança, irão consensualmente delegar ao magistrado civil os poderes de que dispunham na

condição anterior, renunciando apenas ao poder de punir ou fazer justiça privada. Na solução lockeana, diferentemente da preconizada por Hobbes, os indivíduos não renunciam aos seus direitos originários, assegurados pela lei natural, tais como vida, liberdade e igualdade, em prol do governo civil, mas tão-somente transferem a este o *munus* de garantir a sua inviolabilidade ou preservação contra quaisquer ataques ou infrações, internos ou externos. No estado civil, os seus integrantes preservam todos os direitos subjetivos usufruídos no estado natural e, como dissemos, somente renunciavam ao direito de punir os violadores da lei natural, tarefa confiada aos magistrados e detentores do poder executivo.

O cerne do *constructo* contratualista em Locke é, de fato, o seu conceito de *trust* (encargo, confiança). O primeiro passo na direção da criação do governo civil é dado por meio do pacto ou acordo celebrado inicialmente pelos indivíduos em comunidade, formando um corpo político com base no consentimento da maioria. Quer dizer, o pacto nascido do consenso geral destina-se a instituir a sociedade civil propriamente dita. Uma vez constituída esta, sua força maior consistirá na capacidade de legitimar suas iniciativas, resoluções e regras com fundamento na regra da maioria. “O que dá início e constitui qualquer sociedade política nada mais é senão o assentimento de qualquer número de homens livres capazes de maioria para se unirem e incorporarem a tal sociedade. E isto e somente isto deu ou podia dar origem a qualquer governo legítimo no mundo”(Op. cit. § 99).

Estabelecida a sociedade civil desse modo, o passo seguinte, e consequência lógica do primeiro, consistiria na delegação dos poderes dos indivíduos reunidos comunitariamente ao seu representante designado, o magistrado civil, em troca de proteção e garantia de seus direitos subjetivos, o qual tanto poderia ser um órgão unipessoal como coletivo. O delegatário do poder, após escolhido pela regra da maioria, por força de uma

outra virtude da razão chamada por Locke de *trust* (confiança), converte-se em comissário da comunidade, vinculando-se ao compromisso de proteger e garantir os direitos subjetivos dos cidadãos e ao dever de punir e fazer justiça com fundamento nas leis instituídas. Como todo encargo, ou delegação de poderes fiados em confiança, só subsiste enquanto seu detentor fizer jus ao seu mister. Quebrada a confiança da sociedade (*breach of trust*), o encargo confiado pode a qualquer tempo ser revogado. Isto é, Locke reconhece aos cidadãos injustiçados pelo governo por corrupção e abuso de poder, vícios comprometedores da preservação da comunidade, a legitimidade de se colocarem em estado de guerra contra aquele, de forma a destituí-lo do poder.

O postulado lockeano da elaboração do pacto social em duas etapas, ou em dois pactos sucessivos como preferem alguns estudiosos: inicialmente, os indivíduos livres celebram um pacto de associação visando a formação da comunidade, e a seguir, pelo consenso da maioria institui-se o poder político, o Estado mediante o pacto de sujeição a comunidade e o governante; encontrará em Hobbes uma versão unificada. Hobbes fundirá os dois conceitos de pacto em um único. Ao contrário de Locke, para quem primeiro surge a sociedade e depois o Estado, em Hobbes a sociedade nasce com o estado. Não há sociedade real sem o Estado. Ao mesmo tempo em que a multidão de homens livres se reúne para celebrar o pacto associativo, decide em nome da proteção e conforto entregar todos os seus direitos e esperanças ao poder comum de um terceiro, o soberano, a quem se submeterá por força do medo e da coação. O poder soberano, ademais, embora seja derivado do contrato originário, dele não toma parte e, como tal, está isento de obrigações e não se vincula a qualquer compromisso. Para todos os efeitos, o soberano ainda se mantém no estado de natureza em relação aos seus súditos. A força do contrato político de Locke, lastreado na virtude moral de *trust*, será

em Hobbes sinônimo de fraqueza, pois a força dos contratos reside antes na espada do que nas palavras. “Os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém” (HOBBS, 1974, p. 107). E, em outro trecho, reconhece que “os vínculos das palavras são demasiado fracos para refrear a ambição, a avareza, a cólera e outras paixões dos homens, se não houver o medo de algum poder coercitivo”(p. 86). Nessa perspectiva, a fonte de validade dos pactos só tem início com a instituição do poder civil, dotado de força suficiente para fazer cumpri-los, pois na condição natural, embora haja a obrigação moral de cumprimento das avenças porque justas, elas estão isentas de caráter coercitivo. E, uma vez instituído o Estado, a “espada pública” garantidora da executividade dos contratos consistirá precisamente no poder absoluto do soberano.

Após a cessão de direitos pela multidão ao terceiro investido do poder soberano, Hobbes justificará a necessidade da obediência dos súditos ao monarca com a formulação da terceira lei da natureza, segundo a qual “o homem deve cumprir seus pactos”. Se esse princípio não se sustenta, a sociedade se dissolverá. Esse princípio, a fidelidade aos contratos, é, segundo Hobbes, a base da justiça e injustiça; pois onde não há um contrato, não se renunciou ou transferiu direitos e todos têm direito a tudo. Desse modo, a injustiça e o prejuízo decorrem da violação dos contratos, exercendo um direito que já se havia cedido legalmente. No estado de natureza, reina a desconfiança mútua. Por conseguinte, antes que seja correto empregar os termos justo ou injusto, deve haver um poder coercitivo, o soberano, que pode obrigar todos os contratantes por igual a cumprirem com seus tratos. O soberano deve velar para que o temor ao castigo seja uma força maior que o fascínio exercido pelo desejo de qualquer vantagem que se possa esperar de uma violação do contrato. Assim, diversamente de Locke, que formulava seu conceito de pacto como um encargo funda-

do na virtude moral de *trust* (confiança), o modelo hobbesiano não recorre a nenhuma força moral para vincular os súditos ao poder soberano; uma vez mais o temor é o sentimento no qual se há de confiar (Cf. Lawrence Berns apud STRAUSS, 1996, p. 384).

6. *Do Estado absoluto ao estado liberal*

No âmbito das doutrinas políticas hobbesiana e lockeana da forma e função do Estado civil, a temática da medida e extensão do poder soberano assume especial relevo. Enquanto o soberano, para Hobbes, uma vez investido do poder absoluto a ele conferido pelo consenso da maioria, não mais o devolve ou perde a quem lho cedeu, em contrapartida Locke adota em sua teoria política uma concepção diametralmente oposta. No Segundo Tratado sobre o Governo Civil, de fato, Locke quase não usará a palavra soberania, preferindo a expressão poder supremo, associada em regra ao legislativo. Desenvolve a idéia de que o poder político pertence ao povo, que por sua vez o confia ao governante civil para que o exerça como seu comissário ou fiduciário. A soberania, ou o poder supremo, como prefere chamar Locke, pertence ao povo, que apenas o delega condicionalmente para certos fins; tese diametralmente oposta à sustentada por Hobbes, portanto, para quem o povo deteria o poder soberano exclusivamente até o momento de sua cessão em caráter irrevogável em favor de um terceiro escolhido pelo consentimento da maioria. Examinando a referência em Locke ao poder político do povo, J. W. Gough considera que:

“O poder do povo, em seu sistema, é exercido quando da criação do estado, mas depois disso ele permanece dormente a não ser que uma revolução se torne necessária, pois o governo estabelecido é sacrossanto enquanto cumpre seu dever. Locke aceitou (...) a noção de que os governos não são organismos de poder arbitrários e irresponsáveis, mas têm a responsabi-

lidade de promover o bem-estar público”(Quirino et al. 1980, p. 201).

Como já tivemos ocasião de nos reportar, o encargo fundado em trust (confiança) assume um lugar central na estruturação do poder político em Locke. Sua tese do governo responsável introduz um mecanismo moral de controle do poder, justificante de uma eventual ruptura do encargo confiado, uma vez que se verifiquem abusos ou vícios no seu exercício por parte do governo. O Estado então assume feição nitidamente finalística, em que ele pode pouco para si, mas pode tudo para realizar os fins para os quais foi instituído. Em suma, um estado-garantia para os direitos dos proprietários. A fundação do estado será um mal necessário destinado a assegurar a manutenção e o pleno exercício dos direitos subjetivos num contexto afastado das inseguranças e incertezas do estado de natureza. Na concepção tipicamente liberal burguesa de Locke, o poder político destina-se a garantir a livre expressão do poder econômico. Quando no capítulo V do Segundo Tratado, Locke levará a efeito a justificação, após a invenção da moeda, mas ainda no estado de natureza, do direito dos proprietários de acumular ilimitadamente terras e riquezas, tornará ainda mais necessária a instituição de um Estado custódio desses mesmos direitos contra quaisquer ameaças.

Hobbes preconizava uma visão notadamente niilista do estado de natureza, concebido como uma condição intolerável, da qual os homens deveriam sair o quanto antes, se desejassem salvar o seu bem mais precioso, a vida. Relativamente a essa perspectiva hobbesiana da premente renúncia e supressão do *status naturae* pelos indivíduos rumo ao Estado artificial, Locke, não obstante reconheça a precariedade do estado de natureza, não o pinta com cores tão sombrias. Ademais, Locke adotará nesse particular uma postura sabidamente ambígua – como de resto em diversos temas dos seus Dois Tratados – acerca do estado natural, desenhando-o ora com aspectos otimistas

(ideais), ora com matizes pessimistas (reais). Em linhas gerais, o estado de natureza ideal confundir-se-ia com a própria “época áurea” da humanidade, na qual os homens viveriam em paz, segurança e harmonia conforme as leis da razão natural. Nesse sentido, não fosse a instabilidade do temperamento humano tendente ao conflito e à disputa por bens e riquezas, agravada pela falta de um juiz comum para dirimir as controvérsias, essa condição seria de todo modo desejável. Diferentemente do autor de “O Leviatã”, Locke não abomina a condição natural de per si em prol da exaltação do *homo artificialis*, o poder político. Com efeito, o seu Estado civil não anula o estado de natureza, porém, diversamente, conserva todos os direitos e garantias dos proprietários, salvaguardando-os contra todos os ataques e perigos a que estavam expostos na vida natural. Se para Hobbes, na transição do estado natural para a sociedade civil, no próprio ato da constituição do pacto social, os indivíduos renunciam a todos os seus direitos e garantias, exceto o único de defender a própria vida, em favor do soberano, no ideário de Locke, os indivíduos apenas renunciam ao poder de jurisdição recíproca, mas conservam todos os outros inerentes à condição natural tais como liberdade, igualdade e propriedade. “O significado da teoria de governo de Locke, afirma Norberto Bobbio, está justamente na demonstração de que o poder civil é a única forma não de instaurar o estado de natureza ideal, mas de permitir a sobrevivência das leis naturais, o qual é compatível com a natureza real do homem”(1998, p. 171 – 172).

Partindo inicialmente da premissa comum a Hobbes, porém em caráter diametralmente oposto ao seu esquema absolutista, Locke formulará uma teoria de governo responsável voltada para a restrição da soberania, limitando ao máximo o modo de funcionamento do poder estatal. Ainda de acordo com sua visão, os limites do exercício do poder soberano são precisamente

demarcados pelos direitos subjetivos individuais. De fato, o poder soberano civil não é um fim em si mesmo a se alcançar em substituição à anarquia do estado natural, como preconizado por Hobbes, mas em Locke sobretudo um fiel instrumento a serviço dos interesses dos proprietários.

O exercício de um poder ilimitado, tão caro ao racionalismo hobbesiano, não é considerado como poder político (legítimo) para Locke. A insistência de Locke no caráter limitado do poder político demonstra simultaneamente sua concordância e discordância com Hobbes. Locke, partindo do princípio da própria salvaguarda como o fundamento último da sociedade civil, explica que o poder absoluto arbitrário não constitui remédio algum para os males do estado de natureza. O estar submetido ao poder arbitrário de um soberano sem controle, sem o direito ou força para defender-se dele, é uma condição muito pior que a do estado de natureza; não pode supor-se que os homens hajam aceito livremente isso, pois “eis que criatura racional alguma pode supor-se que troque sua condição para pior”(Op.cit. § 131). Portanto, diz Locke, referindo-se a Filmer, mas também em certa medida a Hobbes, a monarquia absoluta “é incompatível com a sociedade civil, não podendo por isso ser uma forma de governo civil”(Op. cit. § 90). O grande erro de Hobbes não está em sua premissa, mas em sua conclusão política de que o único remédio para o estado de natureza é que os homens se submetam ao poder ilimitado do soberano, conclusão que contradiz a premissa de que o temor à morte violenta ou à busca da própria conservação é o primeiro princípio da ação humana. Afinal, quem poderá garantir que, sem controle externo algum da sociedade, o estado civil desemboque numa tirania de fato e de direito? A conclusão de Locke – o governo limitado baseado no consentimento dos governados – é mais fiel a essa premissa que a conclusão de Hobbes. Essa aporia da concepção absolutista hobbesiana, que, sob o argumento de paz e segurança, entrega os

súditos ao inteiro talante do soberano, seria detectada por Locke, para quem,

“os homens ficarão em condição muito pior que o estado de natureza se tivessem armado um ou poucos homens do poder conjunto de uma multidão, para forçá-los a obedecer, como lhes aprouver, aos decretos exorbitantes e ilimitados de pensamentos repentinos ou vontades irrestritas...” (§ 137) [grifos nossos]

7. *Direitos naturais e leis civis*

Historicamente, Hobbes e Locke são classificados como pensadores filiados à doutrina do direito natural. A análise de suas teorias políticas demonstra que, muito embora partam em diversos momentos de pressupostos assemelhados, entre um e outro a concepção jusnaturalista será instrumentada com motivações e articulação de finalidades bem distintas.

O jusnaturalismo assume, na teoria política de Locke, uma grandeza radical. Com efeito, quase todas as temáticas enfrentadas no Segundo Tratado se legitimam pelas categorias axiológicas da virtude natural, da propriedade à sucessão, do poder paterno ao poder político, passando pela concepção das instituições políticas. Ao longo dos sucessivos capítulos do livro, podemos constatar o modo como todas as principais concepções são justificadas em termos de observância dos preceitos da razão natural, a exemplo das categorias trabalho, consenso, princípio da maioria, confiança, igualdade, liberdade.

A vertente jusnaturalista de Locke terá o visó de fundamentar e legitimar a implantação do Estado liberal. Os direitos naturais pré-existem à sociedade civil e ao Estado. No estado de natureza de Locke, os homens já usufruíam de modo ilimitado de sua liberdade, igualdade e propriedade. O grande problema consistia nas ameaças constantes e incertezas que caracterizavam essa condição pré-estatal. A permanente insegurança da vida natural ameaçava a posse

mansa e pacífica dos bens subjetivos (liberdade e igualdade) e objetivos (terras e riquezas) dos indivíduos proprietários. A instituição do governo civil é o remédio adequado, prescrito por Locke, para os principais inconvenientes do estado natural: 1) a ausência de uma lei comum firmada e aceita pelo consentimento como padrão do justo e injusto; 2) a ausência de um juiz conhecido e imparcial para resolver quaisquer dissensões; 3) a ausência de um poder capaz de executar as decisões judiciais contra os infratores (cf. LOCKE, 1973, cap. 9). Embora afirmasse do ponto de vista nominal que a razão natural era o liame subjetivo comum a todos os indivíduos no estado natural, Locke reconhecia que em termos práticos os homens tendiam a buscar a satisfação de seus apetites e desejos egoístas, ao invés de assumir sua vocação de seres racionais. Se os homens se portassem em consonância com as virtudes políticas naturais, para usar uma expressão de Peter Laslett, não haveria necessidade de instituir a sociedade civil.

Na condição de natureza, como já visto, todos os indivíduos encontram-se em estado de igualdade e liberdade uns perante os outros, pelo menos nominalmente. Sendo certo que, na prática, nem todos são tão iguais assim, os mais fortes acabam-se impondo sobre os mais fracos. A lei natural obriga a todos moralmente, contudo, a falta de poder coativo e de executoriedade por uma autoridade comum de suas prescrições as torna inócuas. Este fato por si só tornará necessária a instituição de leis civis sob um governo civil que garanta sua prevalência e cumprimento. Até esse ponto, o pressuposto é comum a Hobbes e a Locke. A partir de então as derivações são destoantes.

Locke entende a lei natural como pré-existente ao aparecimento da sociedade e do Estado: “o estado de natureza é governado pela lei de natureza, que obriga a todos” (1973, § 6). O poder político, uma vez constituído, deverá apenas reconhecê-la e torná-la aplicável por meio das leis civis. Este o seu papel primordial. As leis civis,

ao ver de Locke só podem e devem obrigar os membros da comunidade enquanto fundadas nas leis da razão natural. A premissa legitimatória das leis do governo civil derivaria de sua vinculação às prescrições das leis naturais, das quais constituiriam, em última análise, uma referência positivada. Quando do advento do estado civil, as leis naturais já oferecem a matéria a ser regulada pelas leis políticas, e, portanto, estas destinam-se apenas a garantir a executoriedade daquelas. O justo será tudo o que se conforma com as leis da natureza, e injusto aquilo que delas se afasta. O princípio e o fim do governo civil consiste, fundamentalmente, no respeito às leis naturais enquanto proteção dos direitos subjetivos dos indivíduos. Essa linha de pensamento se assenta significativa e explicitamente na seguinte passagem:

“As obrigações da lei da natureza não cessam na sociedade mas (...) em muitos casos se tornam mais rigorosas, e por leis humanas se lhe anexam penalidades conhecidas, destinadas a forçar-lhes a observância. Assim a lei da natureza fica de pé como lei eterna para todos os homens, tanto legisladores como quaisquer outros. As leis que elaboram para as ações de outros homens devem (...) estar de acordo com a lei da natureza – isto é, com a vontade de Deus, a qual declaram –, e a lei fundamental da natureza sendo a preservação dos homens, não há sanção humana que se mostre válida ou aceitável contra ela” (§ 135).

Na seqüência, pouco adiante no mesmo capítulo do Segundo Tratado, Locke, em apoio a suas teses, fará remissão ao pensamento de Richard Hooker, em trecho de nota de rodapé, no qual este afirma que “se devem fazer as leis humanas de acordo com as leis gerais da natureza”³.

A lei natural na acepção empregada por Locke significa o conjunto de regras de conduta que a razão percebe e propõe para a melhor constituição da comunidade huma-

na. Essa lei natural é abordada ora como “escrita nos corações dos homens” ora como não-escrita, mas localizável “nas mentes dos homens”. No estado de natureza, ela obriga moralmente a todos e possui validade universal. E, embora considere seja a lei da natureza “evidente e inteligível para todas as criaturas racionais, entretanto, os homens, sendo desviados pelo interesse bem como ignorantes dela porque não a estudam, não são capazes de reconhecê-la como lei que os obrigue nos seus casos particulares”(LOCKE, 1973,§ 124). Não por acaso Locke identificará, ainda no esteio da influência doutrinária da teologia racionalista de Hooker, a lei natural com a razão. No Segundo Tratado, logo de início, afirma que “a razão, que é essa lei [da natureza], ensina a todos os homens que (...) a consultem”(§ 6). Nessa ordem de idéias, razão e lei natural são categorias indissociáveis, pois sem a faculdade da razão o homem não pode se guiar pelos preceitos da lei natural, e esta sem aquela não pode ser reconhecida e aplicada. Esse entendimento torna-se particularmente evidenciado na seguinte passagem do ST: “se em virtude de defeitos que podem ocorrer no curso ordinário da natureza, uma pessoa qualquer não atinge o grau de razão em que seria de supor-se capaz de conhecer a lei e assim passar a viver dentro dos limites por ela estabelecidos, não será jamais susceptível de ser homem livre...” (§ 60). Para Norberto Bobbio, essa identificação entre razão e lei natural numa obra tardia de Locke como os Tratados marcaria o afastamento “da teoria voluntarista de sua mocidade, para a qual a lei natural era proposta pela vontade divina e descoberta – apenas descoberta – pela razão, Locke segue sua inclinação racionalista profunda, que o leva a desvincular cada vez mais o conhecimento humano dos pressupostos teológicos.”(1998, p. 148).

Hobbes, a seu turno, fará do Estado a panacéia universal para os males da vida natural. A igualdade e liberdade de que gozavam os homens no estado de natureza

eram indesejáveis para Hobbes, em virtude da natureza egoísta do ser humano. Em seu exercício de retórica, Hobbes subverterá a visão idealizada dos ideais naturais tornando-os sinônimo de desgraça e miséria. A igualdade é associada com o desejo mútuo de praticar o mal, porque sentindo-se iguais os homens não impõem limites a sua maldade. A liberdade sem limites é mal vista devido ao fato de nessa condição cada homem ter direito a tudo. Se todos tem direito a tudo, tudo é de todos, e nada é de ninguém. Assim, não há como alguém apoderar-se de um dado bem sem que todos os outros sintam-se lesados no seu direito comum. Por essa construção retórica, o mero exercício de um direito pessoal (uma liberdade natural) será sempre uma lesão ao direito alheio. Deriva disso o paroxismo de um ato aparentemente lícito vir a tornar-se ilícito, e vice-versa. Como tal, esse fato seria o motor ou o estopim, na lógica do sistema hobbesiano, ensejador da guerra de todos contra todos, característica de seu estado de natureza. Em seu favor, argumentará ele em *De Cive*:

“Observei que a guerra civil seria, necessariamente, decorrente de uma situação em que tudo fosse compartilhado entre os membros de uma sociedade, levando a todo tipo de desgraça, pois os homens disputariam com violência o acesso a todas as coisas”(BOBBIO, 1998, p. 174).

Precisamente porque no estado de natureza as leis naturais são ignoradas e desrespeitadas, dado a liberdade e igualdade sem restrições de que gozam nessa situação, que Hobbes faz inevitável o recurso ao poder do estado civil. A ausência de limites à cobiça, ao egoísmo, aos apetites e ambições humanas no estado natural faz de cada homem um “lobo para o outro”. A fim de saciarem suas paixões e se locupletarem às custas dos outros, os indivíduos são capazes de qualquer coisa, sendo a morte violenta uma decorrência evidente dessa guerra de interesses. Hobbes afirma que, sendo a morte violenta o pior de todos os males, a própria ra-

ção natural induz os indivíduos a buscarem a solução do governo civil. Acreditamos que a aversão da morte violenta tão intensa no Leviatã pode ser associada em parte ao fato de o filósofo de Malmesbury haver testemunhado pessoalmente os horrores da guerra civil inglesa, ao voltar do seu exílio em França.

A concepção eminentemente mecanicista e calculista de Hobbes acerca do homem e do estado não deixam de refletir o modo de pensar de um escritor apaixonado pelas matemáticas, sobretudo a geometria. Acreditava que a geometria, termo às vezes empregado por ele no sentido da generalidade das matemáticas, era a única ciência que havia chegado a certezas e conclusões indiscutíveis. E isso certamente o impulsionou a empreender a hercúlea tarefa de fazer ciência da política, para o que procederá à tentativa de sua matematização. Na esteira de Descartes, Hobbes haverá de considerar o método matemático como o método por excelência, donde sua inclinação de estender sua aplicabilidade à moral, à psicologia e à política. Por esse motivo, não será de se estranhar que formule a idéia de razão natural como a capacidade de fazer cálculos (adição e subtração), onde não se pode elaborar cálculos, não pode haver razão. Esse cálculo, por sua vez, tem como base as palavras, as construções lingüísticas. A teoria da linguagem incorpora em Hobbes uma vertente marcadamente utilitarista e pragmática. A validade da linguagem reside na sua utilidade, ou seja, no manejo preciso das palavras para a realização de determinados fins, entre os quais a constituição do pacto e a concretização do Estado. O uso da linguagem funda-se nos nomes e em conexões de nomes. A aptidão lingüística de nomear seres, coisas e objetos condiciona e torna possível sua função de fixar o conhecimento e formar a ciência. É, portanto, precisamente da nomeação ou denominação, dessa combinação calculista dos nomes que Hobbes procede à tentativa de instrumentalizar ideologicamente a linguagem como ferramen-

ta constitutiva essencial na construção do homem artificial, o Leviatã. A relevância da linguagem será tal na construção do nominalismo hobbesiano que sem ela "não haveria entre os homens nem Estado, nem sociedade, nem contrato, nem paz, tal como não existem entre os leões, os ursos e os lobos"(HOBBS, 1974, p. 24). Ainda segundo Hobbes, conceitos tais como verdade e falsidade são atributos não das coisas de per si, mas da linguagem; pois "onde não houver linguagem, não há verdade nem falsidade"(p. 27). Dessa feita, a partir de sua elaboração retórica associativa da razão com a linguagem e sua conexão com a aritmética e geometria derivará a acepção de raciocínio enquanto a capacidade de fazer cálculos com as palavras. Isso fica particularmente evidenciado nos seguintes trechos:

"(...) seja em que matéria for que houver lugar para a adição e para a subtração, há também lugar para a razão, e onde aquelas não tiverem o seu lugar, também a razão nada tem a fazer. (...) Pois a razão, nada mais é do que cálculo (isto é, adição e subtração) das conseqüências de nomes gerais estabelecidos para marcar e significar nossos pensamentos. Digo marcar quando calculamos para nós próprios, e significar quando demonstramos ou aprovamos nossos cálculos para os outros homens"(p. 31).

A breve digressão acerca do nominalismo e da formulação utilitarista da linguagem será um antecedente fundamental para que possamos compreender a seguir o postulado das leis naturais e sua efetividade no esquema político de Hobbes. Vimos alhures que as leis naturais, embora admitidas por Hobbes no estado de natureza, de pouco ou nada valiam devido a sua inocuidade e falta de poder coativo. Esse mesmo problema seria solucionado pelo filósofo quando da instituição formal do Estado civil, vez que as leis civis lastreadas na lei natural obrigariam a todos os súditos e teriam sua executoriedade imposta pelo soberano. Par-

tindo das premissas postas pela teoria lingüística de Hobbes, as leis naturais são concebidas como teoremas ou fórmulas descobertas pela reta razão, e o seu princípio fundamental será “faz aos outros aquilo que queres que te façam”.

A reta razão assume em Hobbes a significação de razão prática, aquilo que se deve ou não fazer para preservar sua vida. As leis naturais constituiriam máximas da razão prática, ou seja, teoremas concebidos pelo cálculo da razão e aplicadas ao estado de natureza. O preceito geral da razão ou a lei fundamental da natureza consiste em “procurar a paz e segui-la”. A partir dela deriva e enuncia, nos caps. XIV e XV do *Leviatã*, outras dezenove leis naturais. Ao longo da obra, em diversas passagens esparsas, colhem-se definições que, com maior ou menor minúcia, explicitam o significado de lei natural e de lei civil ou positiva:

“Uma lei de natureza (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir para melhor preservá-la”(p. 82).

“A lei civil é, para todo súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário ou não é contrário á regra”(p. 165).

Em outro lugar acrescenta:

“A lei civil e a lei natural não são diferentes espécies, mas diferentes partes da lei, uma das quais é escrita e se chama civil, e a outra não é escrita e se chama natural”(p. 167).

E ainda no mesmo capítulo, algo adiante, prossegue:

“As naturais são as que têm sido leis desde toda a eternidade, e não são apenas chamadas naturais, mas tam-

bém leis morais. Consistem nas virtudes morais como a justiça, a equidade, e todos os hábitos do espírito propícios à paz e à caridade. As positivas são as que não existem desde toda a eternidade, e foram tornadas leis pela vontade daqueles que tiveram o poder soberano sobre outros”(p. 175).

O grande defeito das leis naturais, avalia Hobbes, consiste no fato de, no estado de natureza, elas obrigarem tão-somente a consciência dos homens, tementes do julgamento de Deus, o que *de per si* se mostrará ineficaz para frear suas paixões e vícios. Será imperativo, portanto, implantar o Estado para, por meio do terror e da coação institucionalizada, impor o estrito cumprimento das leis em nome da segurança e paz de todos:

“Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país...”(p. 110).

O Estado hobbesiano detém o monopólio do direito e de sua força executiva. Ao soberano incumbe o dever de estabelecer as leis positivas que lhe convier para alcançar os fins do governo civil. “Todas as leis, escritas ou não, recebem toda sua força e autoridade do Estado, quer dizer, da vontade do representante [o soberano]”(p. 167). Uma vez que todos os direitos, a exceção de um, lhe foram transferidos por ocasião do pacto, somente ele pode dizer o direito, e as leis serão aquilo que ele estabelecer que devam ser. Ninguém pode resistir à sua autoridade ou se rebelar contra suas decisões, a não ser unicamente em defesa de sua própria sobrevivência. Isso porque, sob a lógica do contrato hobbesiano, o direito à autopreservação representa o único direito que não pode ser renunciado pelos súditos. Por essa concepção, cada súdito deverá considerar todas as ações do soberano como suas próprias ações, toda legislação emanada do seu poder como sua autolegislação. O poder

soberano agiria, dessa feita, na qualidade de um autêntico “substituto político” de cada um e de todos os súditos, ao mesmo tempo. Em sendo assim, aquele que pode ditar as leis civis e o modo de aplicá-las na ordem interna em hipótese alguma pode estar submetido a elas. O soberano, em verdade, encontra-se sujeito apenas às leis da natureza, porque essas são leis divinas e não podem ser revogadas por nenhum homem ou Estado. Entretanto, prossegue Hobbes, não pode estar sujeito a quaisquer leis postas pelo próprio Estado, ou pelo próprio soberano, pois estar sujeito a leis civis é estar sujeito ao soberano representante, isto é, a si mesmo (cap. 29). Essa liberdade em relação às leis que o próprio Estado se auto-concede implica dizer que o poder soberano não se vincula a ninguém mais a não ser a si mesmo. Isso porque o soberano ainda se mantém no estado de natureza em relação a todos os demais integrantes do corpo social. De fato, embora criado com base no contrato social, o poder soberano não se vincula a ele. Por uma engenhosa construção retórica, Hobbes argumentará que, após celebrado o pacto de união do qual nasce o Estado, a única lei natural sobrevivente no Estado civil é aquela que obriga os súditos a obedecer ao contrato instituidor do poder soberano; afinal, prossegue ele, os pactos nascem para serem cumpridos. Até mesmo aquele que, em tese, seria o único limite material ao seu poderio, sua obrigação de respeito às leis naturais, tem pouca eficácia prática, porque Hobbes atribuirá ao soberano a faculdade de dizer o que são as leis naturais na sua conversão em leis civis. Na verdade, dizer que o soberano está vinculado às leis naturais apenas equivale dizer que este deve obedecer aos ditames de sua própria razão, vez que Hobbes faz a lei natural derivar da razão.

A despeito da oposição manifesta das linhas gerais de sua teoria de governo em relação àquela desenvolvida por Locke, percebe-se uma nítida aproximação conceitual com o autor dos “Dois Tratados sobre o

Governo” quando Hobbes define liberdade civil como liberdade negativa, isto é, liberdade entendida como ausência de obrigações. Com efeito, Locke define liberdade como a faculdade de “seguir a minha própria vontade em tudo quanto a regra não prescreve”(LOCKE, 1973, § 22, p. 49). Em Hobbes, os súditos poderão fazer tudo aquilo que não lhes seja ordenado ou vedado pelas leis positivas. No sistema hobbesiano, ao poder soberano cabe conceber, promulgar e fazer respeitar as leis que julgar boas ou conveniente e que constituem leis pelo simples fato de serem expressão de sua vontade. As leis civis, portanto, resultam da vontade do soberano e são aquilo que o soberano estabelecer como tais. A despeito disso, o poder absoluto do soberano não contrasta com a liberdade dos súditos, desde que esta seja exercida fora das regras em que se é exigida a obediência. Logo, no silêncio ou lacuna das leis civis, os súditos poderão se determinar como melhor lhes convier. Dirá Hobbes:

“Dado que em nenhum Estado do mundo foram estabelecidas regras suficientes para regular todas as ações e palavras dos homens (o que é uma coisa impossível), segue-se necessariamente que em todas as espécies de ações não previstas pelas leis os homens têm a liberdade de fazer o que a razão de cada um sugerir, como o mais favorável ao seu interesse. (...) Portanto, a liberdade dos súditos está apenas naquelas coisas que, ao regular suas ações, o soberano permitiu” (1974, p. 134–135).

8. Conclusão

Ao longo das sucessivas abordagens de aspectos relevantes da teoria política de Hobbes e Locke, pudemos entrever o quanto ora se aproximam ora se distanciam em suas respectivas elaborações teóricas acerca do homem, da sociedade e do Estado. A afirmação feita logo de início agora soa mais

clara. Embora classificados como tantos outros pensadores, no séquito da escola contratualista e jusnaturalista, em um e outro faz-se derivar postulados morais e construções retóricas que acabam por assumir vertentes e matizes peculiares. Pudemos constatar, alhures, como e por que os autores, partindo do pressuposto contratualista comum lastreado na necessidade de sair do estado de natureza, chegaram a conclusões não apenas distintas como opostas.

A empresa a que Locke se propõe nos seus “Dois Tratados sobre o Governo Civil” de refutar Filmer a partir dos fundamentos mesmos sobre os quais se assentava sua justificativa do direito divino dos reis acaba por indiretamente atingir a doutrina absolutista hobbesiana. Podemos, de fato, divisar o cerne da missão lockeana na desconstrução do fator legitimatário calcado na hereditariedade do direito divino dos reis, remontada ao patriarcalismo bíblico desde Adão e Abraão. Filmer extraiu uma interpretação da Bíblia, pela qual o ato de procriar, a geração de um indivíduo a partir de outro, concederia ao genitor o direito de superioridade sobre a prole, a sujeição das vontades dos filhos à do pai. Sendo Adão o primeiro homem e primeiro pai, todos aqueles que lhe sucederam em cadeia ininterrupta de transmissão hereditária teriam legitimamente o poder real de precedência e prevalência sobre os súditos. À tese da transmissão de poder real via tradição genética, tão cara às concepções paternalistas do poder político como a de Filmer, Locke irá opor sua teoria do governo responsável necessariamente limitado, porque baseado não na superioridade do genitor, da figura do grande pai, mas numa relação contratualista de poder fundada na responsabilidade moral do governante enquanto destinatário da confiança do povo, este sim o detentor do poder supremo. Quanto a Hobbes, se é verdade que faz derivar a investidura do soberano civil não de dinastias bíblicas, porém do consentimento da maioria legitimado pelo pacto de união, no fim sua defesa do

poder superlativo do soberano assume uma inevitável similaridade com as teses de Filmer. O soberano hobbesiano pode ser considerado de fato e de direito o grande pai da comunidade política, o Leviatã destina-se a ser o todo-poderoso Estado protetor e custódio dos seus súditos, entendido como uma projeção da dominação do pai onipotente sobre sua prole. O povo em Hobbes só detém o poder soberano até o momento anterior ao pacto de sujeição. Operada a transmissão do poder em favor de um terceiro, o governante, ela torna-se irrevogável. Locke nunca afirmaria tal coisa. Com efeito, entendia bem diversamente que o povo nunca perdia o poder soberano, mas tão-somente o delegava ao governante para fins bem definidos. Como delegação que era, a qualquer tempo, em havendo desvio de finalidade ou abuso de poder, poderia ser revogada.

Na construção do arcabouço teórico de seu Leviatã, Hobbes usará e abusará da *ars rhetorica* aristotélica para demonstrar que as liberdades nominais das leis naturais do estado de natureza não possuem eficácia prática, obrigando os homens apenas em consciência, uma vez ausente a figura do poder coativo representado pelo soberano. Um defeito tão grave levará Hobbes, no exercício de sua sedutora argumentação, a fazer derivar das inócuas leis naturais as leis do estado civil, e ato conseqüente a sua instituição formal, conclui que a única lei natural sobrevivente à criação do Estado é a que manda sejam os pactos cumpridos, ou, por outras palavras, que defende a obediência absoluta ao soberano pelos súditos. Com isso, Hobbes atinge seu propósito: parte da premissa do direito natural para fundar um direito positivo. Curiosamente, esse mesmo direito natural genitor do direito positivo morre no ato mesmo de instituição do poder soberano. A hipótese jusnaturalista em Hobbes teria apenas o condão de servir como justificativa à implantação do Estado absoluto. Até porque, criado este, as leis naturais e de resto todo o direito seriam precisamente aquilo que o soberano afirmasse

como tal. Em função disso, alguns autores enxergam em Hobbes um precursor do positivismo, a exemplo de Friedrich Hayek, citado por Phillippe Raynaud, para quem “se o artificialismo de Hobbes anuncia o construtivismo moderno (isto é, o andamento que privilegia a ordem consciente e deliberadamente construída), e funda o positivismo jurídico que reduz o direito à lei colocada pelo Estado, a doutrina de Locke estaria mais de acordo com a idéia de uma ordem espontânea, cujos poderes públicos só teriam que garantir a não perturbação da ordem e repousaria sobre uma concepção anti-positivista do direito, segundo a qual o alcance da própria lei deve ser limitado”(Cf. CHATELÊT, 1993, p. 680 – 681).

Tradicionalmente nas teses contratualistas se depreendem dois momentos na cessão ou transferência de direitos dos indivíduos livres e iguais na condição natural em favor do terceiro escolhido para governá-los no estado civil. Esses dois momentos, cujos liames nem sempre são tão evidentes, costumam ser definidos como pacto de união (acordo dos indivíduos entre si) e pacto de sujeição (entre o povo e o governante). A construção contratualista de Locke não apenas desdobrará o pacto em duas etapas, na primeira estabelecendo a comunidade, na segunda fundando o poder político, como operará a cessão ou transferência de direitos dos indivíduos ao governante com base num encargo de confiança (*trust*), o qual serviria de balizador permanente da conduta do titular do poder no cumprimento dos objetivos do Estado civil. Em contraponto à delegação lockeana do poder político, a doutrina de Hobbes fundirá os dois pactos em um único e estabelecerá que os associados individuais se comprometam a submeter-se ao soberano, na qualidade de terceiro não-contratante. Disso defluirá duas implicações: 1) os indivíduos, havendo renunciado às suas liberdades e direitos naturais, devem total obediência ao soberano; 2) não obstante haja sua pessoa reunido e incorporado as vontades e direitos de todos os

súditos por ocasião do pacto original, o soberano não se encontra sujeito a contrato algum. Em apoio a sua tese, Hobbes sustenta que “quem é tornado soberano não faz antecipadamente qualquer pacto com seus súditos”, porque “o direito de representar a pessoa de todos é conferido ao soberano mediante um pacto celebrado apenas entre cada um e cada um [o pacto de união], e não entre o soberano e cada um dos outros” (1974, p. 112). Na prática, os súditos assinarão um cheque “em branco” ao titular da soberania. A solução oferecida por Locke em sua teoria do mandato inspirado na confiança seria para Hobbes sinal de fraqueza, em se considerando inclinação natural dos seres humanos à desconfiança mútua e à defesa de seus interesses egoístas. Já a solução absolutista hobbesiana de concentração máxima de poderes na pessoa artificial do soberano é rejeitada pelo liberalismo de Locke, que vê nessa concentração plenipotenciária uma ilegitimidade política e uma séria ameaça à sobrevivência da sociedade organizada. Se, por um lado, a vinculação do governante na teoria de Locke a uma lei natural, ou ditame da razão, chamada de *trust* soaria como ingenuidade aos olhos de Hobbes, por outro, a Locke não passará despercebido o problema derivado da atribuição de poderes ilimitados ao Estado idealizado pelo autor de “Leviatã”. Essa aporia não enfrentada ou solucionada por Hobbes na formulação do seu “homem artificial” ou “deus mortal” pode ser colocada da seguinte forma: quem garante que, investido o soberano no poder absoluto sobre a sociedade e seus componentes, não se estaria cambiando um problema por outro de igual dimensão ou não menos pior, isto é, trocando a anarquia e insegurança do estado natural pela arbitrariedade e opressão sob o domínio tirânico? Locke, no Segundo Tratado, não apenas prevê esse tipo de inconveniente no governo absolutista, como o rejeitará enfaticamente, e até com certa dose de ironia:

“... como se, quando os homens, deixando o estado de natureza, entram na sociedade, concordassem em que todos eles menos um ficassem sob o império da lei, conservando aquele, entretanto, ainda toda a liberdade do estado de natureza, aumentado pelo poder e tornado licencioso pela impunidade. [Isto equivaleria] dizer que os homens são tão levianos que tomam cuidado para evitar os malefícios que lhes possam causar furões ou raposas, mas ficam contentes, ainda mais, acham até seguro serem devorados por leões” (1973, § 93).

Apesar de todo o seu notável esforço no sentido de trazer a lógica e rigor racional próprio das ciências naturais para o campo da política, as teses de Hobbes, provavelmente em função da radicalidade de muitas delas e da má-repercussão produzida indistintamente entre monarquistas, parlamentaristas e o clero, não teriam a mesma acolhida e repercussão que as de John Locke nem entre os seus contemporâneos nem nos séculos posteriores. Nas palavras de McPherson: “... a doutrina de Hobbes não foi aceita por nenhum grupo ou movimento importante na Inglaterra no século em que ele viveu. Nem os realistas nem os parlamentaristas, nem os tradicionalistas nem os republicanos radicais, nem os Whigs nem os tories conseguiram tragá-la. Muitos dentre os seus críticos, inclusive os mais loquazes rejeitaram tanto suas premissas como suas conclusões” (1979, p. 100).

De fato, o modelo liberal de governo proposto por Locke, vindo de uma família de pequenos burgueses, haveria de se propagar com uma poderosa ressonância direta ou indireta sobre todas as empreitadas ulteriores da classe burguesa emergente em busca de espaço vital. Não por acaso, pelas décadas e séculos seguintes, seu particular ideário político muito influenciaria a instituição das democracias liberais e elaboração do constitucionalismo posterior. As

concepções liberais jusnaturalistas de Locke teriam uma descendência ilustre, servindo de duradoura fonte de inspiração para as colônias britânicas da América. No século XVIII, os postulados de Locke estariam na base de formulação da ideologia burguesa subjacente à declaração da Independência americana de 1776 e do pensamento revolucionário francês de 1789, exercendo reconhecida influência sobre pensadores tão distintos quanto Montesquieu, Sieyès e Kant. Posteriormente, veremos as sementes liberalistas ancoradas na supremacia da lei fundamental e antecipadas pelo *justice* Edward Coke (1610) e por Locke, nos “Ensaaios sobre a Lei Natural” (1663) e no “Segundo Tratado” (1690), frutificarem no advento da doutrina norte-americana da *Judicial Review* pelo juiz Marshall, em 1803.

Notas

¹ Segundo Tratado do Governo Civil (ST), § 14 e 102. Todas as citações do ST foram retiradas do vol. XVIII de *Os pensadores*, (1973).

² Referido por C.B. McPherson como estado de natureza pós-monetário.

³ Hooker, Richard. Política eclesiástica. liv. III, sec. 9. Cf. Locke (1973, nota 19, p. 93).

Bibliografia

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília: UNB, 1995. 2 vols.

_____. *Locke e o direito natural*. Brasília: Unb, 1998.

_____. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus 1991.

CHATELÊT, François (Org.) *Dicionário de obras políticas*. São Paulo: Civilização Brasileira, 1993.

_____. et al. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. *Os Pensadores*. São Paulo: Abril, 1974.

- LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos. *Os Pensadores*. São Paulo: Abril, 1973.
- MCFARLANE, Leslie John. Teoria política moderna. Brasília: Unb, 1981.
- MCPHERSON, Crawford Brough. *Teoria política do individualismo possessivo*. São Paulo: Paz e Terra, 1979.
- QUIRINO, Célia Galvão et al.(Org). *Clássicos do pensamento político*. São Paulo: EDUSP, 1998.
- _____.; SOUSA, Maria Teresa Sadek R. de (Org.). *Pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau*. São Paulo: Queros, 1980.
- SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph. *Historia de la filosofia política*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- WOLLMANN, Sérgio. *O conceito de liberdade no leviatã de Hobbes*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993.

Objecção de consciência: uma questão constitucional

José Carlos Buzanello

Sumário

Introdução. 1. Construção conceitual. 2. Da institucionalização. 3. Da justificação. 4. Das classificações. Considerações finais.

Introdução

A objecção de consciência se discute na teoria da constituição como problema da obrigação jurídica. Objetivamos, com este artigo, demonstrar, além da questão doutrinária, a indicação do acesso ao direito da objecção de consciência, quanto aos aspectos teóricos e quanto às práticas possíveis por parte da cidadania.

Ainda que a objecção de consciência seja um tema relevante no direito constitucional brasileiro, tanto que é assente nos direitos fundamentais de algumas constituições, como a brasileira (art. 5º, VIII, e no art. 143, § 1º, CF), passa despercebido pela comunidade jurídica e pela sociedade civil. Se, entre nós, verifica-se um certo desconhecimento desse direito por parte dos operadores de direito, agrava-se muito mais a dificuldade da sua efetividade por parte do Estado, que não possui repartição pública específica e nem recursos humanos com preparo suficiente.

O Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF) considera as diversidades sociais e culturais e as reivindicações contra si mesmo, seu conteúdo e seus efeitos prováveis, contudo esse mesmo Estado não precisa con-

José Carlos Buzanello é Diretor da Escola de Direito da UNIGRANRIO (Duque de Caxias/RJ); Licenciado em Filosofia (UFES), Bacharel em Direito (UFRJ); Mestre em Direito (PUC/RJ) e Doutor em Direito (UFSC).

cordar com todas as reivindicações de consciência, todavia não pode concordar ou negá-las em virtude do caráter político dos grupos que as apresentam.

1. Construção conceitual

A objeção de consciência coincide com as liberdades públicas clássicas, que impõem um não-fazer do indivíduo, estabelecendo uma fronteira em benefício do titular do direito que não pode ser violada por quem quer que seja, nem pelo Estado. Essa idéia espelha a liberdade de consciência, isto é, viver de acordo com sua consciência, pautar a própria conduta pelas convicções religiosas, políticas e filosóficas. Dela decorre que cada ser humano tem o direito de conduzir a própria vida como “melhor entender”, desde que não fira o direito de terceiros.

A objeção de consciência é uma modalidade de resistência de baixa intensidade política (negação parcial das leis) e de alta repercussão moral. Caracteriza-se por um teor de consciência razoável, de pouca publicidade e de nenhuma agitação, objetivando, no máximo, um tratamento alternativo ou mudanças da lei. O direito do Estado, assim, não alcança o foro íntimo, a privacidade da pessoa. O que a objeção de consciência reclama é a não-ingerência do Estado em assuntos privativos da consciência individual, que se confunde também com a dignidade humana, agora solidificada como princípio constitucional (art. 1º, III, CF).

A objeção de consciência, como espécie do direito de resistência, é a recusa ao cumprimento dos deveres incompatíveis com as convicções morais, políticas e filosóficas. A escusa de consciência significa a soma de motivos alegados por alguém, numa pretensão de direito individual em dispensar-se da obrigação jurídica imposta pelo Estado a todos, indistintamente.

A objeção de consciência, segundo John Rawls, é o não-cumprimento de um precei-

to legal ou administrativo mais ou menos categórico (apud DWORKIN, 1980, p. 177). Como autodeterminação consciente da vontade individual, a objeção de consciência opera como sinônimo de livre arbítrio, tem natureza personalíssima, como as decisões relativas ao próprio corpo (caso da objeção às vacinas, aos testes de sangue, à concepção, ao aborto, à doação de órgãos, ao tratamento médico).

A teoria dos direitos e garantias individuais, estudada a partir da doutrina clássica, valoriza a titularidade individual das posições jurídicas constitucionais, tanto que a objeção de consciência requer a adequação normativa com a consciência particular.

O arcabouço da objeção de consciência encobre uma estrutura complexa de normas que garantem direitos subjetivos e impõem deveres ao Estado, em dupla perspectiva: a) constituindo normas de competência negativa para os poderes públicos; b) implicando um poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

A liberdade de consciência é o núcleo de fundamentação da objeção de consciência, pois reflete a liberdade de crença e de pensamento, não de uma liberdade geral, mas de uma liberdade singular não pautada na igualdade entre os indivíduos. A Constituição do Brasil assegura como direito fundamental as liberdades de pensamento (5º, IV, VI, CF), que se desdobram em duas: a primeira, a liberdade de consciência, compreendendo a liberdade de opinião e de crença; a segunda, a liberdade de exteriorização do pensamento, abrangendo a liberdade de palavra e de culto. É nesse direito que reside a matriz político-jurídica da objeção de consciência.

As Constituições brasileiras, em regra, sempre asseguraram a liberdade de pensamento, contudo nem sempre o seu pleno exercício foi possível, como ocorreu nos pe-

ríodos não-democráticos ou marcados pela intolerância religiosa, haja vista o caso da não-admissão de matrícula de estudantes que não professavam a fé católica, fato ainda ratificado por órgão do judiciário¹.

2. Da institucionalização

A objeção de consciência surge historicamente como problema referente à independência do indivíduo religioso em relação à autoridade religiosa ou ao Estado, que mais tarde se torna uma prescrição política de ordem política (liberal), com grande ressonância no ocidente com a defesa dos direitos individuais. A Declaração de Direito do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da Revolução Francesa, introduziu no discurso político-jurídico moderno as liberdades públicas².

Nos Estados democráticos, a objeção de consciência pode ser considerada como qualquer outro direito fundamental, contudo, em função de sua elasticidade, é matéria de contínuo debate. O Brasil reconhece a objeção de consciência, como vários países também o fazem. No entanto, ela não possui uma estrutura política e jurídica única no mundo, visto que vem sendo adotada de forma particular em cada Estado: alguns lhe dão destaque constitucional³, outros a estabelecem em leis extravagantes⁴ e outros, ainda, pela hermenêutica jurídica⁵.

No Brasil, o reconhecimento jurídico da objeção de consciência se dá pela via constitucional, regulamentado, em parte, por lei especial e, ainda, por decisão judicial. Na Assembléia Nacional Constituinte (1987/1988), a defesa da objeção de consciência foi encampada principalmente por democratas, grupos religiosos e pacifistas, tendo como questão de fundo a liberdade de crença religiosa.

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, como

escusa restritiva ao serviço militar (art. 143, § 1º, CF), *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...), nos termos seguintes:

VIII – ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Esse preceito constitucional estabelece mais um postulado democrático da nossa carta constitucional, em plena conformidade com a Declaração dos Direitos do Homem da ONU, de 1948⁶. Os deveres a que se refere esse preceito designam ressalvas de direitos, consoante se infere, porém, que não é dado invocar tal crença e convicção para eximir-se de obrigação legal. O objetor não pode sobrepor-se ao princípio da isonomia apenas pela alegação de que é objetor, pois, para eximir-se do cumprimento da obrigação jurídica, ele deve revestir-se de consistente fundamentação jurídica, moral ou política.

Observamos que a objeção de consciência constitucional não tem caráter absoluto, pois não pode ser invocada para conseguir exoneração de obrigação legal imposta a todos, permitindo apenas prestação alternativa. Combina esse preceito genérico de objeção de consciência com a objeção específica ao serviço militar, *in verbis*:

Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativos de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

A Constituição reconhece que a lei pode impor ao objetor prestação alternativa, que,

por certo, há de ser compatível com suas convicções. Dentro da ordem jurídica, justifica-se a objeção de consciência apenas com uma parcial negação das leis, porque o objetor é obrigado a arcar com os custos dessa limitação, pois tem que aceitar as regras da justificação, que contém a parte não negada da sua justificação, como é o caso brasileiro da perda ou suspensão dos direitos políticos (art. 15, IV, CF)⁷. Se não consegue seu intento, o objetor tem como recurso a opção de recusar a obrigação alternativa, possível em alguns casos, como o serviço militar, com as conseqüentes sanções normativas.

3. Da justificação

A justificação pode ser de várias ordens, como: jurídica, política e moral. O principal argumento moral reside no dever de obedecer às leis que sejam razoáveis, proporcionais, justas e em conformidade com os princípios gerais de direito, como o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, da justiça social, da proporcionalidade, da legítima defesa e da segurança jurídica.

Além da questão de convicção religiosa, filosófica ou política como imperativo de consciência, o objetor deve invocar uma questão jurídica. Da mesma forma, aquele objetor que não justificar adequadamente sua demanda está sujeito à devida responsabilização, o mesmo ocorrendo com aquele que alega falsamente a objeção.

A objeção de consciência abre perspectivas de ação política, no sentido do aperfeiçoamento do sistema político e jurídico. Sob o ponto de vista político, como modalidade de exercício do direito de resistência, abriga, no fundo, a legitimidade da estrutura de poder, já que sua reivindicação é apenas pontual dentro do contexto da obrigação jurídica, podendo – é claro que por meios transversos – alcançar os fundamentos da ordem política.

A lógica da justificação jurídica da objeção de consciência transcende a evocação dos princípios fundamentais éticos e políti-

cos. Além da questão ética, o objetor deve invocar uma questão de convicção filosófica ou política como imperativo de consciência. O que vem a ser essa alegação de consciência? Podemos entender como um grau bastante forte de assentimento de valores morais que se interiorizam na pessoa como autopercepção, confundindo-se muitas vezes como sinônimo de crença ou de certeza. Segundo a teoria psicanalítica, a atividade mental pode efetuar-se por duas modalidades, uma consciente e outra inconsciente. Os dados da primeira modalidade são “dados imediatos” que não podem ser mais plenamente explicados por qualquer “tipo de descrição” e os da segunda são inferidos.

A justificação política da objeção de consciência pode ser assentada em duas fontes: a primeira traz a idéia originária de salvar a justiça e a dignidade humana, fundada em razões humanitárias de justiça social e solidariedade dos povos. A matriz da objeção de consciência está na reprovação da lei injusta em nome de uma ordem superior “justa”, uma ordem moral. De forma semelhante se deu a manifestação de alguns grupos de protesto e de mobilização de campanhas contra a guerra do Vietnã na década de 60.

A outra fonte de justificação é, finalmente, a idéia da autonomia da liberdade individual que se antepõe a toda forma de poder sobre o homem, especialmente o poder do Estado. A justificação tem origem jusnaturalista, que só ergue a supremacia do indivíduo – informado por alguns direitos natos – sobre o Estado. Essa tese jusnaturalista sustenta que a consciência individual está acima de cada lei e que é legítimo resistir em nome dos direitos naturais ou da humanidade ofendida, pois o ato impugnado repugna a consciência. Salienta-se, nessa perspectiva, o homem como centro da esfera política e social e, de outro lado, o Estado como o ente artificial legitimado para distribuir justiça. O Estado, por sua vez, nada mais é do que uma associação criada pelos próprios indivíduos, por meio do contrato

social, para proteger seus direitos fundamentais e assegurar o desenvolvimento humano baseado na tolerância e na convivência pacífica.

4. Das classificações

As variações das classificações da objeção de consciência acontecem conforme o aprofundamento doutrinário do tema. Apresentamos apenas oito classificações, para fins deste estudo, a saber:

1º) *objeção de consciência ao serviço militar* – dispõe basicamente sobre o recrutamento e o exercício militar, possibilitando aos indivíduos o direito a evitar o serviço militar bélico aos que tenham apreensões de natureza religiosa acerca de lutar ou matar. A objeção de consciência ao serviço militar é omissiva, individual, personalíssima, pacífica, parcial.

A Constituição Federal de 1988 manteve a obrigatoriedade do serviço militar inicial que alcança todos os brasileiros e possibilitou, também, a prestação militar alternativa⁸, mediante simples alegação de objeção de consciência (art. 143, § 1º, CF). Esse preceito constitucional que desobriga os brasileiros ao serviço militar obrigatório por escusa de consciência não os libera da obrigação mais séria da cidadania: a obrigação de lutar pelo próprio país, em caso de guerra (art. 5º, XLVII, “a”, combinado com art. 143, § 1º, da Constituição Federal). A regulamentação infraconstitucional está expressa em dois atos normativos: na Lei 8.239/1991, que dispõe sobre a prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório, e na Portaria EMFA nº 2.681/1992, do Chefe do Estado Maior das Forças Armadas.

A recusa ou cumprimento incompleto do serviço alternativo, sob qualquer pretexto, por motivo de responsabilidade pessoal do convocado, implicará a suspensão dos direitos políticos, que importa em privação temporária do direito de votar, ser votado e despoja a pessoa dos atributos de eleitor, de fazer concurso público e tirar passaporte.

2º) *objeção de consciência religiosa* – garante às pessoas que professam a crença religiosa a dispensa de trabalho ou a prática de ato cívico (votar) em determinados dias e horários. Essa objeção ataca a lei positiva que seja contrária à moral religiosa, ainda que a pretexto do bem comum. No Rio de Janeiro, a lei municipal nº 1.410/89 garante aos funcionários municipais que professam a fé judaica o ponto facultativo nos dias de Rosh Hashanah (Ano Novo) e Yom Kippur (Dia do Perdão)⁹.

3º) *objeção de consciência ao exercício profissional* – trata-se de uma incompatibilidade moral entre o profissional e o serviço solicitado, como é o caso de algumas profissões, entre elas a dos advogados. O próprio Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/94) estabelece no art. 33, parágrafo único, a recusa do patrocínio de uma causa por razões de foro íntimo. Essa matéria está ratificada no Código de Ética do Advogado que expressamente dispõe, no art. 20, que o advogado deve abster-se de patrocinar causa contrária à ética e à moral. Agindo assim, o profissional não incorre na infração disciplinar de recusa à prestação de serviço, sem motivo, à assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública. Da mesma forma, outros profissionais, como o juiz de direito¹⁰, baseados em imperativos de consciência, podem alegar que sua decisão atenta contra sua crença religiosa, política ou moral, independentemente da licitude do ato.

4º) *objeção de consciência à obrigação sanitária e tratamento médico* – trata-se da recusa aos tratamentos sanitários obrigatórios impostos pelo Estado ou tratamento médico, quando limitam a liberdade individual ante uma decisão coletiva para prevenir determinada enfermidade. Se, de um lado, cabe ao Estado a tutela do direito à vida e à saúde coletiva; de outro, também cabe a este o dever de não prejudicar terceiros. O respeito à atitude individual da objeção de consciência deve estar em harmonia com direitos dos não-objetores. Algumas crenças ou

concepções políticas ou filosóficas, por exemplo, não permitem a vacinação, tanto que uma simples questão de objeção particular pode-se transformar em desobediência civil, como foi o caso da Revolta da Vacina, no Rio de Janeiro, em 1904.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou, no novo Código de Ética Médica (1988), os direitos do paciente, assim, o art. 48, CFM, veda o médico de: “Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar”. E, inclusive, tem o paciente o direito de recusar tratamento para atender às suas convicções (art. 51, CFM), em que o médico é proibido de: a) “alimentar compulsoriamente qualquer pessoa em greve de fome que for considerada capaz, física e mentalmente (...)”. Em tais casos, deve o médico fazê-la ciente de prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de perigo de vida iminente, tratá-lo; b) “efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida”. Nesses casos, deve-se registrar uma hierarquia de valores entre o dever profissional e o direito de paciente. “O dever médico é de fonte legal, o direito do paciente de aceitar, ou não, um tratamento, ou um ato médico, é expressão de sua liberdade – direito seu de ordem fundamental, declarado e garantido pela Constituição”¹¹. Prevalencem os direitos do paciente.

5º) *objeção de consciência à obrigação de doação de órgãos* – essa objeção está regulamentada pela Lei de Doação Presumida (Lei 9.434/97 e Decreto nº 2.268/97). A lei declara todos os brasileiros potenciais doadores universais, e, para tanto, presume-se autorizada a doação de órgãos. Nesses casos, a lei criou a fórmula ideal, reconhecendo a autonomia individual ao permitir a declaração de vontade de “doador” ou “não-doador” nos documentos de identidade. O objeto (não-doador) não precisa justificar ou abrir processo administrativo, basta de-

clarar sua vontade em uma nova Carteira de Identidade Civil¹² ou na Carteira Nacional de Habilitação¹³. A lei, ainda, trata da retirada compulsória de órgãos e cria um novo instituto jurídico: os “não-doadores”. Fora os equívocos da lei, ela regulamenta uma disposição constitucional (art. 199, § 4º, CF), além de ter um grande alcance social.

Outra questão de maior interesse jurídico refere-se ao sangue, ao espermatozoide e ao óvulo, que não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere a Lei de Doação Presumida, mas podem ser incluídos implicitamente. Há situações como a negativa da transfusão de sangue por parte de membros de grupos religiosos (Testemunha de Jeová), como no caso da mãe que não permite a transfusão de sangue de seu filho alegando motivação religiosa. Nesse caso, os direitos fundamentais funcionam de forma antinômica entre o direito de crença da mãe e o direito à vida da criança, em que deve prevalecer a vida em detrimento da liberdade de consciência – a vida vale mais que a crença religiosa.

6º) *objeção de consciência ao aborto* – refere-se à recusa por parte dos profissionais de saúde ou de hospitais à prática do aborto, independentemente da licitude do ato. Com isso, reconhece-se o direito de objeção de consciência dos hospitais e de qualquer pessoa a negar a prática do aborto por motivos morais, não caracterizando discriminação pelo exercício desse direito. Por outro lado, no caso do aborto necessário, em que não há outro meio de salvar a vida da gestante, a recusa acarreta o crime de omissão de socorro, previsto no art. 128, I, e 135, do Código Penal Brasileiro. Nos Estados Unidos, encontra-se reconhecido esse direito, em nível federal, pela *Health Programs Extension Act* de 1993 e, na França, pela Lei 75, de 1975, relativa à interrupção da gravidez e que regula a cláusula de consciência dos profissionais de saúde.

7º) *objeção de consciência ao trabalho nos sábados* – refere-se às questões de natureza religiosa e pode ser reconhecida pelo prin-

cípio da autonomia dos contratos trabalhistas entre patrões e empregados em aceitar a liberalidade de dispensa de trabalho aos sábados. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) reconhece no art. 6º da Declaração Universal de 1981 o sábado como um dia festivo, segundo determinada religião, embora não haja amparo legal para que se guarde outro dia que não o domingo. O Serviço Público Federal e o Serviço Público do Estado do Rio de Janeiro, precisamente na área da educação, recomendam às unidades escolares não marcarem exames escolares aos sábados pelo simples fato de o aluno professar religião que lhe mande guardar o sábado como dia santificado¹⁴. Desse modo, as instituições de ensino podem marcar as prestações alternativas a qualquer dia e hora, conforme sua descrição administrativa. Os objetores mais conhecidos são os Adventistas do Sétimo Dia, que se negam a trabalhar nos sábados por razões religiosas.

8º) *objeção de consciência eleitoral* – nessa objeção, o eleitor se recusa a participar do processo eleitoral sob duas alegações: primeira, como cidadão não quer participar da produção do poder político; segunda, quer participar, mas os partidos ou candidatos apresentados ao pleito estão em desconformidade com sua consciência política. Não obstante o voto obrigatório com assento constitucional (art. 14, § 1º, CF), é perfeitamente cabível que o mesmo seja facultado aos eleitores que não desejarem votar, independente do motivo, bastando que esses justifiquem na sua Zona Eleitoral até sessenta dias após o dia da votação. A fundamentação jurídica da justificativa tem amparo nos arts. 1º, II c/c art. 5º, XXXIV, “a” e seu § 2º, CF, c/c art. 7º, *caput* e seu § 1º, Código Eleitoral. Da mesma forma, pode-se desenvolver a tese de que o sufrágio é um direito e não um dever (art. 14, § 1º, I, CF) e que a soberania popular é a livre manifestação do povo e não uma obrigação. Todos têm os mesmos direitos, mas nem todos têm a mesma vontade de participar da vida política da nação por terem, também, diferentes consciências políticas.

De outro lado, a defesa do Estado centra-se na alegação de que, se o eleitor não estiver de acordo com os candidatos, deve votar em branco, cumprindo o dever de votar imposto na Constituição¹⁵.

Considerações finais

O direito deve trazer em seu âmago as condições da existência humana e moral das pessoas e, por conseguinte, a autodefesa dos direitos do indivíduo constitui um elemento determinante da sua própria conservação.

Os limites éticos dos objetores, quando da recusa à obrigação jurídica, têm como fio condutor a melhoria da convivência social, não só importante para a política geral, mas para a vida privada de cada cidadão. Quando o “tribunal da razão” proclama a lei contrária à consciência moral, o indivíduo liberta-se do dever da obediência. A ética é condição fundamental para uma sociedade que tenha compromisso consigo mesma.

A objeção de consciência será sempre precedida de uma oposição privada possibilitada pelo sistema político. Pela magnitude de sua reivindicação, esse postulado da objeção de consciência é uma possibilidade última de assegurar à pessoa sua dignidade humana (cf. NASCIMENTO, 1976). Não se trata de uma liberalidade, mas de uma ação política calculada, quanto aos êxitos e frustrações.

O Estado que admite a objeção de consciência, como o Brasil, por consequência, admite a desobrigação jurídica por parte de alguns dos seus cidadãos. Conflagram-se dois direitos: os direitos do Estado e os direitos fundamentais, em que o primeiro reconhece e administra as exigências do segundo, mediante estudo e observação da formação da tensão e resolução do conflito social.

A objeção de consciência procura sua legitimidade moral na dignidade da pessoa humana, solidificada como princípio político, para fazer frente à recusa à obrigação

jurídica. Por outro lado, a oposição política, seja ou não partidária, não requer, necessariamente, uma alegação de consciência e, sim, exterioriza-se por variáveis próprias do campo político, como: interesse, tradição, cultura e afeto. A oposição política faz parte da teoria do poder, sendo parte do sistema político-jurídico do Estado, de importância capital para legitimar os processos de decisão política, seja eleitoral ou parlamentar. Dessa forma, a oposição política é sempre legal, enquanto a objeção de consciência nem sempre é admitida no ordenamento jurídico.

Por fim, a objeção de consciência abre perspectivas de ação política, no sentido do aperfeiçoamento do sistema político e jurídico. A objeção de consciência não se apresenta contra as normas sociais, e, sim, contra a obrigação jurídica, já que sua reivindicação é apenas pontual dentro do contexto da obrigação jurídica. A liberdade de consciência e suas objeções decorrentes não se opõem ao Estado Democrático, ao contrário, legitimam o mesmo (ROCA, 1993, p. 30).

Notas

¹ “No regime constitucional de 1946, por exemplo, nem sempre o dispositivo mereceu consagração, como se verifica no julgado de 06/10/1950 (Mandado de Segurança nº 748), do Tribunal Federal de Recursos, que reputou como correto o posicionamento da Escola Politécnica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro vedando a rematrícula de diversos alunos. O motivo: professarem determinada ideologia política e não terem fé católica. O fundamento jurídico do acórdão proferido pelo tribunal de então foi de tratar-se de estabelecimento privado de ensino, muito embora estivesse sob fiscalização federal” (FERREIRA, 1989, p. 73).

² DDDC. art. 2º: “A finalidade de toda associação é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem; esses direitos são a liberdade, a segurança e a resistência à opressão”.

³ A Alemanha consagra o direito à objeção de consciência no art. 4º “A liberdade de crença, de consciência e a liberdade de opinião religiosa ou filosófica são invioláveis”, dispondo, também, que

“ninguém poderá ser constringido ao serviço armado em tempo de guerra contra a sua consciência”. No art. 4.3. da Lei Fundamental de 1949: “Ninguém será obrigado, contra sua consciência, a servir com armas na guerra. A regulação se fará por lei federal”. A Constituição da Espanha, de 1978, expressa no art. 16.1: “Se reconhecem a liberdade ideológica, religiosa e de culto dos indivíduos e das comunidades sem nenhuma restrição em suas manifestações, que sejam necessárias para a manutenção da ordem pública protegida pela lei”; no art. 20. 1. d. (...). A lei regulará o direito a cláusula de consciência e o segredo profissional no exercício das liberdades; no art. 30. 2: “A lei fixará as obrigações militares dos espanhóis e regulará, com as devidas garantias, a *objeção de consciência*, assim como as demais causas de exceção do serviço militar obrigatório, podendo impor, em seu caso, uma prestação social substituta”. No art. 53. 2: “Qualquer cidadão poderá receber a tutela das liberdades e direitos reconhecidos (...) dos Tribunais ordinários por um procedimento baseado nos princípios indicados, ou se for o caso, através do *recurso de amparo* junto ao Tribunal Constitucional”. Esse último recurso será aplicável “a *objeção de consciência* reconhecida no artigo 30”. A Constituição de Portugal de 1976 e as sucessivas reformas mantiveram a objeção de consciência, expressamente no art. 41.6, *in verbis*: “Garante-se o direito à objeção de consciência, nos termos da lei.” A Constituição da Suécia estabelece nos artigos: art. 12.: “(...) Nenhuma restrição pode ser feita baseada tão somente em idéias políticas, religiosas, culturais ou outras congêneres”; no art. 13.: “(...) No julgamento das restrições que podem ser feitas em virtude do parágrafo precedente, atenção especial deve ser dada à importância da mais ampla liberdade de expressão e de informação em assuntos políticos, religiosos, profissionais, científicos e culturais”.

⁴ A França é considerada como o primeiro país no mundo a reconhecer a objeção de consciência, desde 18 de agosto de 1793, especificamente para o serviço militar, quando instaurou o serviço militar obrigatório e excluiu deste dever os praticantes religiosos sabatistas. Essa decisão foi fonte de direito para outros povos. Contemporaneamente, dois outros documentos legislativos regulam a matéria: a Lei de Recrutamento Militar, de 1963, e a Lei de 1971, que dá nova redação ao Código Militar Nacional. Nos *Estados Unidos da América*, o reconhecimento tem antecedentes na Constituição de 1787. Três documentos legislativos tratam da objeção de consciência: *Draft Act*, de 1864 (Lei do Recrutamento Militar); *Draft Act*, de 1917 e *Selective Training and Service Act*, de 1940. A objeção de consciência e a desobediência civil, nos Estados Unidos, têm sido objeto de tamanha institucionalização que o De-

partamento de Justiça, em 1967, criou órgãos administrativos específicos para tratar do tema (*Special Hearing Office Conscientious Objectors e National Advisory Commission on Civil Disorders*), em razão dos protestos públicos contra a convocação para a Guerra do Vietnã. Esse específico movimento social contra a guerra combina duas modalidades de direito de resistência: a objeção de consciência e a desobediência civil. Quase sempre começa por uma questão pessoal para após atingir o espaço público.

⁵ A Constituição *Italiana*, de 1947, adota a objeção de consciência e a estabelece, implicitamente, no art. 52.2, que está regulado na Lei nº 772, de 15 de dezembro de 1972.

⁶ Art. XVIII. “Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar sua religião ou de convicção, só ou em comum, quer em público, quer privadamente, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelo cumprimento de ritos”.

⁷ Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII, CF.

⁸ Conceitua-se serviço alternativo como exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às de caráter essencialmente militar, compreendendo um período de dezoito meses.

⁹ Seguindo a tradição judaica, o segundo dia do Rosh Hashanah termina uma hora após o cair do sol, aproximadamente 18:30 horas. Dessa forma, o horário do dia da eleição acaba às 17:00h, e os brasileiros de fé judaica demandam a prorrogação de duas horas para votar. Não se trata propriamente de uma objeção de consciência eleitoral, e sim de consciência religiosa, já que querem votar sem pecar.

¹⁰ A objeção de consciência do juiz é matéria controvertida: como bem lembra o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (apud NEGRÃO, 1995, p. 161). “A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil (...) Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum”. De outro lado, há a interpretação do art. 126, CPC, que estabelece que o juiz não pode eximir-se de sentenciar ou despachar alegando lacuna e obscuridade da lei. Não deseja o dispositivo que deva haver a substituição do legislador pelo juiz, mas sim a justa adequação da lei com todo o ordenamento jurídico posto. “Não pode o juiz, sob ale-

gação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e unanimidade, mas não a substitua pelo seu critério” (STF – RBDP 50/ 159, apud NEGRÃO, 1995, p. 161).

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. (Parecer) *Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue*. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados (Testemunha de Jeová), 1994, p. 24.

¹² O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou a alteração dos artigos 33 e 34 do Regulamento Geral, que autoriza o advogado a requerer o registro na sua carteira profissional das expressões “doador de órgãos e tecidos” ou “não-doador de órgãos e tecidos”.

¹³ O Conselho Nacional de Trânsito expediu a Resolução nº 828/97, em que dá nova redação ao art. 104 da Resolução 734/89, *in verbis*: por ocasião da emissão, renovação ou a qualquer tempo, desde que solicitado, o Departamento de Trânsito (DETRAN) deverá anotar no campo “observações” da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) uma das seguintes expressões: “*Não-Doador de Órgãos e Tecidos*” ou “*Doador de Órgãos e Tecidos*”.

¹⁴ Recomendação do Ministério de Educação e Cultura expressa na Circular nº 11/GAB/DAU/BSB, de 09/03/78, do Diretor-Geral do Departamento de Assuntos Universitários, adverte que os Diretores que marcarem provas ao sábados tenham motivação administrativa justificada.

¹⁵ Vide um caso: Processo nº 010/96, da 214ª Zona Eleitoral da Capital do Rio de Janeiro. Autor: Adv. Osvaldo Agripino Castro Junior. DOS FATOS: o eleitor requereu ao Juiz eleitoral a objeção de consciência eleitoral para desobrigar-se do voto obrigatório, alegando imperativo de consciência política em face do perfil ideológico dos candidatos ao pleito à Prefeitura do Rio de Janeiro. O pedido foi indeferido pelo Juiz Eleitoral, acolhendo parecer do Ministério Público Eleitoral (MPE), condenando o autor-eleitor ao pagamento de 50% de um salário mínimo. Tanto o Juiz Eleitoral, quanto o MPE, não acataram a justificativa e decidiram pela aplicação da multa, o que é um equívoco, tendo em vista que o Código Eleitoral (CE) possibilita qualquer justificativa, inclusive a objeção de consciência. O MPE em seu parecer confunde *jus postulandi* com o direito de o eleitor peticionar perante a Justiça Eleitoral, ou seja, exige a postulação com advogado, o que não é necessário por tratar-se de norma de ordem pública, que a todos assiste (art. 355, CE). Além disso, opinou pela não-aceitação da justificativa do eleitor, fundamentado numa interpre-

tação restritiva, incompatível com o princípio do art. 5º, § 2º, CF. Assim sendo, de acordo com o parecer do membro do MPE, a referida justificativa deverá ser efetuada no prazo de 60 dias, contados do dia da votação, conforme a Res. nº 15.219 do TSE. A decisão do Juiz Eleitoral, ao acatar a opinião do MPE, fundamentada na tese de que “evidencia-se a temeridade do pleito ajuizado frontalmente contrário à ordem jurídica vigente”, diverge do disposto no artigo acima mencionado, o que comprova o desconhecimento do princípio da razoabilidade jurídica e da possibilidade de o eleitor justificar o seu não-comparecimento por qualquer motivo, já que o texto do art. 7º, CE, menciona somente a obrigatoriedade da justificativa. Ante a referida decisão, houve consulta ao TRE-RJ para verificar o entendimento sobre o tema, todavia, tanto o MPE de 2ª instância, quanto o TRE mantiveram o mesmo entendimento do MPE e do Juiz eleitoral, conforme acórdão. Caso ocorra a multa, em face da improcedência da ação, pode beneficiar-se da lei da anistia dos inadimplentes com a Justiça Eleitoral, elaborada, em regra, sempre antes da eleição, com o objetivo de incorporar ao processo eleitoral os que não estão quites com a Justiça Eleitoral. DO DIREITO: Independente dessa experiência sem êxito, mantém-se o entendimento da objeção de consciência eleitoral para o eleitor que não desejar votar por motivo ideológico, com fundamento no art. 5º, VIII, § 2º, da CF c/c art. 7º, *caput* e seu § 1º, CE, desde que o faça até 60 dias após o dia da votação, conforme a resolução nº 15.219 do TSE. Em nível de recurso, caberia a alegação jurídica do pluralis-

mo político e jurídico, como princípios do Estado Democrático (art. 1º, IV).

Bibliografia

- BUZANELLO, José Carlos. Direito de resistência e a legalidade. In: *Perspectiva sociológica do direito*. Rio de Janeiro: Thex, 1995.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.
- DWORKIN, Ronald. *Filosofia del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. São Paulo: RT, 1994.
- MONTANARI, B. *Obiezione di coscienza: un analisi dei suoi fondamenti etici e politici*. Milán: Giuffrè, 1976.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *A objeção de consciência: à luz da política, do direito e da moral*. 1976. Monografia – Faculdade de Direito, São Paulo.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RAWS, John. *Teoria de la justicia*. Tradução de M. D. Gonzáles. México: Fondo de Cultura Económica, 1978.
- ROCA, Guillermo Escobar. *La objecion de conciencia en la constitucion española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Direito natural: sentido natural *versus* sentido cultural

Eduardo C. B. Bittar

Sumário

1. Histórico do tema. 2. O academicismo do tema. 3. O sentido do jusnaturalismo. 4. Críticas ao jusnaturalismo e à idéia de natureza. 5. A natureza, a cultura e os direitos naturais. 6. Lógica natural e lógica cultural. Conclusões.

1. Histórico do tema

A discussão do tema não é uma inovação nos meandros teóricos do Direito¹. Pode-se mesmo dizer que a sede dessas discussões já se encontra entre os pensadores gregos, sobretudo a partir dos sofistas e de Sócrates (séc. V a.C.), que haviam detectado a origem da discussão na oposição entre *nómos e phýsis*, oposição que somente tomou proporções cada vez mais significativas na literatura filosófica após o advento de Platão e Aristóteles (séc. IV a.C.)². Por sua vez, os romanos sediavam a discussão na oposição entre *ius gentium* e *ius civile* (séc. II a.C. a II d.C.), sendo que os medievais (Santo Agostinho, Abelardo, São Tomás de Aquino) somente trouxeram diferenciais religiosos para esses conhecidos conceitos por meio da idéia da existência da *lex divina* (séc. V a XII d.C.) (Vide BITTAR, 2000). Com Grotius (séc. XVII d.C.), com seus contemporâneos e com a tradição posterior (Maquiavel, Jean Bodin, Hugo Grócio, Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, John Locke, Spinoza, Puffendorf), o racionalismo moderno universaliza a razão humana³ e encontra os fundamentos para a discussão do tema,

Eduardo C. B. Bittar é Doutor pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Consultor Científico da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/ SP, Professor de Filosofia do Direito e de Metodologia da Pesquisa Jurídica.

secularizando a noção de direitos fundamentais eternos, naturais e imutáveis, cuja primeira consagração se deu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Desde esse período, a questão passa a se tornar ingrediente indispensável de toda a busca jusfilosófica, não deixando mais de se encontrar nos manuais de filosofia do direito como página indispensável de reflexão (cf. BOBBIO, 1995, p. 15-23).

2. O academicismo do tema

Mas, nessa perspectiva, a questão do direito natural tem sido tratada muito academicamente. Com isso, desenraizou-se a própria noção de natureza de seu viés etimológico primordial. Após a crítica racional às correntes jusnaturalistas do século XVII, perdeu-se a verdadeira característica do movimento, que fazia decorrer do dado natural a origem dos direitos. Nesse interregno, na medida em que se somam e se avolumam correntes antagônicas ao jusnaturalismo, a questão da natureza como referência para a discussão dos direitos se tornou mero compêndio de opiniões superadas, história ultrapassada da filosofia do direito, eco de vozes de tempos distantes, ou seja, questão para o conhecimento e a erudição de juristas.

Ora, ao se discutir a noção de direito natural, deve-se reavivar o que há de nuclear em sua definição, ou seja, a idéia de natureza (natura, natureza, nature..., que tem algo de *natus*, do nascente, do nascido, do vir à luz, do germinar, do brotar...). A perda da semântica do termo natureza, incorporado que foi no bojo da expressão direito natural, provocou a erosão do valor que se agrega e que se carrega no mesmo.

Sabe-se que o termo está sujeito a ambigüidades, a controvérsias, e por isso devem-se inventariar seus possíveis significados, como lição preliminar acerca do tema. Assim:

“No pensamento ocidental, Natureza possui vários sentidos:

- princípio de vida ou princípio ativo que anima e movimenta os seres. Nesse sentido, fala-se em ‘deixar agir a Natureza’ ou ‘seguir a Natureza’ para significar que se trata de uma força espontânea, capaz de gerar e de cuidar de todos os seres por ela criados e movidos. A Natureza é substância (matéria e forma) dos seres;
- essência própria de um ser ou aquilo que um ser é necessária e universalmente. Neste sentido, a natureza de alguma coisa é o conjunto de qualidades, propriedades e atributos que a definem, é seu caráter ou sua índole inata, espontânea. Aqui, Natureza se opõe às idéias de acidental (o que pode ser ou deixar de ser) e de adquirido por costume ou pela relação com as circunstâncias;
- organização universal e necessária dos seres segundo uma ordem regida por leis naturais. Neste sentido, a Natureza se caracteriza pelo ordenamento dos seres, pela regularidade dos fenômenos ou dos fatos, pela frequência, constância e repetição de encadeamentos fixos entre as coisas, isto é, de relações de causalidade entre elas. Em outros termos, a Natureza é a ordem e a conexão universal e necessária entre as coisas, expressas em leis naturais;
- tudo o que existe no Universo sem a intervenção da vontade e da ação humanas. Neste sentido, Natureza opõe-se a artificial, artefato, artifício, técnico e tecnológico. Natural é tudo quanto se produz e se desenvolve sem qualquer interferência humana;
- conjunto de tudo quanto existe e é percebido pelos humanos como o meio ambiente no qual vivem. A Natureza, aqui, tanto significa o conjunto das condições físicas onde vivemos, quanto aquelas coisas que contemplamos com emoção. A Natureza é o mundo visível como meio ambiente e como

aquilo que existe fora de nós, mesmo que provoque idéias e sentimentos em nós;

- para as ciências contemporâneas, a Natureza não é apenas a realidade externa, dada e observada, percebida diretamente por nós, mas é um objeto de conhecimento construído pelas operações científicas, um campo objetivo produzido pela atividade do conhecimento, com o auxílio de instrumentos tecnológicos. Neste sentido, a Natureza, paradoxalmente, torna-se algo que passa a depender da interferência ou da intervenção humana, pois o objeto natural é construído cientificamente” (CHAUI, 1999, p. 291-292).

Vistos e estudados esses possíveis significados, históricos, conceituais e filosóficos do termo natureza, há que se considerar o que segue, no sentido do específico tratamento da palavra natureza agregada à idéia de direito. Assim, para essa finalidade, dentro dos quadrantes deste estudo, natureza pode significar: 1. mundo natural; 2. natureza individual humana; 3. natureza sócio-política própria da humanidade.

Os direitos, conforme o entendimento e a significação da palavra natureza, decorreriam ou da própria constituição do mundo natural (sentido 1), ou da natureza racional do homem (sentido 2), ou da natureza sócio-política humana (sentido 3). Assim:

- 1. Mundo natural: movido por leis físicas, bioquímicas... possui sua geometria pré-determinada, em face da criação e do surgimento do homem, e permanece em contínua e dinâmica mutação. O mundo natural, com sua regência, com suas regras, com suas pressões, com suas características... imprime condições para a vida em geral, inclusive para a vida humana. Essas condições formam um conjunto de dados que determinam a existência humana, fixando-se, assim, um conjunto de diretrizes para o comportamento humano que são o extrato das

experiências humanas com o meio ambiente. Leis inderrogáveis e comuns a todos e a tudo (animais, homens, vegetais, minerais...) ditam as condições da própria existência no mundo físico, condicionando a própria formação do direito e das normas jurídicas. Pense-se na maternidade e na paternidade, noções que movimentam os reinos animal, vegetal e hominal à luta pela preservação da espécie. Pense-se no instinto de defesa que abala também esses três reinos, em face de agressões advindas do mundo exterior, para o que cada grupo possui seus mecanismos de defesa que permitem repelir atentados à integridade individual dos membros da espécie;

- 2. Natureza individual humana: conjunto das condições que isolam e caracterizam o homem como ser racional, limitado e frágil como indivíduo em face da necessidade de interagir com o meio que o cerca (ninguém sobrevive sem comer...; se doente, é mister a cura...; a vida funciona a partir de um ciclo em que pessoas nascem, crescem, desenvolvem-se e morrem...). Assim, cada individualidade convive com um conjunto de condições que lhe são peculiares em face de sua exclusiva individualidade (condições fisiológicas, dinâmica orgânica, estrutura corporal, características físicas da espécie, pulsação regular da vida, análise corporal humana...), que, de uma certa forma, comunga das mesmas condições que limitam e constroem os demais seres humanos (doenças, carências, necessidades, princípios, dificuldades...). Daí a formação de direitos mínimos, lastreados em experiências mínimas e comuns a todos os indivíduos, tendentes a proteger o indivíduo em face de suas necessidades e condições peculiares (trabalhar sob condições desfavoráveis leva ao adoecimento; a falta de medi-

camento ou cura para moléstias pode causar a morte...);

- 3. Natureza sócio-política da humanidade: característica natural dos seres humanos, a gregariedade da espécie aparece como fator de aglutinação dos indivíduos, que se somam para dividirem convívio e se possibilitarem mutuamente os benefícios comuns (sempre seguidos dos malefícios inerentes ao convívio) que não poderiam gozar se estivessem no *modus vivendi* do isolamento, ou mesmo do convívio puramente grupal. Daí a criação de direitos apropriados para regulamentarem o convívio social de modo a perpetuá-lo, garantindo-se o artifício e a cultura humana, garantindo-se ainda a ligadura da vida social, em prol da espécie e da realização da própria natureza humana, o que só é alcançado pela restrição de liberdades individuais para o ganho na somatória das finalidades comuns e coletiva. O primeiro e inegável indício dessa natureza é o núcleo familiar e a dependência alimentar, psico-afetiva, estrutural do homem frente à família.

Por vezes, essas noções se entrelaçam, por vezes se complementam, por vezes se excluem na argumentação, isso como forma de se provar a existência de categorias prévias a qualquer tipo de determinação da vontade humana, e antes mesmo de qualquer possível vontade do legislador, em face dos vetores que parecem reger a conduta humana.

3. O sentido do jusnaturalismo

Dessa forma, após esse resgate da própria proposta conceitual do termo natureza, o jusnaturalismo, não importa de que tendência se trate (sofística, aristotelismo, hobbessiana, lockiana, puffendorfiana, grociana...), passa a fazer mais sentido, uma vez resgatado o âmago do desafio por seus teóricos proposto.

De fato, o jusnaturalismo afronta o positivismo, na medida em que enxerga fundamentos anteriores à vontade do legislador como balizamentos e estruturas necessárias para a conformação dos direitos. Assim, antes de se aceitar que o Direito é fruto do arbítrio do legislador, que é produto único e exclusivo de uma penada do legislador, que é mero ato de imposição unilateral de ordem e poder, que é pura manifestação cerebrina do legislador (justa ou injusta, certa ou errada, totalitária ou democrática, viciada ou virtuosa, corrupta ou proba...), passe, com o jusnaturalismo, a remeter a origem de todo direito a esquemas prévios à própria vontade do legislador.

Para o jusnaturalismo, o legislador, na verdade, possui papel secundário; é ele apêndice do processo de criação da legislação, capítulo de somenos importância na formação do texto normativo. Isso porque sua função é servir de instrumento para a manifestação ou das leis do mundo natural, ou da natureza individual humana, ou da natureza sócio-política humana. Seu papel se resume ao de um observador e tradutor das necessidades advindas ou da vida em um meio ambiente, ou da vida propriamente do indivíduo, com suas necessidades, ou da vida gregária e coletiva humana. Em qualquer das hipóteses, o legislador é mais observador do que criador.

Eis aí o mérito do jusnaturalismo. Eis aí as contribuições do movimento, que cumpre sejam detalhadas neste momento.

4. Críticas ao jusnaturalismo e à idéia de natureza

No entanto, vale a pena dizer que as principais críticas aos conceitos de natureza, formuladas por opositores das idéias naturalistas em geral, tocam nos seguintes aspectos:

- 1. Natureza como mundo natural: o mundo natural possui regras que não servem como exemplos para a conduta humana, por sua absoluta impro-

priedade para o convívio humano, que é diferenciado, nesse aspecto, das demais regras naturais (ex: lei do mais forte; seleção natural dos indivíduos de espécies diferentes entre si, assim como de indivíduos pertencentes à mesma espécie; violência como parte do processo de conquistas da fêmea para o acasalamento...);

- 2. Natureza individual humana: o indivíduo não pode ser a única fonte de inspiração para a formação de direitos, e isso porque o legislador não cria leis para o indivíduo, mas sim para coletividades;

- 3. Natureza sócio-política humana: se a gregriedade fosse consentânea à espécie humana, no convívio social não haveria lutas, discórdias, conflitos, disputas, separatismos, divisões, anarquismos, assim como não existiriam tribos e nichos de populações nativas isolados do convívio global.

A principal querela contra as posturas que admitem a existência de um direito natural, anterior e fundante de todo ordenamento, é o fato de ser o direito natural mera especulação em face do direito positivado, escrito e documentado. Ora, esse argumento não procede porque é possível algo mais palpável do que a busca pela sobrevivência, que é uma regra advinda das condições humanas e naturais? Seria mais apropriado dizer que nem todo direito positivo decorre ou deve sua origem ao direito natural...

Assim, não obstante essas considerações, parece que o conjunto de idéias jusnaturalistas não perde alento. Sua chama permanece resplandecente, em face de sua simplicidade e de sua posição claramente objetiva, pois, acima de tudo, deixa uma só e única lição: o homem, apesar de ser racional, apesar de ser capaz de moralidade e de autodeterminação de seu comportamento, é um ser jungido pelo contexto no qual se encerra. E, desse ponto de vista, o argumento é irrefutável.

5. *A natureza, a cultura e os direitos naturais*

Certamente, não se define o direito natural simplesmente a partir do conceito de natureza, uma vez que esta pode ser definida de modo simples, para os efeitos desta pesquisa, como o conjunto dos processos físicos, bioquímicos, orgânicos que produzem as condições para o equilíbrio dos elementos. O direito natural não deflui direta e inconseqüentemente do conceito de natureza, porque a própria natureza humana se define de modo diferenciado em meio ao mundo natural. O homem se diferencia por ser agente capaz de cultura, e é esse o verdadeiro estatuto do ser humano.

Entender simplesmente que a natureza define o conceito de direito natural é reduzir as potencialidades humanas (psíquicas, intelectivas, sociáveis, interativas, produtivas, artísticas, éticas...) ao dado natural. Ora, o ser humano está mais afeto ao construído que ao dado. A palavra direito significa algo da ordem da cultura, e não um simples dado do mundo natural (cf. reflexão de REALE, 1999).

Mas isso não conduz esse discurso ao extremo de se dizer que o ser humano está acima ou além da natureza. Ora, o homem é parte da natureza, e dela depende, a ela se submete, dela não se pode livrar. Se os animais são totalmente dependentes das pré-determinações genéticas, instintivas e dos processos naturais, não se encontra o homem na mesma condição. O homem se vale da natureza (para alimentar-se, abastecer-se, habitar, manipular elementos químicos, aperfeiçoar materiais, desenvolver produtos e técnicas...), podendo sobre ela intervir, engendrando novos artifícios que condicionam sua existência.

Ao desenvolver suas capacidades, o homem tem demonstrado até mesmo ser capaz de destruir o próprio ecossistema que o abriga, acabando por construir sua própria finitude. Isso é demonstração de que o afastamento excessivo da natureza (por igno-

rância, por desprezo, por desleixo, por ganância...) só pode trazer prejuízos e jamais benefícios ao homem. O homem é filho da terra e a ela se vê vinculado umbilicalmente. Romper esse cordão é construir a própria destruição, seja de seu meio, seja de si mesmo.

Assim, entre a excessiva vinculação à natureza (situação em que o homem se vê reduzido à condição quase animal, estando totalmente dependente e à mercê dos processos naturais, sendo rudimentar os modos de vida e inexistente ou insignificante o desenvolvimento racional e técnico) e a excessiva desvinculação da natureza (situação em que o homem se aparta da natureza, compreendendo-a e dominando-a a ponto de menosprezá-la e destruí-la, pervertendo sua própria condição mundana e construindo o vazio que conduz à autodestruição), mora a tolerante e virtuosa serenidade do meio termo.

Em equilíbrio com os processos naturais, é possível vislumbrar uma forma de progresso que mantém intacta a matriz e a geratriz de todo o existente mundano: a natureza. Seres humanos não estão obrigados a viverem para ela e por ela, mas não se podem desobrigar de viver com ela. O mais tolo filho do progresso tecnológico não se esqueça: a matéria que compõe seu corpo se putrefaz e retorna à terra; o ar que se respira é uma combinação de elementos químicos naturais; a alimentação possui sempre por base primeira elementos naturais indispensáveis para a manutenção orgânica. O homem pertence, irrefutavelmente, à ordem das coisas naturais. O que se há de esperar, portanto, é que da lucidez humana surjam atitudes compatíveis com o respeito do que lhe é próprio.

6. Lógica natural e lógica cultural

Deve-se afirmar que a ordem do natural, a lógica do natural, não é necessariamente a lógica humana; o homem não está adstrito à lógica que comanda os processos naturais. Mas negligenciar completamente os

exemplos dados pela natureza como reforço às tendências próprias do homem é cegar os próprios olhos a uma realidade acessível e palpante.

Observar a lógica natural é já atitude louvável para compreender o universo que cerca e sustenta a humanidade. Sem uma atenta observação que se carrega por experiências ambientais de gerações, é impossível negar ou absorver algo da natureza. Para manter ou para mudar é necessário, por primeiro, conhecer.

A lógica natural pode ser acolhida quando benéfica para o homem, dentro de exigências mínimas de razoabilidade e humanidade. A lógica natural deve ser destacada quando se fizerem nítidas as diferenças entre o que há de humano e o que há de primitivo, instintivo, brutal, irracional... nas coisas. Sensibilizar-se para essas diferenças é próprio do ser humano, que é capaz de avaliar pelos juízos racionais e axiológicos experiências, sentidos, ocorrências, fatos, coisas, comportamentos...

A ponderação do válido e do inválido, do plausível e do implausível para o jogo das relações humanas deriva da própria capacidade humana de avaliar e selecionar o válido e o inválido, o plausível e o implausível, o ponderado e o imponderado.

Assim, cometer ilícitos e irracionalidades justificando-se com exemplos retirados da natureza é simples expediente de desprezível retórica (ser poligâmico porque algumas espécies animais o são; ser violento porque a coragem está na virilidade e na brutalidade animal dos principais predadores – tigre como sinônimo de coragem; valer-se do simbolismo e dos comportamentos animais e suas expressões para fundamentar ações humanas; o simbolismo popular aquiescer no sentido de que os principais vilões de figuras em quadrinhos possuem formas animais grotescas, ou possuem inspirações temáticas condizentes, como, traiçoeiro=cobra, livre=ave, certo = águia...). Também, atribuir sentidos humanos a fenômenos naturais para justificar ir-

racionalidades é construir desprezíveis expedientes de fuga comportamental. Ainda, louvar-se das realidades naturais para atribuir sentido a desvarios pessoais ou coletivos é construir figuras de sentido artificial.

Homem e natureza, num certo sentido, distinguem-se. Homem e natureza, num outro sentido, equivalem-se. Ponderar entre as distinções e as equivalências, saber apropriar-se do que é louvável e saber distanciar-se do que não é louvável, isso é próprio do homem. É nisso que se deve depositar o poder de discernir entre o bem e o mau, entre o certo e o errado, entre o justo e o injusto.

Conclusões

As considerações presentes são fruto da maturação reflexiva a respeito da temática do direito natural, somando considerações críticas ao esvaziamento da discussão que redundou num mero aparato retórico de discussão de doutrinas. Em parte, essas considerações recuperam o mote da discussão, esclarecem tópicos fundamentais sobre a conceituação da natureza, para então deslocar o foco das atenções da oposição assumida entre direito natural e direito positivo, sugerindo novas perspectivas para o assunto. Reavaliada a partir das experiências ambientais contemporâneas e da criação de uma consciência ecológica e holística, é possível reassentar as dimensões do problema e conduzi-lo para novos rumos, colhendo evidências e servindo-se das mesmas para a orientação de uma justificável discussão hodierna, que não seja pela mera reprodução de idéias e valores, mas pela necessidade de se pensar problemas atuais.

Notas

¹ “Toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre direito positivo e direito natural, distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino; o uso da expressão direito positivo é, entretanto, relativamente recente, de vez que se

encontra apenas nos textos latinos medievais” (BOBBIO, 1995, p. 15).

² Sobre os conceitos de justiça em Platão e Aristóteles, consulte-se Eduardo Bittar (1999).

³ “A doutrina da Escola consubstanciou-se em quatro pontos fundamentais: 1. O reconhecimento de que a natureza humana seria fonte do Direito Natural; 2. A admissão da existência, em épocas remotas, do estado de natureza; 3. O contrato social como origem da sociedade; 4. A existência de direitos naturais inatos” (NADER, 1997, p. 132).

Bibliografia

BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____. Manifesto contra o direito natural: apontamentos para uma crítica do jusnaturalismo racional a partir das tópicas culturalista e semiótica. *Revista de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 1, v. 1, 1996.

_____. *Teorias sobre a justiça*: apontamentos para a história da filosofia do direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Marcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Direito natural*: visão metafísica e antropológica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

HERVADA, Javier. *Crítica introdutória ao direito natural*. Tradução de Joana Ferreira da Silva. Porto: Resjurídica, [s.d.].

HOBBS, Thomas. *Elementos do direito natural e político*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Resjurídica, [s.d.].

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Responsabilidade civil do advogado

Marcelo Garcia da Cunha

Sumário

1. Introdução. 2. Conceito de responsabilidade civil. 3. Disposições legais incidentes à hipótese. 4. Hipóteses que acarretam a responsabilidade do advogado. 5. Posição jurisprudencial. 6. Conclusão.

1. Introdução

Sabe-se que o ser humano não está imune à falibilidade, haja vista as suas limitações físicas que não lhe permitem vencer todos os obstáculos que surgem no curso de sua vida. Mas, muito embora a vulnerabilidade a erros, o homem convencional, em todos os canais de sua atividade, regras que, caso observadas, impedem ou diminuem os efeitos nefastos de um desacerto. São postulados que atuam tanto na consciência quanto nos atos de conduta.

Os profissionais liberais estão sujeitos a rigorosas normas éticas que lhes perseguem durante toda a sua vida profissional. A par de tais normas específicas, sujeitam-se às imposições de caráter geral, aplicáveis a qualquer membro da sociedade.

O presente trabalho tem por finalidade traçar algumas linhas acerca da responsabilidade civil do advogado. Para tanto, indicam-se os dispositivos legais que respaldam a responsabilidade civil do advogado, seguindo-se com o registro de situações em que se poderá exigir-lhe o ressarcimento dos prejuízos experimentados. Feito isso, mencionam-se algumas decisões jurisprudenciais.

Marcelo Garcia da Cunha é advogado em Porto Alegre.

ciais¹ pertinentes à matéria focalizada, culminando-se com as deduções que o assunto envolve.

Antes, porém, para melhor delineamento do trabalho, cumpre trazer à baila o conceito de responsabilidade civil.

2. *Conceito de responsabilidade civil*

Pela acuidade com que enfrenta a questão, transcrevem-se as palavras de Caio Mário da Silva Pereira acerca da responsabilidade civil:

“A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil” (1993, p. 11).

Depreende-se, pois, que a responsabilidade civil está condicionada, sempre, à necessidade de reparação dos prejuízos causados a outrem, por fato próprio ou em decorrência de pessoas ou coisas sob a dependência da pessoa obrigada ao ressarcimento (RODRIGUES, 1993, p. 4).

3. *Disposições legais incidentes à hipótese*

Inicialmente, importa ter em vista a regra geral da responsabilidade civil inscrita no art. 159 do Código Civil:

“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Tal dispositivo consagra a idéia de culpa como condicionante à reparação do dano, em que pese seja corrente a teoria da responsabilidade objetiva, que independe de culpa, bastando apenas a prova do evento danoso e do nexo de causalidade.

O Código Civil, no art. 1.056, contém ainda outra disposição impondo ao devedor a responsabilidade por perdas e danos, caso não cumpra a obrigação nos termos em que se obrigara.

Não obstante haja ponderável posicionamento no sentido da inaplicabilidade do denominado Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078/90, na relação travada entre advogado e cliente², convém observar o que dispõe o art. 14 do citado diploma legal:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos”.

No entanto, é no art. 32 da Lei nº 8.906/94, que regula o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, que está inscrita diretriz específica acerca da responsabilidade do advogado:

“Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

O dispositivo é plausível pela consonância que guarda com os deveres que recaem sobre o advogado. Com efeito, não seria razoável que o regramento legal incidente sobre a nobre atividade advocatícia dispusesse a respeito da conduta do profissional sem que estabelecesse, a par das sanções disciplinares, encargos decorrentes da esfera civil. A regra é específica, pois, antes de afetar as regras de maior amplitude (arts. 159 e 1.056 do Código Civil), tem o condão de complementá-las.

Por fim, o art. 13 do Código de Ética e Disciplina da OAB impõe a responsabilidade pelos danos causados dolosa ou cul-

posamente aos clientes e a terceiros até mesmo após a renúncia ao patrocínio.

Assinaladas as disposições legais que amparam a responsabilidade do advogado, é conveniente indicar, em linhas gerais, em que situações o causídico ver-se-á sob a contingência de reparar o prejuízo causado.

4. Hipóteses que acarretam a responsabilidade do advogado

O leque de tarefas exercidas pelo profissional da advocacia não se esgota no âmbito Judicial. É certo que a atuação em juízo (petições, audiências, sustentações etc.) prepondera entre as atividades do advogado. No entanto, em muitos casos o cliente procura o advogado para esclarecer-se sobre determinados atos ou fatos de relevância jurídica, exaurindo-se a atuação do profissional na respectiva orientação, sem qualquer providência judicial. Assim sendo, a obrigação que vincula o advogado ao cliente pode não alcançar as raias de atos judiciais.

O art. 12 do Código de Ética e Disciplina da OAB impõe ao advogado o dever de não abandonar os *feitos* sob o seu patrocínio sem motivo justo e comprovada ciência do constituinte.

O vocábulo anteriormente grifado deve ser interpretado não apenas no sentido de demandas judiciais, mas igualmente em casos que não envolvem o Poder Judiciário, tais como procedimentos administrativos processados no âmbito dos órgãos públicos e inquéritos policiais, desde que devidamente previstos na avença firmada com o cliente.

Tal norma retrata desídia, falta de zelo e diligência por parte do advogado, que deixa ao desamparo a sorte do cliente. Nesse caso, ante o abandono da causa e comprovado o prejuízo sofrido pelo cliente, incumbe ao advogado relapso o dever de ressarcir os danos causados.

Há situações em que o advogado, embora não tenha deixado ao desamparo o feito, comete erros inescusáveis, cuja diligência

comum bastaria para prevenir o gravame.

Como bem sustenta Ruy de Azevedo Sodré, “o erro inescusável, fruto da ignorância do causídico, importa na obrigação deste indenizar ao cliente dos prejuízos que lhe causou, dada a sua manifesta incompetência, o mesmo ocorrendo se o dano for causado por negligência” (1991, p. 122).

José de Aguiar Dias enfatiza que “a perda de prazo é a causa mais freqüente da responsabilidade do advogado. Constitui erro grave, a respeito do qual não é possível escusa, uma vez que os prazos são de direito expresso e não se tolera que o advogado o ignore” (1979, p. 333-334).

Na atuação judicial, são inumeráveis os erros que podem ser caracterizados como inescusáveis, tais como: ingressar com ação flagrantemente improcedente ou inadequada processualmente; deixar de recorrer quando há evidente possibilidade de êxito no recurso; deixar sem preparo o recurso quando o cliente repassou os valores necessários; não promover diligências requeridas pelo Juiz, causando a extinção do feito; recusar acordo proposto pela parte contrária sem o consentimento do cliente, em demanda que estava fadada ao insucesso³.

Dúvidas não pairam, entretanto, quanto à inviabilidade de responsabilizar-se o advogado quando, embora tenha agido com os cuidados necessários, a ação sob o seu patrocínio não tenha logrado resultado favorável ao cliente.

De fato, não se pode perder de vista que a atuação do advogado em juízo não o obriga a obter o resultado almejado, uma vez que este está condicionado a uma série de fatores que fogem do âmbito de controle do causídico. O contrato firmado com o cliente impõe ao advogado tão-somente a obrigação de bem direcionar e resguardar os seus interesses em juízo.

A atividade processual do advogado tem, quanto aos resultados, similitude com a atuação do médico, que não se vê na contingência de curar o paciente, mas de ministrar-lhe o tratamento adequado. Assim como

o médico não pode vencer a irreversibilidade do mal sofrido pelo cliente, o advogado tem sua atuação limitada às inafastáveis condições do fato narrado pelo cliente, às formalidades legais a serem observadas e ao posicionamento que o juiz assume frente ao caso que as partes lhe submetem à apreciação.

É nesse sentido a preleção de Paulo Luiz Neto Lobo (1994, p. 119-120):

“O serviço prestado pelo advogado, no entanto, configura obrigação de meio, jamais de resultado. Obriga-se o advogado a desenvolver os meios necessários e reconhecidos pelo ordenamento legal e pela ciência jurídica, com eficiência, qualidade e zelo. Não pode garantir o resultado, porque depende de imponderáveis e do convencimento da autoridade julgadora”⁴.

A situação é diferente, no entanto, quando o advogado confere certeza ao cliente em relação ao êxito da demanda judicial que ao final não vem a ser acolhida. Nessa hipótese, como o advogado comprometeu-se a alcançar o resultado desejado, descaracterizando a sua atividade como obrigação de meio, deverá indubitavelmente ressarcir eventuais prejuízos sofridos pelo cliente (como custas e honorários adiantados), que mantivera uma justa expectativa de vitória que não se confirmou.

Resta, ainda, indagar-se se o advogado responde por orientações (*v.g.*, pareceres) emanadas em razão de consulta formulada pelo cliente.

José de Aguiar Dias sustenta que a questão está sujeita às mesmas regras pelas quais se apura a responsabilidade pelo desempenho do mandato. Um conselho contrário à doutrina e à jurisprudência acarreta a responsabilidade do causídico, desde que atendidas as circunstâncias de cada caso (1979, p. 332).

Gladston Mamede sinala que, no caso de pareceres, a solução passa pela razoabilidade, pois o advogado não pode “ser responsabilizado se a solução oferecida não é aceita

pelo Judiciário (ou pela autoridade a quem o parecer é apresentado)” (1999, p. 256-257).

Com efeito, sabe-se que a doutrina e a jurisprudência não ficam alheias à evolução do direito, de forma que a solução que é dada hoje a uma questão jurídica pode seguir rota oposta com o passar do tempo. São notórios os casos de alteração no entendimento jurisprudencial, ainda que em nosso país se consagre o sistema romano-germânico, que confere primazia à lei e à segurança jurídica. Dito isso, se a opinião emitida pelo advogado estiver revestida de argumentos plausíveis à sua sustentação, sem qualquer atentado à boa lógica jurídica, não se pode cogitar em responsabilidade do profissional quando tal opinião destoa da posição doutrinária e jurisprudencial dominante.

Com percuciência, Gladston Mamede ressalta que

“essencial ao Judiciário, diante do pedido de reparação de danos, é verificar, antes de mais nada, se o comportamento do causídico fugiu, razoavelmente, ao que dele se poderá – aliás, mais: que se deveria – esperar nas circunstâncias; se o seu comportamento caracteriza uma linha de atuação defensável, justificável, não há falar em ato ilícito”(p. 254),

entendimento, aliás, seguido pelos Tribunais em apreciação à hipótese em tela, conforme demonstrado no próximo tópico.

5. Posição jurisprudencial

Em linhas gerais, nos litígios em que se verifica a responsabilidade dos advogados no trato profissional, os tribunais têm assumido posicionamento cauteloso, estabelecendo como condicionante da condenação do causídico a prova de cometimento de erro grave, que ultrapassa os limites de uma atuação regular, aceitável.

Em julgado prolatado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que os autores pleiteavam ressarcimento de danos atribuídos

à conduta do causídico que os defendera em juízo, cuja demanda fora extinta sem apreciação do mérito, exarado do Desembargador Luiz de Azevedo, restou assentado pelo voto condutor:

“Somente quando resultar comprovada a total inépcia daquele que deveria forçosamente conhecer o direito – pois é o que se presume de quem dispõe de capacidade postulatória – é que se poderá cogitar da responsabilidade civil mencionada; pois aí estará diante de hipótese semelhante ao médico imprudente ou imperito, que por mal agir, ao invés de curar, acaba agravando o estado de seu paciente”⁵.

É no mesmo sentido o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Responsabilidade do advogado, por negligência – Sendo evidente a negligência do advogado no exercício de seu mandato judicial, se omitindo de falar em oportunidades que lhe foram abertas, em outras recorrendo extemporaneamente e, em uma delas, permitindo que o recurso fosse declarado deserto, estrutura-se a responsabilidade por danos advindos”⁶.

Em outra oportunidade, apreciando ação indenizatória pela qual os autores alegaram que os réus, advogados, não teriam bem diligenciado ação de depósito, que fora direcionada contra instituição financeira ao invés de contra a seguradora, além de não terem aceito a nomeação à autoria da mesma, decidiu o Tribunal de Justiça do RS que não se configurou erro grave no patrocínio dos demandados, embora surpreendente a posição processual dos causídicos, mas não reveladora de culpa por parte dos réus⁷.

Por derradeiro, transcreve-se ementa de peculiar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Antes, porém, registre-se que se tratava de ação movida por trabalhador contra advogada que patrocinara reclamatória trabalhista. O feito estava em fase de execução, inclusive com bem penhorado, idôneo o bastante para satisfazer o

crédito. A advogada, entretanto, fez acordo por menos da metade do valor executado, sem ouvir o autor da ação indenizatória. Na ocasião, decidiu-se:

“Advogada que em execução de título judicial, em nome do credor e sem autorização deste, celebra acordo com o devedor renunciando parte substancial do crédito executado, sem plausível razão jurídica, deve responder pelos prejuízos que essa conduta causou ao credor, por utilização dos poderes do mandato judicial de maneira prejudicial ao mandante. É que no mandato judicial outorgado ao Advogado não se compreende o amplo poder do mandatário de dispor livremente dos direitos do outorgante”⁸.

6. Conclusão

Diante do que foi exposto, conclui-se – e não poderia ser diferente – que o advogado, em face do seu exercício profissional, é responsável por eventuais prejuízos que venha causar ao cliente.

Como regra, infere-se a responsabilidade civil do causídico quando sua atuação revestir-se de erros graves, inescusáveis, retratando inequivocadamente negligência e despreparo para a função advocatícia, afastando-se, portanto, a hipótese em que a demanda judicial não tenha logrado alcançar o resultado desejado, porquanto, salvo exceções, protagonizadas por alguns profissionais que não demonstram maior seriedade, não se obriga o advogado a tal fim, mas apenas a empregar, com acuidade, os meios suficientes para bem atender aos interesses do cliente.

Destarte, no caminho à eventual responsabilização do advogado devem ser resguardadas as peculiaridades da profissão e as circunstâncias de cada caso.

Para finalizar, cabe transcrever a reflexão de Antônio Manuel de Carvalho Neto, que bem demonstra os anseios vividos na nobre atividade:

“De fato, como pode o advogado, em meio ao rude entrechoque dos interesses desavindos, fazer com segurança a escolha de suas causas?

Qual a causa justa? Qual a causa injusta?

(...)

Tais e tantos são os fatores que se acolchetam na formação das lides forenses, tão enganosas as aparências dos direitos que revestem, que se não podem conhecer, de antemão, os rumos definitivos a traçar.

(...)

Só as circunstâncias emergentes, complexas, imprevisas em grande número de casos, poderão aconselhar, com dobradas cautelas, quando vai certa a estrada, ou quando perdido o rumo iniciado” (1989, p. 121-142).

Notas

¹ Convém salientar que, ao contrário do que se imagina, são poucos os julgados que dizem respeito à responsabilidade do advogado.

² Gladston Mamede assevera que os serviços advocatícios não se inserem dentro do mercado de consumo, haja vista que se caracterizam como obrigação de meio (1999, p. 255).

³ Esse último caso é citado por José de Aguiar Dias (1979, p. 333-334).

⁴ No mesmo sentido: Gladston Mamede (1999, p. 252); José de Aguiar Dias (1979, p. 330); Carlos Roberto Gonçalves (1995, p. 274).

⁵ *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – RJTJSP*, 125/176.

⁶ *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – RJTJRS*, 146/329, Relator Des. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento.

⁷ *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – RJTJRS*, 183/365, Relator Des. João Selistre.

⁸ *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – RJTJSP*, 172/09, Relator Des. Reuter Oliva.

Bibliografia

CARVALHO, Antônio Manuel. *Advogados: como aprendemos, como sofremos, como vivemos*. São Paulo: Aquarela, 1989.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAMEDE, Gladston. *A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NETO LOBO, Paulo Luiz. *Comentários ao novo estatuto da advocacia e da OAB*. Brasília: Brasília Jurídica, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 4.

SODRÉ, Ruy Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr, 1991.

Um *E* na Lei de Responsabilidade Fiscal

Ana Cláudia Porpino

Sumário

1. Introdução. 2. Interpretações possíveis. 3. Aplicação prática. 4. Conclusão.

1. Introdução

A ainda recente LC nº 101, de 4 de maio de 2000, conhecida por Lei de Responsabilidade Fiscal, desde a sua edição, tem suscitado discussões e polêmicas referentes a vários de seus dispositivos.

Com efeito, dúvidas surgem em relação, por exemplo, à inclusão dos serviços terceirizados nos limites das despesas com pessoal, à inclusão dos gastos com pensionistas nos referidos limites, ampliando o disposto no art. 169 da CF, que fala tão-somente em pessoal ativo e inativo, entre outras questões debatidas.

Aproveitamos, então, o clima de questionamento para pôr mais lenha nessa fogueira, digamos assim, levantando hipóteses de interpretação para o art. 19 da LRF, que trata sobre as despesas com pessoal, mais especificamente o § 1º, inc. IV, do referido artigo.

O presente estudo, assim, longe de querer dar a última palavra sobre o sentido do referido inciso, visa a fomentar a discussão sobre seu alcance, demonstrando as interpretações possíveis e as conseqüências práticas quando de sua aplicação.

2. Interpretações possíveis

Inicialmente, necessário situar nosso objeto de estudo no contexto em que está

Ana Cláudia Porpino é Bacharel em Direito.

inserido, transcrevendo-se o art. 169 da Constituição da República, o art. 19 e ainda o art. 18 da LRF, para a correta avaliação do caso.

CF, Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

LRF, Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I – União: 50% (cinquenta por cento);

II – Estados: 60% (sessenta por cento);

III – Municípios: 60% (sessenta por cento).

§ 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas:

I – de indenização por demissão de servidores ou empregados;

II – relativas a incentivos à demissão voluntária;

III – derivadas da aplicação do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição;

IV – decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18;

V – com pessoal, do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e Roraima, custeadas com recursos transferidos pela União na forma dos incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e do art. 31 da Emenda Constitucional nº 19;

VI – com inativos, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes:

a) da arrecadação de contribuições dos segurados;

b) da compensação financeira de

que trata o § 9º do art. 201 da Constituição;

c) das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro.

§ 2º Observado o disposto no inciso IV do § 1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.

LRF, Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.

§ 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.

Como visto, deparamo-nos, na redação do inc. IV do § 1º do art. 19, com uma aparentemente inofensiva conjunção *E*. Mas é justamente ela a raiz de todos os males... ou melhor, interpretações. Vejamos.

O *caput* e os incisos do art. 19 dispõem sobre os limites da receita estatal que podem ser utilizados com pagamento de pessoal. O

§ 1º do art. 19 excetua tais limites, elencando nos incisos I a VI as despesas que não serão computadas no teto previsto no *caput*.

O inciso I do § 1º deixa fora as despesas com indenização por demissão de servidores ou empregados; o II excetua os gastos relativos a programas de incentivo à demissão voluntária; o III deixa de fora as despesas com pessoal verificadas em decorrência de convocação extraordinária do Congresso Nacional; o V relaciona as despesas com pessoal do DF, Amapá e Roraima custeadas com recursos transferidos pela União na forma dos incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição da República e art. 31 da EC 19; o VI exclui do limite os gastos com inativos custeados com os recursos que especifica nas alíneas *a* a *c*.

O inciso IV, alvo de nosso estudo, estatui que não serão computadas nos limites definidos no art. 19 as despesas

“decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18”.

Pois bem. Segundo a gramática normativa portuguesa, as conjunções aditivas, entre as quais se insere a conjunção *E*, como o nome já diz, servem para adicionar, acrescentar, unir um termo ou uma oração ao termo ou à oração anterior.

Sendo assim, à primeira vista, em uma rápida análise puramente gramatical, poderíamos afirmar que as despesas a serem excepcionadas seriam aquelas decorrentes de decisão judicial que fossem, ao mesmo tempo, referentes à competência de período anterior. Isso porque, diríamos, significando o *E* uma soma, uma adição, ter-se-ia de entender os dois requisitos constantes do inciso IV em questão – decisão judicial/competência de período anterior – como exigíveis simultaneamente. O inciso referir-se-ia, então, a uma só hipótese, repita-se, àquela em que houvesse decisão judicial referente a período anterior.

Mas ainda outra exegese é possível, mesmo que em interpretação meramente gramatical, como veremos adiante.

Além disso, nem sempre o legislador usa da mais recomendada técnica de redação ao redigir uma norma. Nem da melhor forma gramatical, nem da melhor técnica legislativa. Se assim não fosse, despicienda seria a edição da Lei Complementar nº 95/98, que trata da elaboração, *redação*, alteração e consolidação das leis.

Com efeito, casos de textos ambíguos ou pouco claros encontram-se facilmente em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Relembre-se, por exemplo, a celeuma que se formou em torno da exegese do § 7º do art. 201 da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, em que se discutiu se os requisitos elencados nos incisos I e II seriam cumulativos ou alternativos, em face da presença apenas de um ponto-e-vírgula, inexistindo conjunção, *E* ou *OU*.

Volvendo ao nosso problema, a despeito de os doutrinadores que já comentaram a LRF seguirem a exegese mencionada (condições a serem atendidas ao mesmo tempo), tem-se que vozes contrárias podem levantar o seguinte argumento: se o legislador quisesse dispor que as despesas não integrantes dos limites a que se refere o *caput* do art. 19 seriam tão-somente as que resultassem de decisão judicial relativa a período passado, bastaria ter redigido: *“decorrentes de decisão judicial da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18”*. Assim teria economizado palavras e tornado a redação inteligível. Sem *E*.

Mas lá está o *E*. Ele existe, e é preciso fazer muitos outros questionamentos para que se chegue à interpretação ideal – se é que ela existe – do dispositivo ora estudado.

Qual teria sido, então, a intenção do legislador ao inserir o *E* no inciso IV?

Os que serão responsabilizados por despesas que eventualmente ultrapassem os limites estabelecidos certamente responderão: se é verdade que na lei não há palavras inúteis – como largamente apregoado –, a redação sem *E*, como visto, já daria o sentido de que os dois requisitos seriam exigíveis ao mesmo tempo. A inclusão da conjunção *E*

deu lógica diversa ao texto: a de que seriam excetuados do teto tanto os gastos decorrentes de decisão quanto os da competência de período anterior, estes não necessariamente de decisão judicial.

Observando atentamente, à luz da gramática, de fato é possível tal interpretação, e casos como o do inc. IV podem ser pinçados aqui e ali na legislação brasileira.

Na Constituição da República, por exemplo, no art. 85, inciso VII, ocorre situação semelhante. Confira-se:

“São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

(...)

VII – o cumprimento *das leis e das decisões judiciais.*”

Ninguém aqui ousa dizer que é necessário que o Presidente descumpra, ao mesmo tempo, leis e decisões judiciais para que se configure o crime de responsabilidade. Ou seja: “das leis” representa uma hipótese em que se configura o crime e “das decisões judiciais”, outra hipótese.

Assim, no nosso caso da LRF, “de decisão judicial” e “da competência de período anterior” podem, sim, apenas à luz da gramática, referir-se a duas hipóteses distintas.

Sendo o *E*, portanto, uma conjunção aditiva, torna-se legítima a exegese de que a correta leitura do inc. IV corresponde a: “as despesas decorrentes de decisão judicial e as da competência de período anterior da apuração a que se refere o § 2º do art. 18”. Isso porque a adição poderia referir-se à soma de hipóteses ou à soma de requisitos da mesma hipótese.

Entretanto, sabe-se que a interpretação meramente gramatical, justamente por não dominarem os legisladores, muitas vezes, as normas do vernáculo, não pode prevalecer à vista de evidências outras que infirmem o sentido aparentemente dado pela literalidade da regra jurídica.

Assim, em razão de duas interpretações gramaticais serem teoricamente possíveis

para o dispositivo em exame, mister se faz lançar mão de outros planos interpretativos para chegar ao verdadeiro alcance da norma. O método sistemático de interpretação favorece a idéia de que os requisitos devem ser conjuntos, pois que, se se quisessem elencar dois requisitos isoladamente, isto é, se se tratasse de duas hipóteses fora dos limites estabelecidos no *caput*, não haveria razão para figurarem *no mesmo inc. IV* duas hipóteses diversas e desconexas.

Esse argumento é forte e há de ser levado em consideração. Efetivamente, o normal é que cada inciso da norma traga um único caso ou situação, mas novamente podemos invocar o art. 85, VII, da CF para fazer uma comparação: naquele dispositivo também se cuida de uma enumeração, em que cada inciso deveria trazer uma hipótese diferente de ocorrência da situação prevista no *caput*. A despeito disso, o inc. VII traz *duas hipóteses* que configuram crime de responsabilidade do Presidente da República: a de descumprimento de leis e a de atentado às decisões judiciais. Essa constatação daria respaldo ao argumento de que, atecnicamente, foram dispostos no inc. IV objeto do nosso estudo duas hipóteses distintas de exclusão dos limites da despesa com pessoal.

Diante das interpretações possíveis, resta-nos, agora, analisar o que ocorre na prática.

3. Aplicação prática

No plano prático, entretanto, é que se encontram os maiores argumentos contrários à conjugação dos requisitos previstos no inc. IV do § 1º do art. 19.

De fato, imagine-se a seguinte situação: o servidor público *A* deixou de perceber, por equívoco da Administração, determinada vantagem pessoal que lhe era devida; a Administração reconhece que tal vantagem é devida, tanto que a paga, regularmente, a certos servidores em idêntica situação jurídica à de *A*; *A* formula requerimento na esfera administrativa, pleiteando o pagamento

das parcelas, que se referem ao período anterior, nos termos do § 2º do art. 18 da LRF.

Que respostas são possíveis ao administrador?

(1) Defere o pedido, não se preocupando se a despesa ultrapassará o limite de gasto com pessoal, visto que, entendendo que o inc. IV do § 1º do art. 19 elenca dois casos de exceção aos limites previstos no *caput* do mesmo artigo, não se haveria de exigir decisão judicial (pois o requisito de ser a despesa de exercício anterior já estaria preenchido) para que o gasto ficasse à parte do teto estabelecido para despesa com pessoal.

(2) Indefere o pedido caso perceba que o pagamento da vantagem extrapolará o limite legal para despesa com pessoal, em razão de entender que o inc. IV enumera dois requisitos simultâneos, não podendo, dessa forma, a vantagem, embora reconhecidamente devida, ser paga administrativamente.

Ora, na primeira solução (1), duas situações podem-se configurar:

a) a despesa não será incluída pelo administrador no total de gastos com pessoal e, caso o Controle Externo assim não entenda e se verifique que foi ultrapassado o limite da despesa com pessoal, poderá o administrador responder pela desobediência à LRF e sofrer as sanções nela previstas;

b) a despesa não será incluída no total de gastos com pessoal e, entendendo o Controle Externo da mesma forma, nenhum problema advirá para o administrador. Parece-nos, entretanto, que tal hipótese será remota.

Na segunda solução (2), a negação do administrador em conceder vantagem visivelmente devida a servidor estará, no mínimo, sendo uma resposta incoerente e contraditória, além de injusta. Ademais, o servidor A será obrigado a ingressar em juízo para poder receber aquilo a que tem direito. Ora, uma demanda judicial onera o Estado, consome o tempo e abate os ânimos, o que vai de encontro à noção de justiça. E, no exemplo citado, a ação judicial que o servidor viu-se obrigado a propor representa afronta ao Princípio Constitucional da Efi-

ciência, que deve ser observado pela Administração Pública. Relembre-se ainda como seria difícil para o administrador contestar em juízo uma pretensão que é, claramente, legal e legítima. Nesse caso, o administrador não sofreria as sanções previstas na LRF, mas poderia responder por improbidade administrativa, em sentido amplo. Resultado: o administrador ficou sem alternativa.

Vale ainda ressaltar que a obrigatoriedade do ingresso em juízo desvirtuará a própria função judicante do Judiciário, que, em vez de ser chamado para dirimir uma controvérsia, será transformado em mero ordenador de despesas, na medida em que será acionado tão-somente para que se obtenha título judicial, não havendo lide, na realidade, pois o administrador só foi “obrigado” a negar a pretensão do servidor para não sofrer eventual responsabilização pela LRF.

Como visto no caso proposto, o E constante do inc. IV do § 1º do art. 19 da LRF colocou em maus lençóis o aplicador da lei, o qual, na prática, pode-se deparar com situações em que será difícil livrar-se da responsabilidade.

Particularmente, entendemos que seria possível a exclusão de decisões administrativas que determinam o pagamento de vantagens ou indenizações referentes a exercícios anteriores do teto previsto para o gasto em folha de pagamento de pessoal, se tomarmos como paralelo o próprio inc. II do mesmo § 1º do art. 19. Nesse inciso, o legislador excluiu do limite as despesas relativas ao incentivo à demissão voluntária, justamente porque, quando algum servidor aderir ao PDV, aumentará a despesa com pessoal no mês respectivo e sua inclusão no limite de gasto de pessoal inviabilizaria o Programa.

É certo que no caso proposto não há Programa a ser mantido, mas há, sim, a própria credibilidade e eficiência da Administração, que não pode (ou não poderia) negar direito a servidor que já é pacificamente reconhecido como devido. Nessa hipótese, seria razoável,

então, que pagamentos referentes a exercícios anteriores de vantagens devidas a servidor também estivessem fora dos limites estipulados para despesas com pessoal.

Ora, qual a utilidade ou a necessidade de um provimento judicial que reconhece o que já é sabido e aceito por ambas as partes? Nenhuma. Até nos arriscaríamos a dizer que não haveria *real* interesse de agir do servidor.

Propomos, ainda, a seguinte hipótese, utilizando parte do exemplo do servidor A.

Se a vantagem devida a A referir-se ao *exercício em curso* e ele obtiver *sentença favorável* transitada em julgado dentro da mesma competência, que deve fazer o administrador?

Entendendo que são dois requisitos simultâneos, deverá incluir a despesa no limite de gastos com pessoal, pois que, mesmo havendo a decisão judicial – primeira condição –, será ela de exercício atual, não se configurando a presença da segunda condição – exercício anterior. Nessa hipótese, ordenado o pagamento por força da decisão judicial e ultrapassado o limite, submeter-se-á às sanções cabíveis previstas na LRF.

Por outro lado, entendendo que o limite de gasto com pessoal está comprometido e decidindo pelo não pagamento, embora tenha uma decisão judicial, estará o administrador cometendo crime de desobediência à decisão judicial proferida em favor do servidor A.

(2) Seguindo a outra interpretação – a de que se trata de duas hipóteses de exceção aos limites previstos –, o administrador determinará o pagamento da vantagem concedida mediante decisão judicial, já que preenchido esse requisito, ainda que esteja dentro do mesmo exercício, e não incluirá o montante respectivo no limite da despesa com pessoal especificado na LRF. E então dois desfechos podem ocorrer:

1º) resolver-se-á a questão, se o Controle Externo interpretar da mesma forma;

2º) se o Controle Externo entender diversamente, incluir a despesa no limite e for este ultrapassado, o administrador ficará sujeito às sanções da LRF.

Assim, havendo decisão do Judiciário na mesma competência de que se trata, ou deve o administrador obedecer à decisão judicial, incluindo a despesa no teto de gasto com pessoal, submetendo-se às sanções da LRF, ou, para não ser penalizado pela LRF, desobedecer à decisão judicial, ficando sujeito às penas pelo crime de desobediência. Duas más opções para o administrador...

Novamente nos posicionamos a favor da exegese de que se trata de hipóteses distintas de exceção aos limites, menos pela letra fria da lei do que pela sua aplicação, como acabamos de ver. Assim, havendo decisão judicial mesmo dentro do exercício vigente, ela deverá ser cumprida, obviamente, e não ser o administrador penalizado por isso, com as sanções da LRF, caso o limite de gasto com pessoal seja ultrapassado em razão da inclusão da despesa em tal limite. Ora, não se pode conceber deliberado descumprimento de decisão judicial para afastar sanções previstas na LRF, sob pena de total descrédito do Judiciário. E não se pode tolerar que alguém seja punido por cumprir determinação de autoridade judiciária.

4. Conclusão

De tudo quanto foi exposto, algumas conclusões podem ser tiradas:

1) o inc. IV do § 1º do art. 19 da LRF é ambíguo, pouco claro, o que gera duas distintas interpretações;

2) a *primeira interpretação* é a de que se trata de um único requisito, ou dois exigíveis simultaneamente: a decisão judicial e a competência de período anterior;

3) a *segunda exegese* é a de que se trata de duas hipóteses distintas de exceção dos limites com despesas de pessoal, sendo possível a exclusão do gasto se ele ou decorrer de decisão judicial (do mesmo ou de outro exercício) ou se for devido em decorrência de decisão administrativa referente a competência anterior;

4) sob o método interpretativo meramente gramatical, as duas interpretações referidas são possíveis;

5) pelo critério interpretativo sistemático, somente a primeira interpretação seria possível se se considerasse não haver defeitos técnicos nas normas jurídicas, podendo esse mesmo critério levar à segunda exegese se admitir que nem sempre as regras de Direito são revestidas da melhor forma técnica;

6) do ponto de vista prático, levando em consideração as conseqüências que podem recair sobre o administrador, apenas a segunda interpretação é aceitável.

Em vista dessas conclusões, tem-se, então, que revisar o texto do dispositivo estudado, de maneira que se torne claro e justo, nem contrário à eficiência, nem onerando o Estado, nem impondo ônus insuportável ao administrador, ao deixá-lo sem saída para a aplicação dos dispositivos analisados.

Não se trata de conspiração contra o sucesso da LRF, que já tem sofrido modificações – suspensão da eficácia do § 3º do art. 9º pelo STF, por exemplo –, mas de uma reflexão para adequá-la à realidade de seus aplicadores e dos administrados.

Como explicitado no tópico anterior, pensamos que, na prática, pelo menos no âmbito jurídico, funciona melhor a interpretação que entende serem duas as hipóteses previstas no inc. IV do § 1º do art. 19 da LRF. (E caso assim não entendam os legisladores, que tornem a redação do dispositivo comentado mais clara, sem ambigüidades que dêem margem a outra interpretação).

Por fim, só uma observação: o tumulto que causou um *E* no caso discutido demonstra a importância do correto uso da língua na seara jurídica. E que todos nós tenhamos consciência disso...

Crise do Estado: participação e solidariedade

Karina Brunet

Sumário

1. Introdução. 2. Evolução do Estado. 3. Crise do Estado: A) Contornos estruturais da crise. B) Soberania e globalização. 4. Poder local e solidariedade. 5. Conclusão.

1. Introdução

Estudar o Estado significa estudar os motivos de sua crise e a possibilidade de alternativas de solução. Como motivação da crise, pode-se falar na globalização, que atinge diretamente a soberania, e na evolução da sociedade, com conseqüente alargamento das demandas sociais, que atinge a eficiência e a legitimidade do Estado.

Vê-se, assim, uma fragilização do Estado. Ele já não consegue mais fazer frente às injunções externas e, internamente, é incapaz de atender à satisfação das necessidades básicas de sua nação, considerando-se a sua configuração de bem-estar.

Acontece, no entanto, que as questões de soberania, legitimidade e eficiência constituem apenas uma visão da crise, que se acredita secundária. O cerne da questão está na cidadania e na democratização do povo. E é nesses termos que se devem buscar soluções.

A centralização do poder estatal atua positiva e fortemente sobre a problemática da soberania, da eficiência e da legitimidade, tendo, no entanto, tênue atuação no que diz respeito à garantia da cidadania e da democratização. Assim sendo, a descentralização faz-se necessária para garantir um

Karina Brunet é mestranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos –UNISINOS.

povo democrático e cidadão. O deslocamento das decisões para espaços locais de convivência social permite a efetiva participação do cidadão na definição e controle das políticas de desenvolvimento.

2. *Evolução do Estado*

A concepção que se tem hoje de Estado é uma evolução gradual dos princípios contratualistas de Hobbes, Locke e Rousseau. Por meio do contrato social, o homem concebeu o Estado como algo artificial, como uma construção racional que se fez necessária em dado momento histórico. Verifica-se, assim, o fim do Estado Natural e o início do Estado Civil política e socialmente organizado.

O contrato social, nesses termos, é o pacto político que dá origem ao Estado Civil. Acontece, porém, que a forma de apresentação da organização estatal da sociedade difere entre os contratualistas, apesar da racionalidade do Estado, comum a todos. Em Hobbes, verifica-se o absolutismo; em Locke, o liberalismo; e, em Rousseau, a democracia.

Diz-se, então, que, a partir do contratualismo, foi construída a noção de Estado Moderno, conceitualmente constituído de três elementos: nação, território e soberania. Assim sendo, em um determinado espaço físico, o Estado é soberano, exercendo seu poder sobre o povo que ali vive e a ele se submete, bem como frente a intervenções externas. Não havendo distinções a respeito dos dois primeiros elementos, algumas divergências, no entanto, quanto à soberania são evidentes.

Na visão absolutista de Hobbes, a soberania pertence ao monarca (soberano) que detém poder absoluto. Em Locke, o poder soberano é limitado pela garantia dos direitos liberais do estado pré-social. Já Rousseau, em sua característica democrática, confere soberania ao próprio povo. Vê-se, assim, que é no contratualismo hobbesiano que a soberania atinge seu ápice em termos

de absolutização e perpetuidade (MORAES, *Do direito...*, 1996, p. 40), *absoluto, pois não sofre limitações sequer quanto à sua duração, por isso também perpétuo* (Idem, *As crises...*, 1996, p. 39).

A partir da concepção soberana absolutista, conjugada com as noções de território e nação, consolida-se, no século XVI, o Estado Moderno, sob a forma de Monarquias Absolutistas. Essa forma de apresentação da organização estatal perdura até o século XVIII, com o advento do liberalismo como teoria política¹. Surge, então, a figura do Estado Liberal Mínimo, em que o exercício da soberania fica reduzido a garantia da paz social.

No século XX, verifica-se uma terceira apresentação do Estado Moderno. Ainda sob a ótica do liberalismo, procura-se um enfrentamento das questões sociais – negadas do Estado Liberal Mínimo –, configurando-se, assim, o Estado de Bem-Estar. Busca-se uma interação entre liberalismo e democracia, uma incorporação de grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea (MORAES, *Do direito...*, 1996, p. 44), de modo que a soberania passa a ser conjugada com a solidariedade.

Assim sendo, dentro da concepção política de um Estado liberal, verifica-se a presença do elemento social, por meio de uma preocupação com a igualdade e a dignidade, não sendo mais suficiente apenas a garantia da liberdade. A própria manutenção do capitalismo, consolidado no Estado Liberal Mínimo, passou a depender do acesso dos novos grupos sociais emergentes aos benefícios da sociedade de mercado. A completa exclusão dessas novas camadas sociais levaria à ruína da própria política liberal.

A industrialização e os novos padrões de comportamento social determinaram uma maior estratificação da sociedade. Esses novos estratos (operários e mulheres, por exemplo) passaram a exigir participação política e a legitimidade do Estado foi posta em cheque. Com isso, para garantir a

manutenção do poder numa perspectiva liberal, o Estado teve de atender às novas demandas sociais oriundas da representatividade alcançada pelos novos atores sociais.

Sob pena de perder a legitimidade, o Estado incorporou o aumento dos limites democráticos impostos pela nova ordem social. A participação política foi, assim, garantida pela democracia representativa, como uma forma de apenas se delimitar demandas, sem haver real influência na tomada de decisões. O Estado tomou para si a atividade de garantir a igualdade e a dignidade. Incluiu, assim, os novos grupos sociais na sua atividade providenciária, havendo um evidente alargamento das demandas sociais.

A ilusória manutenção da democracia, por meio dos instrumentos capitalistas do Estado Liberal, ainda que democrático e de direito, é uma forma de se “infantilizar” a sociedade. A cidadania passa a ser ofertada pelo Estado juntamente com os benefícios sociais, tais como saúde, previdência, saneamento básico, educação, entre outros. A paternidade estatal, com estreitamento do cordão umbilical, gera uma dominação, pois o cidadão não tem consciência de sua cidadania, nem de sua capacidade de autodesenvolvimento (condições de sobreviver independentemente da prestação estatal sufocante, exagerada...)

Acontece, porém, que a sociedade evoluiu para além da capacidade de atendimento de demandas que o capitalismo pode suportar, seja pelo seu volume, seja pela sua diversidade. O Estado tornou-se, assim, ineficiente, pois não já não tem mais condições de garantir nem a igualdade, muito menos a dignidade.

3. *Crise do Estado*

Em face da sua incapacidade de atender às demandas sociais, garantindo a igualdade e a dignidade como corolários da democracia e da cidadania, o Estado Contemporâneo² está em crise. A crise do Estado

pode ser vista sob a ótica estrutural – financiamento, eficácia econômica e social e mudanças culturais (ROSANVALLON, 1997, p. 7) – e conceitual (MORAES, *As crises...*, 1996, p. 38).

A) Contornos estruturais da crise

O alargamento das demandas sociais gerou uma incapacidade quantitativa de seu atendimento por parte do Estado, em face da rapidez com que se proliferam em relação às receitas estatais. Assim, num primeiro aspecto, a crise manifesta-se numa questão de custeio das políticas sociais.

Para garantir sua legitimidade, o Estado tomou para si a implementação de políticas sociais de bem-estar, independentemente dos custos que isso pudesse oferecer. Assim, além de um aumento numérico das prestações estatais já existentes, com a evolução social e o reconhecimento de necessidade de democratização, houve igualmente uma diversificação do conteúdo das demandas. A diferença oriunda do processo democrático exigiu, então, o implemento de novas políticas e, conseqüentemente, novos investimentos para custear essa diversidade.

Acontece, porém, que o Estado não se preocupou em garantir meios financeiros de atender às demandas sociais. E com o aumento constante das mesmas, chegou a um estágio de total esgotamento de sua capacidade de financiamento das políticas sociais que se viu obrigado a implementar.

Vê-se, assim, que nesse primeiro aspecto, a crise estrutural do Estado está centrada numa questão de orçamento. Mas como há um evidente déficit entre demandas e receitas públicas, a organização estatal precisa encontrar meios de aumentar a arrecadação ou diminuir as despesas para que se restabeleça a eficiência estatal.

Nesses termos, Pierre Rosanvallon entende que não há uma crise de financiamento do Estado Contemporâneo. Entende que existem soluções, tais como o aumento da carga fiscal, mas que a implantação das téc-

nicas de aumento de receitas públicas afeta o equilíbrio social à medida que produz alterações nos orçamentos privados de cada cidadão. É preciso saber, assim, qual é o grau de socialização tolerável de um certo número de bens e serviços (1997, p. 15). E, a esse respeito, diz que:

“... não se pode fixar *a priori* limites intransponíveis para o Estado-providência que se deduziriam de uma análise estritamente econômica e financeira.

...

O verdadeiro objeto de uma interrogação sobre o futuro do Estado-providência é a própria sociedade: qual é a plasticidade das relações sociais? Como analisar a rigidez e a flexibilidade da estrutura social?” (p. 17).

Vê-se, com isso, que a crise do Estado Contemporâneo não está apenas em sua capacidade de financiamento de políticas sociais, mas nos limites de tolerância da sociedade para aceitar a dicotomia entre custos sociais/benefícios públicos. A questão passa, então, por uma reflexão ideológica, quanto a sua eficácia econômica e social.

O Estado Contemporâneo vive um embate ideológico bastante evidente. A contemporaneidade estatal verifica-se no enfrentamento das questões sociais, na busca pela igualdade e dignidade, por meio de instrumentos democráticos de participação política. Mas o Estado não deixa de garantir igualmente a liberdade já consolidada no Estado Liberal Mínimo, uma vez que se estrutura como providência, sob a ótica do liberalismo. Evidencia-se, assim, a influência capitalista e socialista no Estado Contemporâneo.

O Estado procura reduzir as diferenças por meio de políticas sociais, mas não se preocupa com a efetiva igualdade. Assim, tem-se a implementação de prestações estatais que garantem condições mínimas de vida humana digna, mas não põem fim à distinção de classes. Numa perspectiva ca-

pitalista, mantém-se a luta de classes, mas, ao mesmo tempo, garante-se a satisfação de necessidades básicas. Essa é a lógica do Estado Contemporâneo.

Acontece, porém, que, em face do alargamento de demandas sociais, o Estado não está mais conseguindo satisfazer as necessidades para uma sobrevivência digna, nem mesmo garantir um mínimo de igualdade social. Surge uma desconfiança em relação à organização estatal, em face da sua ineficiência no atendimento de tais demandas. Isso só aumenta a diferença de classes e a supremacia do mercado, uma vez que o setor privado, mediante altos custos, presta o serviço que cabia ao Estado e aqueles que não têm condições de pagar são excluídos do processo.

Vê-se, assim, que, para garantir sua legitimidade, o próprio Estado causou o seu descrédito como instituição. E essa situação faz com que não haja condescendência com as políticas de aumento de arrecadação, ainda que sob o pretexto de novas ou melhores prestações sociais. As classes dominantes não dependem do Estado para a satisfação de suas necessidades, pois têm condições de buscá-la no mercado. As classes dominadas, por sua vez, esperam a atitude paternalista do Estado como garantia da própria sobrevivência, mas o seu grau de exclusão é tão grande que não têm quaisquer condições de reivindicação.

Ainda quanto à estrutura do Estado Contemporâneo, pode-se falar em um aspecto mais filosófico da crise. Trata-se – usando terminologia de Pierre Rosanvallon – da questão da solidariedade automática.

Ao assumir para si o compromisso de atendimento de demandas sociais, redistribuindo bens e serviços, o Estado torna-se o agente central de organização da solidariedade substituindo-se às relações face-a-face entre indivíduos e grupos (p. 32). Assim, o homem não precisa se preocupar com espaços de atuação solidária, havendo um evidente isolamento e perda de sua identidade e autonomia, pois o Estado passa a ser o

principal recurso para a satisfação de suas necessidades.

Acontece, no entanto, que, com a insuficiência estatal para atender às demandas sociais, satisfazendo as necessidades da sociedade, há uma incapacidade econômica da solidariedade automática que, aliada a sua inadaptação sociológica, aumenta a crise do Estado.

O Estado, assim, não tem condições de aumentar suas receitas por meio de contribuições sociais, pois já não há um espaço de discussão entre o estatal e o social. A capacidade de composição de problemas por parte da sociedade foi intensamente deteriorada pela providência do Estado. Nesse sentido, Pierre Rosanvallon diz que:

“A crise da solidariedade provém da decomposição, ou, mais exatamente, da deslocação do tecido social de modo mecânico, e involuntário, é óbvio, gerada pelo desenvolvimento do Estado-providência. Já não há ‘social’ suficiente entre o Estado e os indivíduos. É por isso que os limites do Estado-providência devem ser estendidos a partir das *formas* de sociabilidade que ele induz e não a partir do grau de socialização da demanda (porcentagem dos descontos obrigatórios)” (p. 38).

Entende-se, nesses termos, que a crise estrutural do Estado Contemporâneo está centrada na integração de aspectos econômicos, sociais e culturais. É preciso que se tenha uma cultura solidária, a fim de compreender a necessidade de um sacrifício social que tenha por objetivo implementar alternativas de cunho econômico, visando a sustentação do Estado em seu pleno e efetivo desenvolvimento.

B) Soberania e globalização

A soberania como poder juridicamente incontestável, que define e decide a respeito do conteúdo e aplicação das normas, impondo-se coercitivamente num determinado território, e faz frente a eventuais injun-

ções externas (MORAES, *As crises...*, 1996, p. 39), já não existe mais. A própria passagem do Estado Liberal Mínimo para o Estado de Bem-Estar conferiu novos contornos à soberania ao agregar a concepção solidária. O poder soberano deixou de ser único, devendo ser conjugado com a solidariedade para ser legítimo e efetivo.

Foi com a globalização, no entanto, que a soberania se viu realmente ameaçada, ao transpor os limites internos e externos que circunscrevem o exercício de seu poder. O Estado deixa de ser soberano, uma vez que perde a capacidade de decisões políticas autônomas. Mas essa realidade global não é absoluta, pois os efeitos da globalização são mais ou menos intensos conforme as políticas sociais e econômicas desenvolvidas pelos Estados.

Para se poder falar em restrições à soberania por meio da globalização é preciso compreendê-la em sua integridade. A globalização é um fenômeno capitalista de internacionalização – ou mundialização – do capital. Existe desde o Império Romano, passando pelo período das Grandes Navegações e atingindo seu ápice nos dias atuais.

O avanço tecnológico permitiu uma “desterritorialização” das atividades econômicas pela facilidade que dá à formação de oligopólios transnacionais, mercados de capital globais, nova divisão internacional do trabalho, espaços de produção globalizada (CORSI, 1997, p. 103). Com isso, formou-se um mercado financeiro global que passou a “controlar” as atividades políticas dos Estados nacionais, por meio da imposição de posturas globalizantes para investimentos e financiamentos, sob pena de retaliações econômicas. Assim, toda a política social e econômica dos países passou a ser influenciada pelas coordenadas globais dos grupos financeiros mundiais.

Assim sendo, o Estado já não tem mais condições de fazer frente às injunções externas em suas condições de governabilidade, o que afeta diretamente a sua soberania. E,

em nível interno, igualmente não tem condições de contornar a “subcidadania” (ALMEIDA, 1997, p. 182) que se forma com a exclusão gerada pela globalização.

A globalização inclui Estados, mas exclui cidadãos. A fim de acumular capital, o capitalismo globalizante não se preocupa com as diferenças de cada nação. Interessa apenas que todos se incluam no seu processo de transnacionalização financeira, independentemente de que e em que condições isso ocorre. Assim, aqueles que não têm condições de se adaptar à nova sistemática mundial são terminantemente excluídos. E os Estados muito pouco podem fazer, pois dependem do mercado financeiro global para desenvolver suas próprias políticas de democratização e cidadania.

A globalização é uma realidade, mas, no entanto, não se pode negar completamente a soberania em sua função. O Estado deve dimensionar o exercício de seu poder soberano dentro dos limites que a realidade global lhe possibilita. Assim, nas questões que lhe são internas e para as quais tem recursos próprios, o Estado deve impor suas políticas de forma independente. Acredita-se, nesses termos, que a soberania estatal pode ser deslocada, com eficiência, para as questões locais.

4. Poder local e solidariedade

Diante da crise do Estado contemporâneo e dos efeitos da globalização, algumas propostas têm sido freqüentemente formuladas pelos cientistas políticos e econômicos como soluções para o problema. Fala-se indiscriminadamente em integração, desregulação, desestatização, entre outros. Como bem observa Sérgio Sérulo da Cunha, o prefixo *des* é revelador e indica as duas faces de um movimento que integra dissolvendo (as integrações regionais, por exemplo, estimulam a desintegração nacional) (1995, p. 92).

Em face do descontrolado alargamento das demandas sociais e da impossibilidade de aumento de arrecadação, o neoliberalis-

mo pretende – ainda que assim não o declare – uma redução do papel do Estado e, quem sabe, um retorno ao Estado Liberal Clássico, ou seja, Mínimo. Acontece, porém, que as soluções *des*, com conseqüente redução das prestações estatais, não resolvem os problemas de fundo da globalização: a soberania, a democracia e a cidadania.

As respostas do neoliberalismo para a crise são efetivas para a manutenção dos interesses excludentes do capitalismo, mas não têm qualquer efetividade na composição da problemática social que se estabelece. Nesse sentido, Pierre Rosanvallon entende que a dicotomia privatização/estatização é irrelevante para a verdadeira crise do Estado, pois restringe-se apenas ao seu aspecto financeiro. Esse é um roteiro insuficiente por não pensar a crise nos seus progressos sociais futuros, no desenvolvimento de novas necessidades, sendo preciso sair dessa dualidade e redefinir as fronteiras entre o Estado e a sociedade civil (p. 85).

A fim de atender todas as demandas sociais emergentes, o Estado foi, aos poucos, aumentando sua complexidade enquanto sistema social, trazendo para si uma pluralidade de prestações que eram compatíveis com sua estrutura. Acontece que, com a evolução da sociedade, com a globalização e com o processo de democratização, o nível de complexidade estatal extrapolou os limites de atendibilidade, para além de sua capacidade estrutural. Com isso, o Estado precisa reduzir sua complexidade, limitando as ações que pretende e pode realizar, entre as tantas que lhe cabe implementar.

Manuel Garcia-Pelayo diz que um sistema incapaz de reduzir sua complexidade ambiental perde sua autonomia até ser, finalmente, absorvido pelo ambiente (p. 183). Nesse sentido, a redução da complexidade estatal é condição para a própria existência do Estado, a fim de que o mesmo não se torne completamente dependente dos organismos transnacionais.

O Estado precisa, assim, manter-se simples mediante a complexidade do espaço

global. E acredita-se que para isso é preciso uma revalorização da capacidade interna de organização estatal. Faz-se necessário rever as estruturas locais de manifestação do poder soberano.

A globalização deslocou a discussão sobre os problemas do Estado para níveis globais, em detrimento de alternativas locais que possam existir. Essa atitude, na verdade, fez com que se sobrepusesse o aspecto econômico da crise sobre qualquer outro. Evidencia-se que o objetivo da internacionalização do capital é a acumulação, sem que haja preocupação com os prejuízos sociais que daí possam advir.

Mas, como já referido, o aspecto econômico da crise do Estado é o que mais facilmente se consegue resolver. A dificuldade está no desenvolvimento da sociedade em face da exclusão gerada pela globalização e pela perda da soberania. São os aspectos sociológicos e políticos que devem ser estudados. É a partir de uma visão democrática socializante que se terá condições de “salvar” o Estado.

Nesse sentido, entende-se que é preciso reinserir a solidariedade na sociedade, bem como estabelecer limites locais de atividade estatal.

O Estado de Bem-Estar, ao procurar corrigir e compensar os efeitos negativos do mercado, afastou o indivíduo da sociedade, entendida em seu sentido de vivência comunitária. Isso fez com que os cidadãos passassem a depender da providência estatal para a satisfação de suas necessidades, numa concepção clientelista.

Agora, em situação de crise, o cidadão já não sabe como sobreviver sem a prestação estatal. Não tem condições de buscar na própria sociedade alternativas para um desenvolvimento independente do Estado. Assim sendo, para conseguir manter uma certa eficiência interna, faz-se necessário estabelecer e reforçar novos vínculos de solidariedade.

Pierre Rosanvallon fala da necessidade de se reconhecer formas de manifestação

social antes negadas: a existência de redes subterrâneas familiares com representações econômicas, que traduzem a capacidade de o tecido social produzir, em seu seio, modos de resistência aos choques externos (p. 92-93). A importância desse reconhecimento está, inclusive, no fato de que a demanda estatal teria sido ainda maior se não houvesse tais organizações sociais solidárias.

Assim sendo, entende-se que uma solução para a ineficiência estatal em face do alargamento das demandas sociais talvez seja o estímulo para o desenvolvimento de mais redes subterrâneas familiares com representação econômica. Aumentando a solidariedade e as atividades econômicas autônomas, mais os cidadãos terão consciência de sua própria capacidade de satisfação de necessidades, independentemente da prestação por parte do Estado.

A auto-suficiência do cidadão em relação à satisfação de suas necessidades gera uma maior consciência, também, de sua relevância para o desenvolvimento do próprio Estado. O cidadão passa, assim, a ser um efetivo cidadão, com condições de influir nas decisões estatais políticas e econômicas por meio de um processo democrático de participação.

Entende-se, nesses termos, que o exercício pleno da cidadania, com participação nas decisões do Estado, faz com que o cidadão tenha mais forças para se manter digno frente ao processo de exclusão ocasionado pela globalização. O povo, assim, poderá criar mecanismos próprios de inclusão, conforme as condições da sociedade na qual se insere.

Sendo insignificante para o espaço global – que procura excluí-lo –, o indivíduo deve buscar sua cidadania, por meio do exercício efetivo da democracia nos espaços locais de decisão.

A centralização do poder estatal priva o cidadão de uma participação efetiva na transformação da sociedade em que vive. O governo toma decisões que atingem a nação em sua completude, independentemente de

suas diferenças regionais ou locais. O cidadão, assim, não tem qualquer contribuição para o seu próprio desenvolvimento. As políticas são implementadas verticalmente, o que pode gerar insatisfações em face da sua inadaptabilidade para a sociedade local.

Entende-se, com isso, que a descentralização é uma boa alternativa para a crise do Estado. A transferência das decisões para o âmbito local permite ao Estado voltar sua atenção para a manutenção de sua soberania e para a fixação de seu valor no plano internacional. Transferindo a implementação de políticas públicas de atendimento de demandas sociais para os espaços locais, o Estado tem mais condições de garantir a eficiência de sua prestação, reservando forças para preocupar-se com políticas de desenvolvimento externo, com questões de macroeconomia, entre outras de viés globalizante.

A transferência das decisões para o âmbito local permite ao cidadão a participação efetiva no desenvolvimento e controle de políticas públicas que afetam diretamente a sua vida. Essa é uma forma bastante produtiva de se aproximar Estado e sociedade e, assim, garantir a sua legitimidade e eficiência. Nesse sentido, Ladislau Dowbor diz que:

“Nesse plano, é indiscutível que aproximar o poder de decisão e de controle das pessoas que arcarão com o benefício ou o prejuízo, e que estão portanto diretamente interessadas nos resultados, constitui simplesmente boa política administrativa” (1999, p. 31).

A implementação de políticas locais de desenvolvimento fortalece, inclusive, a própria cidadania, por meio da democracia participativa. O cidadão participa das decisões que lhe dizem respeito por meio do valor direto de sua palavra. A participação não se limita à representatividade dos partidos políticos e sindicatos, mas se desenvolve num terceiro eixo (p. 24), representado pela organização comunitária:

“Não se trata naturalmente de reduzir a sociedade ao ‘espaço local’, na linha poética de um ‘small is beau-

tiful’ generalizado. Trata-se, isto sim, de entender a evolução das formas de organização política que dão sustento ao Estado: a modernidade exige, além dos partidos e de sindicatos organizados em torno dos seus interesses, comunidades organizadas para gerir o nosso dia-a-dia. Este ‘tripé’ de sustentação da gestão dos interesses públicos, que pode ser caracterizado como democracia participativa, é indiscutivelmente mais firme do que o equilíbrio precário centrado apenas em partidos políticos” (1998, p. 366-367).

5. Conclusão

O Estado Moderno, configurado pela conjugação da soberania, território e nação, teve três diferentes momentos de materialização ao longo da história: absolutista em sua origem, liberal clássico (mínimo) em sua fase intermediária e liberal de bem-estar na contemporaneidade. Nessa última fase, no entanto, o Estado encontrou a sua crise mais grave.

A crise do Estado é analisada sob a ótica conceitual quando se verificam as ingerências globalizadas nas nações soberanas. Entende-se que a globalização afeta diretamente a soberania e, assim, a própria concepção de Estado. Essa visão, no entanto, mostra apenas uma face do problema.

A globalização, ainda que tenha pretensões sociais e culturais, é evidentemente econômica. Os Estados, assim, precisam submeter-se às exigências globais para se inserirem no mundo globalizado. E, uma vez inseridos, são soberanos para as suas decisões internas. Acontece, porém, que o preço que se paga por essa inclusão é a cidadania. Para fazer parte da “aldeia global”, o Estado se vê na contingência de adotar medidas econômicas que destroem a cidadania. Garante-se a inclusão global, mantém-se a soberania, mas se perde o povo enquanto cidadão.

Quanto à ótica estrutural da crise do Estado, a problemática não é muito diferente. Na verdade, existem mecanismos para resolver as questões de financiamento das políticas públicas, mas não se tem condições de aplicá-los sem uma total negação da pouca cidadania que existe. A sociedade não aceita as políticas econômico-financeiras, bem como não tem condições de desenvolver medidas públicas não-estatais, pois não tem consciência de sua capacidade de atuação social. Os cidadãos são, assim, clientes do Estado, inclusive em sua cidadania.

Vê-se, com isso, que a crise do Estado não é realmente uma crise do Estado, mas sim uma crise da cidadania, do processo democrático de constituição de uma nação cidadã. O Estado, em sua concepção tradicional, tem meios de garantir a sua manutenção como Estado de Bem-Estar, inserido no mundo globalizado de forma soberana. Mas já não tem mais condições, e quiçá interesse, em garantir a cidadania de seu povo.

A crise existe, sim, se entender-se que a nação como elemento do Estado deve ser cidadã, deve participar democraticamente das decisões estatais. Nesse aspecto, a crise pode ser formulada, debatida e solucionada.

Posta a crise do Estado como a crise da cidadania, entende-se que a descentralização do poder estatal pode ser uma alternativa de solução. A transferência das decisões estatais para o âmbito local garante a democracia participativa e a cidadania da nação, que poderá controlar o seu próprio desenvolvimento.

Nesse sentido, fazem-se imperiosas as palavras de Ladislau Dowbor:

“... a humanidade precisa urgentemente de puxar as rédeas sobre o seu desenvolvimento, e dotar-se dos instrumentos institucionais capazes de efetivamente capitalizar os avanços científicos para um desenvolvimento humano.

Os objetivos gerais são hoje claros. Precisamos de um desenvolvimento socialmente justo, economicamente

viável e ambientalmente sustentável. Dividir estes objetivos entre o Estado que executa políticas sociais, as empresas que produzem, e as organizações não governamentais ou comunitárias que batalham objetivos ambientais, cada um puxando para o seu lado, nos traz à mente aquele desenho dos burros que tentam cada um alcançar o seu monte de capim, puxando em sentidos contrários, em vez de comer juntos cada monte. Podemos, naturalmente, e segundo nossas posições ideológicas, ter cada um uma opinião diferente sobre qual dos burros é o culpado. Mas isso não alteraria o resultado final” (1998, p. 413-414).

Notas

¹ Em Locke, o liberalismo apresenta-se como manutenção dos direitos individuais anteriores ao contrato social. No século XVIII, a teoria liberal prevê a redução do papel do Estado em face da suficiência da auto-regulação da economia de mercado.

² Estado Contemporâneo – é o Estado Moderno em seus limites conceituais (soberania, nação e território), politicamente organizado em Estado Democrático de Direito, numa concepção liberal de providência – Estado de Bem-Estar.

Bibliografia

CUNHA, Sérgio Sérulo. Estado, sociedade e participação: perspectivas socialistas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 128, p. 91-93, 1995.

DOWBOR, Ladislau. *A reprodução social: proposta para uma gestão descentralizada*. Petrópolis: Vozes, 1998.

_____. *O que é poder local*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Orgs.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1996.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

MORAES, José Luís Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

----- . As crises do estado contemporâneo. In: *América Latina*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 37-50.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Trad. de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UFG, 1997.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

WALD, Arnold. Algumas premissas da reforma constitucional: a redução do papel do Estado, o fortalecimento da empresa privada e a limitação do poder monetário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 120, p. 111-118, 1993.

Emprego público e atividades exclusivas de Estado: incompatibilidade?

Sandra Pires Barbosa

Sumário

1. Introdução. 2. A nova força do emprego público. 2.1. Empregado público como espécie de servidor. 2.2. Natureza híbrida do emprego público. 2.3. Evolução do regime jurídico celetista. 2.4. Contexto e conteúdo da Lei nº 9.962/2000. 3. A rediscussão sobre as carreiras de Estado. 3.1. A nova política de recursos humanos. 3.2. Significado de carreira típica de Estado. 3.3. O veto ao art. 1º da Lei nº 9.962/2000. 3.4. Implicações e conseqüências do veto presidencial. 4. Conclusões.

1. Introdução

A proposta do presente trabalho será a de analisar se os integrantes de atividades exclusivas de Estado podem ser contratados pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ou seja, pela via do “emprego público”.

Obviamente que, para se chegar a uma conclusão, é preciso antes passar pela avaliação de alguns institutos, principalmente para se entender o que vem a ser emprego público e qual seu novo perfil, após a edição da Lei nº 9.962/2000.

Por outro lado, para analisar o emprego público no atual cenário da Administração Pública, bem como para comentar a Lei nº 9.962 supracitada, parece-nos uma questão de ordem colocar, ainda que de forma muito resumida, a diferença entre cargo e emprego público, situar o emprego público no contexto da Administração Pública atual, ou seja,

Sandra Pires Barbosa é Advogada, Professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito do Recife e Mestranda do Centro de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito do Recife.

mostrar como o direito administrativo o apresenta, e, ainda, demonstrar a diferença entre regime jurídico único, regime estatutário e regime celetista.

A diferença entre esses três regimes evidencia-se após análise histórica, que nos leva a perceber a importância de cada um deles ao longo do tempo e dimensionar a ênfase que se vem dando ao emprego público na atualidade.

A partir daí, traremos à baila os principais aspectos da recente Lei nº 9.962 – que disciplina o emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional – e aprofundaremos a discussão em torno da possibilidade ou não de contratação dos que executarem atividades exclusivas de Estado pela CLT.

É preciso que se diga, por ora, que esse debate – levantado especialmente por entidades que representam diversas classes de servidores – justifica-se em virtude do veto do Presidente da República em relação ao dispositivo da aludida lei que proibia a admissão de servidores que exercem atividades exclusivas de Estado pela CLT, o que gerou apreensão e insegurança entre os mesmos.

Importante, ainda, frisar que não nos debruçaremos sobre o empregado público dos órgãos da Administração indireta, vez que o foco do trabalho será em relação ao alcance da Lei nº 9.962 que, repita-se, trata da relação de emprego na Administração direta, autárquica e fundacional, com a intenção de difundir esse tipo de contratação como regra no seio da Administração Pública federal.

Finalmente, gostaríamos de ratificar a importância desse debate, na medida em que as alterações na esfera do emprego público são, na verdade, reflexo de uma das mais significativas mudanças implementadas em relação ao servidor público pela Reforma Administrativa de 1998, qual seja: o fim do regime jurídico único.

No nosso modesto entendimento, essa foi uma mudança crucial para o servidor

público, já que acaba com o monopólio do regime jurídico único e fixa a possibilidade de compatibilização do regime estatutário com o regime celetista.

Na verdade, quis a reforma dar mais espaço ao regime da CLT no âmbito da Administração Pública, transferindo à previdência privada grande parte dos servidores, de modo a desafogar as Fazendas Públicas, que se encontravam na iminência de um colapso.

Portanto, a motivação para tal mudança estava na necessidade premente e inadiável de se mudar a estrutura para evitar a falência das Fazendas Públicas e restabelecer-lhes o equilíbrio econômico-financeiro.

Resta-nos, portanto, diante dessa realidade, apresentar ponderações jurídicas sobre as possibilidades que se apresentam, esmiuçando as intenções governamentais (com a lei em tela e o veto a que nos reportamos) e verificando o cabimento ou não da preocupação que aflige a grande maioria dos servidores públicos.

2. A nova força do emprego público

A primeira missão deste trabalho será a de mostrar como o emprego público encontra-se estruturado e como ele se desenvolveu nas últimas décadas; qual era sua feição antes da Constituição de 1988 e como ficou sua adoção a partir da mesma.

Investigaremos, ainda, dentro deste tópico, as repercussões da Emenda Constitucional nº 19/98 no regime jurídico do servidor público e a conseqüente edição da Lei nº 9.962/2000, que passa a prever o regime do emprego público também na Administração direta, autárquica e fundacional.

A principal intenção deste capítulo é mostrar como a importância do regime jurídico celetista tem oscilado ao longo do tempo e analisar as razões de retomada da situação que vigorava antes da Carta de 1988, qual seja, a de ênfase ao regime celetista em detrimento do regime estatutário.

O capítulo encerra-se com o estudo da referida Lei 9.962, cujo teor apenas ratifica o

destaque que se vem dando ao emprego público, além de nos permitir compreender o veto presidencial adiante avaliado.

2.1. Empregado público como espécie de servidor

A definição do que seja empregado público, servidor público, agente público, e assim por diante, faz-se importante para a compreensão de todo o resto do trabalho. No momento em que manipularemos, ao longo de toda exposição, tais conceitos, é imprescindível que estabeleçamos no que eles se distinguem.

Servidor público é espécie do gênero agente público; e “agente público é toda pessoa física que presta serviço ao estado e às pessoas jurídicas da administração indireta” (DI PIETRO, 1998, p. 354) . Com efeito, podemos dizer que a expressão “agente público” abarca as categorias de agentes políticos, dos servidores públicos e dos particulares em colaboração com o poder público.

A idéia de agente político está atrelada à função política de governo. O agente político é aquele que exerce uma atividade de direção, de fixação de metas governamentais. Os agentes políticos são, pois, os titulares dos cargos de governo, como tais, no caso brasileiro, são os chefes dos Poderes Executivo federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores.

Já os particulares em colaboração com o Poder Público são as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado sem vínculo empregatício, podendo ser ou não remunerados. Esses serviços podem ser prestados sob a forma de delegação do poder público, mediante requisição, nomeação ou designação, ou como gestão de negócios.

No primeiro caso, temos como exemplo os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos, os quais exercem em nome próprio função pública sem vínculo empregatício com o ente estatal, porém sob sua fiscalização. No segundo caso – de requisição, nomea-

ção ou designação para uma atividade pública –, podemos citar as figuras dos jurados, convocados sem vínculo empregatício ou remuneração. Por último, os gestores de negócios assumem, espontaneamente, atividades públicas em momentos emergenciais, tais como enchentes e epidemia.

Quanto aos servidores públicos, compreendem-se nesse contexto os servidores estatutários, os empregados públicos e os servidores temporários. Os primeiros estão sujeitos ao regime estatutário e ocupam cargos públicos, ao passo que os empregados públicos regem-se pela legislação celetista e titularizam empregos públicos. Já os servidores temporários exercem mera função pública sem vínculo com cargo ou emprego público, dada a sua temporariedade na Administração Pública com vistas à satisfação de excepcional interesse público.

Portanto, o empregado público é considerado, dentro do nosso ordenamento, espécie do gênero servidor público.

Em síntese, dentro da classificação oferecida pelo Direito Administrativo, temos, primeiramente, os agentes públicos – como grande gênero – englobando todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta, reconhecendo-se-lhe três categorias: (1) os agentes políticos, que ocupam os cargos estruturais à organização política do país, ligando-se à idéia de governo e à de função política; (2) os servidores públicos, que podem ser servidores estatutários (sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos), empregados públicos (contratados sob o regime da legislação trabalhista e detentores de emprego público) e servidores temporários (contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público); e (3) os particulares em colaboração com o poder público, que são pessoas físicas ou jurídicas que prestam serviço ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração, a exemplo de tradutores e intérpretes públicos, jurados etc.

2.2. Natureza híbrida do emprego público

Nas relações de trabalho com o poder estatal, a função pública significa o exercício de atividades de competência da Administração, para atender ao interesse público. Para o desempenho da função pública, pode ser atribuído à pessoa um cargo público ou um emprego público.

Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades, criado por lei em número determinado, com nome certo e remuneração especificada. Todo cargo implica o exercício de função pública, mas a função pública pode ser exercida sem estar revestida de um cargo público, a exemplo dos contratados por tempo determinado para exercer funções públicas.

Quando, por outro lado, a função pública é exercida com base num contrato regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, esse vínculo denomina-se emprego público (MEDAUAR, 1999, p. 293-294).

Os servidores titulares de cargos públicos submetem-se a um regime especificamente concebido para reger essa categoria de agentes. Tal regime é estatutário ou institucional; logo, de índole não-contratual. O emprego público, por sua vez, deverá ser preenchido por agente contratado para desempenhá-lo sob uma relação trabalhista. Sujeita-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra inevitáveis influências advindas da natureza governamental da contratante, basicamente, é a que se aplica aos contratos trabalhistas em geral; portanto, a prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (MELLO, 1999, p. 182-183).

A relação de emprego público, portanto, assume uma feição híbrida. Enquanto o vínculo se apresenta materialmente como um contrato individual de trabalho de índole privada, as partes contratantes revelam como peculiaridades formais tanto a posição assumida pela entidade patronal dentro da estrutura da Administração Pública, como o papel desempenhado pelo empregado no exercício da sua função laboral.

A entidade, por fazer parte direta ou indiretamente da máquina estatal, submete-se a diretrizes de conduta costumeiramente distintas daquelas enfrentadas pelo empresário privado. O empregado público, por seu turno, ao executar as suas tarefas, exerce um *munus* público e assume responsabilidades peculiares ao serviço público, com repercussões mesmo dentro da seara trabalhista.

A natureza contratual-empregatícia do vínculo junta-se com o cunho publicista da Administração, numa fusão da qual nasce uma relação *sui generis*, de caráter essencialmente privado (e, portanto, regido pelas normas aplicáveis às relações empregatícias comuns à esfera empresarial privada), mas com resquícios de publicismo (e, naturalmente, submetida à obediência obrigatória dos princípios norteadores da atuação do administrador público). Decorre dessa ambigüidade, assim, uma relação laboral contratual com caracteres de direito privado e de direito público (TEIXEIRA, 1998, p. 326-327).

Com efeito, o início, o desenvolvimento e o término da relação de emprego público são disciplinados pela CLT, mas também se encontram simultaneamente sujeitos à observância obrigatória dos princípios administrativos da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da publicidade. Ao mesmo tempo em que o regime jurídico laboral é aquele típico das relações de emprego no âmbito privado, os padrões de atuação das partes encontram-se limitados pelas diretrizes administrativas constitucionalmente consagradas (TEIXEIRA, 1998, p. 334)¹.

O exercício do direito de despedir pelo empregador público, por exemplo, não se encontra disciplinado apenas pelas normas da legislação trabalhista consolidada, mas igualmente se submete aos postulados que regem a atuação da Administração Pública. A natureza híbrida da relação de emprego público, pois, leva a respectiva entidade patronal a ser regida por regras oriundas tanto do Direito do Trabalho como do Direito Administrativo.

Como empregador, é titular do direito de despedir o seu empregado, como consequência natural do seu poder diretivo empresarial, inerente a toda relação de emprego. Por ser igualmente um administrador público, entretanto, no exercício de tal direito, obrigatoriamente terá de observar não apenas as normas previstas nas leis laborais, mas, de igual forma, as regras orientadoras da atuação da Administração Pública, sujeitando-se a mecanismos de controle dentro e fora da sua própria estrutura (TEIXEIRA, 1998, p. 349).

2.3. Evolução do regime jurídico celetista

Quando falamos em regime jurídico do servidor, queremos nos reportar à natureza da relação que se estabelece entre o servidor e a Administração Pública; ao tipo de vínculo formado com o Estado. De forma bem objetiva, podemos afirmar que esse tipo de vínculo pode ser de cunho legal ou, diferentemente, de natureza contratual.

Denomina-se estatutário ou institucional quando tiver caráter legal (logo não-contratual) e houver sido concebido para reger servidores titulares de cargos públicos. Por outro lado, o regime será chamado de celetista quando possuir natureza contratual. O regime celetista rege o emprego público, que, portanto, deverá ser preenchido por agente contratado para desempenhá-lo sob uma relação trabalhista.

Vista a distinção entre os dois tipos de regimes empregáveis ao servidor público, passemos então a analisar em que contexto surgiu o regime jurídico único e o que motivou a sua quebra. Para entender esse processo, vejamos como os regimes estatutário e celetista têm-se apresentado ao longo do tempo.

Pois bem. O servidor público – sob a designação corrente de funcionário público – sempre esteve presente no constitucionalismo brasileiro, tendo sido contemplado em norma fundamental desde o primeiro documento imperial de 1824. Todavia, nem sempre se cuidou dele sob uma mesma titula-

ção, nem se lhe atribuiu um único e mesmo regime, tendo havido sensível mudança de tratamento no curso da história jurídica nacional.

Poderíamos dizer que a Constituição de 1934 inaugurou uma nova ordem jurídica fundamental para a matéria, introduzindo, no sistema então promulgado, um título específico destinado aos “funcionários públicos”, valendo frisar que sempre se utilizou a palavra funcionário público para com ela se referir ao gênero agente público.

Note-se que o cuidado com a matéria, em sede de Lei Fundamental, corresponde à tendência do constitucionalismo social, ou do Estado Social que começava a se desenvolver sob o influxo das idéias havidas nas Constituições mexicana de 1917 e de Weimer de 1919, nas quais os direitos sociais do trabalhador tinham sido tratados e o agente público despontava com uma nova conotação conceitual.

A Carta de 1937 manteve a estrutura formal aproveitada pela Constituição de 1934 sobre a matéria, inclusive a determinação para a organização de um Estatuto dos Funcionários Públicos. Tal estatuto só chegou em 1939, consubstanciando o primeiro Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

Apesar de prever um regime eminentemente estatutário, desenvolveram-se, proliferaram-se, a partir de então, as contratações sob o regime trabalhista para empregados do setor público. Isso porque acreditava-se, na época, que um dos fatores que dificultavam o desempenho do serviço público prendia-se à pouca flexibilidade permitida pelo Estatuto dos Funcionários Públicos da União, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 1.711/52.

Assim, a partir de 1967, a própria Constituição Federal facultou à Administração admitir servidores pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, ao lado daqueles estatutários, situação essa que somente viria a tender a uma mudança com a CF/88, que determinou a adoção de um regime jurí-

dico único para os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional.

“A utilização do regime celetista, celebrado como o moderno, em contraposição ao estatutário, arcaico, teve tal sucesso que, no momento da implantação do regime jurídico único pela Lei nº 8.112, de 1990, dos cerca de 700.000 servidores civis ativos da União, não mais de 150.000 ainda eram regidos pela Lei nº 1.711, de 1952”(GUERZONI FILHO, 2000, p. 28).

“O que ocorreu, na prática, foi que grande parte dos servidores admitidos pelo regime celetista o foram sem concurso público e sem direito à estabilidade. De fato, praticamente a totalidade dos servidores admitidos pelas fundações, forma jurídica em que se constituíram grande parte das entidades criadas na época, entrou no serviço público, na melhor das hipóteses, por um processo seletivo simplificado, em que não esteve presente o pressuposto da impessoalidade, nem qualquer mecanismo institucional de avaliação de mérito. Esses servidores foram, muitas vezes, admitidos para prestar serviços na Administração direta”(Idem, ibidem).

Dessarte, podemos dizer que antes da Constituição Federal de 1988 corriam em paralelo regimes estatutários e o regime celetista para os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional. Com a Carta de 1988, determinou-se a criação de um regime jurídico único para os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional, reservando-se os empregos públicos aos trabalhadores vinculados à administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista). Antes, portanto, a adoção do emprego público era mais abrangente, ficando limitada com a implantação do regime jurídico único.

O motivo de adoção de tal regime pelo constituinte de 1988 se deu por encontrar verdadeiro emaranhado de regimes jurídicos prevalecendo sobre servidores públicos, de tal modo que não se conhecia suficientemente, numa mesma entidade, o status de

todos os componentes dos quadros administrativos.

O que se quis foi trazer ao sistema a superação daquele estado administrativo caótico e a obrigatoriedade de um tratamento unívoco para o servidor público de cada entidade, a fim de que o tratamento desigual para aqueles em condição de identidade não pudesse ocorrer e gerar situações de injustiça, insegurança e comprometimento da própria qualidade do serviço e atendimento da demanda social.

No entanto, a Constituição de 1988 não se limitou a instituir o novo regime jurídico, uma vez que também determinou, em seu art. 257, a transferência dos servidores celetistas para o regime estatutário, efetivando-os de forma automática. Essa providência foi assim justificada na Exposição de Motivos que acompanhava o projeto, assinada pelo Ministro de Estado do Planejamento, o doutor João Batista de Abreu (Apud GUERZONI FILHO, 2000, p. 29) :

“A mudança de regime, para os antigos Celetistas, acarretará para o Tesouro Nacional o ônus de suas aposentadorias em valor integral, ressarcido, todavia, pela Previdência Social da parcela correspondente ao período de contribuição do servidor.

Em contrapartida, essa transformação implicará redução das despesas do Tesouro com os encargos sociais pagos ao IAPAS e ao FGTS, estimadas em 23,5% da Folha de pagamento dos atuais Celetistas. Adicionalmente, o Tesouro terá ingressos por conta da contribuição previdenciária de 5% dos funcionários incluídos no novo Regime”.

Inobstante o novo governo, empossado em 1990, tenha tentado rever essa decisão, antevendo suas conseqüências futuras, o Congresso Nacional a manteve, ratificando o regime jurídico único nos moldes de sua implantação.

Refletindo as idéias que então imperavam, a Lei nº 8.112/90 consolidou o regime

jurídico único, representando este, talvez, o estatuto mais generoso editado no Brasil, estendendo aos servidores públicos diversos direitos.

O regime jurídico único vigorou entre 1988 e 1998, quando então sobreveio a Emenda Constitucional nº 19, que desobrigou a adoção do regime estatutário como o único legítimo para os entes da Administração direta, autárquica e fundacional².

É preciso, entretanto, entender as idéias e ideologias que precederam e permearam a Emenda Constitucional nº 19 – conhecida por haver delineado a reforma administrativa do Estado – para perceber o alcance do retorno ao *status quo ante*, ou seja, à realidade que vigia antes da Constituição de 1988 no tocante à inexistência de regime jurídico único.

Poderíamos começar dizendo que o Estado do Bem-Estar (o Welfare State), cultivado pela Constituição de 1988, tinha como característica estar presente nos mais variados campos sociais: previdência, ensino, pesquisa, assistência social, tendo iniciado com a Carta Constitucional de 1934 e chegado à exaustão na Carta Constitucional de 1988, principalmente por não ter conseguido expandir essa idéia de bem-estar para a maioria da população brasileira, uma vez que se inseriu no texto constitucional mais direitos do que se pôde ou se poderia alcançar, verificando-se que tais previsões implicaram mais frustrações que propriamente conquistas³.

Esse quadro tornou-se perfeito para a instalação da ideologia neoliberal, retomando-se o entendimento de que o Estado intervinha demais, sufocando a espontaneidade da iniciativa privada. Do ponto de vista extra-estatal, fatores como a globalização e pressão de grandes agentes econômicos internacionais (interessados em conquistar o mercado interno) foram decisivos para as reformas estatais implementadas.

Sob o aspecto intra-estatal, tivemos também a alavancar a Reforma Administrativa, em especial a crise das Fazendas Públicas,

uma vez que estas estavam a empregar seus ativos, quase que integralmente, na remuneração de seus servidores, no pagamento de sua folha, situação essa agravada justamente com a instalação do regime jurídico único previsto na Constituição de 1988 (CAVALCANTI, 1999, p. 94).

Isso porque o regime jurídico único foi estendido não apenas aos ocupantes de cargos públicos, devidamente concursados, mas também aos empregados públicos regidos pela CLT que, à época da Carta de 88, estivessem no serviço público, conforme já frisado.

Essa amplitude, essa abrangência que se deu ao Regime Jurídico Único, literalmente faliu as Fazendas Públicas e os órgãos previdenciários, tendo, sem dúvida, esse sido um dos principais motivos para que a Emenda 19 extinguisse a obrigatoriedade de tal regime.

A Exposição de Motivos que acompanhou a proposta de emenda à Constituição que deu origem à Emenda Constitucional nº 19/98 evidencia as razões para o fim do regime jurídico único:

“Foi revista a previsão constitucional relativa à adoção compulsória de regime jurídico único para os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações. Quando de sua implantação, o regime único representou uma tentativa de restabelecer o controle sobre a gestão dos recursos humanos no serviço público. A proliferação de entidades na administração indireta, em paralelo com uma variedade e superposição de regimes jurídicos e situações funcionais entre os servidores, demandava uma ampla ação no sentido da reorganização dos quadros do Estado.

A opção adotada na Constituição de 1988, contudo, caracterizou-se pela ênfase num formato uniformizador, rígido e centralista, representando verdadeira reversão em relação às estraté-

gias descentralizadoras que, no passado, haviam inspirado a adoção, pela administração pública, das figuras jurídicas da autarquia e da fundação.

A implantação do regime jurídico único, nesse sentido, impôs pesada restrição legal à autonomia e flexibilidade de gestão imprescindíveis à administração indireta, realimentando as tendências no sentido de um tratamento indiferenciado em relação à administração direta. Além disso, estendeu a Estados e Municípios o mandamento centralizador e uniformizante, retirando-lhes a possibilidade de encontrar soluções próprias e diferenciadas para a organização de seus quadros.

A diversidade de regimes jurídicos para os servidores públicos é requisito que em muito facilitará a implantação de uma nova arquitetura jurídico-institucional que possibilite à administração pública brasileira a sua reorganização em sintonia com as modernas técnicas e conceitos no campo da administração.

Esta nova arquitetura tem como diretriz básica o resgate da autonomia e da flexibilização de gestão nas áreas responsáveis pela prestação de serviços públicos.

Pretende-se que, a partir da desobstrução legal promovida no texto constitucional, seja possível a definição de regimes jurídicos diferenciados para os servidores, conforme a natureza do órgão ou entidade a que se vinculem.

Dessa forma, as autarquias e fundações poderão contar com regimes específicos de trabalho, que atendam à necessidade de maior agilidade no recrutamento e na dispensa de quadros, mantidas as devidas garantias e a impessoalidade e legalidade próprias do serviço público. Além disso, a critério de cada esfera de governo,

poder-se-á adotar o regime celetista, nas situações em que for julgado mais conveniente” (Apud GUERZONI FILHO, 1964, p. 32-33).

Ao eliminar o regime jurídico único na Administração Pública, a Emenda 19/98 autorizou para o futuro a coexistência de regimes diversos, com a contratação de pessoal sob a forma de emprego e sob a forma de cargo público. Os primeiros serão regidos pela CLT. Os segundos continuarão estatutários.

2.4. Contexto e conteúdo da Lei nº 9.962/2000

Para disciplinar as novas modalidades de contratação e dispensa do pessoal da administração pública, a Constituição previu uma série de leis: (1) uma, complementar, sobre limites com gastos de pessoal; (2) uma, ordinária, com as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa; (3) outra, complementar, disciplinando a perda de cargo público por insuficiência de desempenho e (4) outra, ordinária, tratando de regras gerais do regime de emprego público.

As duas primeiras e a última já foram aprovadas pelo Congresso, enquanto a terceira, que cuida dos critérios para dispensa por insuficiência de desempenho, na qual deverá constar a lista de carreiras exclusivas de Estado, aguarda votação no Senado.

A primeira é a Lei Complementar nº 96/99, que se pode dizer foi substituída pela Lei de Responsabilidade Fiscal. A segunda é a Lei nº 9.801/99. A terceira, como ainda não foi concluída sua votação, será identificada pelas letras e números PLP 248/98, na Câmara, e PLC 43/99, no Senado. A quarta é a Lei nº 9.962/2000, que trata, conforme já colocamos, do regime de emprego público. Vejamos, resumidamente, cada uma delas⁴.

A Lei Complementar nº 96/99, sobre os limites de gastos com pessoal nos três níveis de governo – União, Estados e municípios –, regulamenta o art. 169 da Constituição e, resumidamente, estabelece o seguinte:

a) limita os gastos com pessoal a percentuais da receita líquida corrente, sendo de 50% na União e 60% no Distrito Federal, nos Estados e municípios;

b) atingido o limite, ficam proibidas a concessão de vantagens ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos ou funções públicas, novas admissões ou contratações de pessoal, bem como a concessão de qualquer benefício não previsto constitucionalmente;

c) ultrapassado o limite, os entes estatais deverão, sucessivamente, diminuir os gastos, iniciando com a redução em pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; exonerar os servidores não estáveis e, finalmente, exonerar servidores estáveis;

d) a inobservância, por qualquer dos três níveis de governo, dos limites fixados implica a suspensão dos repasses de verbas federais ou estaduais, a vedação de concessão, direta ou indireta, de garantias da União, bem como a proibição de contratação de operação de crédito junto às instituições financeiras federais.

A Lei nº 9.801/99, sobre normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa, regulamenta o § 4º do art. 169 da Constituição e, resumidamente, diz que:

a) a exoneração de detentor de cargo público deve ser antecedida de ato normativo especificando a economia de recursos e o número de servidores a serem exonerados; a atividade funcional e o órgão ou unidade administrativa objeto de redução de pessoal; o critério geral impessoal para identificação dos servidores estáveis a serem desligados; os critérios e as garantias especiais escolhidos para identificação dos servidores estáveis integrantes de carreiras exclusivas de Estado, além do prazo de pagamento da indenização devida e os créditos orçamentários para seu pagamento;

b) considera, no ato de dispensa, critérios impessoais, como menor tempo de serviço público; maior remuneração; menor idade; menor número de dependentes, entre outros.

c) os servidores integrantes de carreiras exclusivas de Estado só serão exonerados após a dispensa de, pelo menos, 30% do total dos cargos das demais carreiras e, na hipótese de ter de demitir membros de carreira exclusiva, não poderão ser dispensados mais que 30% por cada ato;

d) os cargos vagos em decorrência da dispensa de servidores estáveis serão declarados extintos, sendo vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou semelhantes pelo prazo de quatro anos.

O projeto de Lei Complementar que disciplina a perda de cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável, regulamentando o artigo 247 da Constituição, que determina o estabelecimento de critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor integrante de carreira exclusiva de Estado, prevê, em resumo:

a) a instituição de avaliação de desempenho anual, com base nas atribuições do cargo, na produtividade, nas metas fixadas, na assiduidade, pontualidade e disciplina;

b) a avaliação será realizada por uma comissão de quatro servidores, pelo menos três estáveis, com três ou mais anos de exercício no órgão, e de nível hierárquico superior ao avaliado, e deverá indicar os fatos, circunstâncias e demais elementos de convicção da comissão no termo final de avaliação, assegurada a ampla defesa, inclusive com a produção de provas testemunhais e documentais;

c) o resultado da avaliação, que deverá indicar as medidas de correção, quando necessária a capacitação ou treinamento, poderá ser contestado, inclusive com efeito suspensivo, e será permitido o acesso do servidor à metodologia e critérios utilizados na avaliação, a qualquer tempo;

d) a possibilidade de ser demitido, após processo em que lhe será dada ampla defesa, o servidor que: i) tiver dois conceitos sucessivos de desempenho insuficiente, ii) três conceitos intercalados de desempenho in-

suficiente, computados os últimos cinco anos;

e) as carreiras que serão consideradas exclusivas de Estado no âmbito da União.

Finalmente, para disciplinar o regime de emprego público do pessoal da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, foi promulgada a Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000.

O referido diploma legal estabelece que o pessoal admitido na Administração direta, autárquica e fundacional pela via do emprego público reger-se-á pela CLT e legislação trabalhista complementar. Determina, ainda, que leis específicas disporão sobre a criação dos empregos no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, bem como sobre a transformação dos atuais cargos em empregos.

Ademais, a referida lei proíbe que lhe sejam submetidos os cargos públicos de provimento em comissão e os servidores atualmente regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Determina, ainda, que a contratação de pessoal para emprego público deverá ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos e que a dispensa de empregado público somente será admitida, mediante processo administrativo, nos casos de falta grave, acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, de necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa e de desempenho insatisfatório.

Igualmente, veda a lei a adoção de medida provisória para a criação de empregos públicos ou para a transformação de atuais cargos em empregos públicos.

A Lei nº 9.962, portanto, fixa regras gerais e disciplina o regime de emprego na administração pública cujo pessoal, após o fim do regime jurídico único estatutário, será contratado pela CLT.

Sintetizando, temos que o conteúdo da referida lei:

a) transfere para leis específicas, a serem enviadas ao Congresso, a criação dos empregos e a transformação de cargos em em-

prego;

b) determina a perda do emprego público, de forma unilateral, nas hipóteses: i) de justa causa, acumulação ilegal de cargos, empregos e funções públicas, redução de quadro por excesso de despesa; e ii) insuficiência de desempenho, apurado em procedimento sumário, do qual cabe recurso apenas ao chefe imediato, com efeito suspensivo por apenas 30 dias;

c) manda aplicar aos contratos de emprego os direitos e deveres da Consolidação das Leis do Trabalho (FGTS, aviso prévio, multa de 40% sobre o FGTS no ato da dispensa sem justa causa, etc). Embora a lei seja omissa, o direito de negociação coletiva dos futuros celetistas está prejudicado pelo que estabelece o inciso X do art. 37, que exige que qualquer aumento seja feito por meio de lei;

d) exclui do regime de emprego os cargos públicos de provimento em comissão e os cargos ou empregos atualmente ocupados pelos servidores estáveis regidos pela Lei nº 8.112/90;

e) autoriza a dispensa sem as exigências ou formalidades do item anterior, do pessoal contratado pelo regime de emprego em decorrência de autonomia de gestão, inclusive nos órgãos da administração direta.

3. A rediscussão sobre as carreiras de Estado

Muitas discussões podem advir da análise da Lei nº 9.962/00; no entanto, iremos nos concentrar, de agora por diante, na avaliação do veto do Presidente da República ao art. 1º, § 2º, I, “a”, da lei em tela, e suas implicações. Ou seja, passaremos a analisar o motivo pelo qual o Presidente da República refutou a regra que estabelecia a impossibilidade de emprego público para as atividades exclusivas de Estado.

Noutras palavras, tentaremos responder às seguintes questões: as atividades exclusivas de Estado podem-se submeter ao regime celetista ou deverão estar vinculadas ao re-

gime estatutário? Existe diferença entre atividades exclusivas de Estado e carreiras típicas de Estado? Os cargos considerados de carreira típica do Estado podem ser contratos pela CLT? A Lei nº 9.962/00 deixa margem para que isso ocorra? Quais as intenções do veto presidencial ao art. 1º, § 2º, I, “a” da aludida lei?

Acreditamos que para entender as razões do veto presidencial será necessário, primeiramente, trazer à baila a calorosa discussão sobre carreira típica e atividade exclusiva de Estado. Vejamos.

3.1. A nova política de recursos humanos

A Política de Recursos Humanos da Administração Pública Federal se insere no processo mais amplo de Reforma do Estado. Com a redefinição de seu papel, ficarão concentradas no Estado atividades relacionadas com formulação, controle e avaliação de políticas públicas e que pressuponham o poder de Estado, transferindo-se as atividades que podem ser desenvolvidas pelo mercado e a execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas que devem ser subsidiados pelo Estado – como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica – para o setor privado e para o setor público não-estatal, respectivamente⁵.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – documento que serviu de base para a reforma administrativa – dividiu, por sua vez, o aparelho do Estado em quatro setores:

(1) núcleo estratégico – corresponde ao governo em sentido lato; é portanto o setor em que as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no Poder Executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas;

(2) atividades exclusivas – é o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar, quais sejam, serviços de regulamentação, fiscalização e fomento;

(3) serviços não-exclusivos – corresponde

ao setor em que o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os de educação e saúde. Exemplos desse setor: universidade, hospitais, centros de pesquisa e os museus;

(4) produção de bens e serviços para o mercado – corresponde à área de atuação das empresas. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessária, no caso de privatizações, a regulamentação rígida.

É importante para a discussão destacar, ainda, que, na nova política de recursos humanos do governo Federal, uma carreira pode ser caracterizada por três elementos. Primeiro, refere-se a um conjunto de cargos que se submetem a regras comuns no que diz respeito ao ingresso, à promoção entre as diversas classes, à lotação e movimentação entre órgãos do Poder Executivo Federal e à remuneração dos seus integrantes.

Segundo, seus integrantes detêm um repertório comum de qualificações e habilidades. “Terceiro, esse sistema organizado de regras aplica-se aos servidores que representam o quadro de pessoal permanente do Estado, exercendo portanto atividades típicas de Estado”⁶.

Quer-se, no futuro, limitar as carreiras de Estado a cinco áreas: diplomatas, fiscais, administradores civis, procuradores e policiais.

3.2. Significado de carreira típica de Estado

A explanação acima é feita, apenas, com o intuito de mostrar que, a princípio, a nova política de recursos humanos parece apontar que toda atividade exclusiva de Estado será exercida por servidores lotados em carreiras típicas de Estado e, portanto, submetidos ao regime estatutário. Principalmente se considerarmos que o próprio governo atrela o significado de “carreira” às “atividades típicas de Estado”, conforme percebemos pela definição de carreira destacada no item anterior.

No entanto – e infelizmente – isso não pas-

sa de mera presunção, já que não está efetivamente claro nos documentos oficiais do governo. Na realidade, poderíamos até afirmar que as carreiras típicas de Estado atrelam-se às atividades típicas de Estado, mas não poderíamos dizer que toda atividade típica de Estado será desempenhada por meio de carreiras típicas de Estado.

A distinção entre carreira típica de Estado e atividade típica de Estado faz-se importante na medida em que o Plano Diretor da Reforma indica que as carreiras típicas ou exclusivas do Estado “não devem ser confundidas com as atividades exclusivas de Estado, embora haja uma relação estreita entre os dois conceitos”(BRASIL, on-line, 1995, p. 22).

Com efeito, atividades exclusivas de Estado envolvem setores nos quais só o Estado pode atuar, prestando serviços de regulamentação, fiscalização e fomento. No tocante às carreiras típicas, existe o consenso de que as mesmas devem abranger as áreas de fiscalização, polícia, diplomacia, atividades jurídicas e orçamento, planejamento e gestão pública. Essa precária menção que é feita a uma e a outra no Plano Diretor da Reforma do Estado não é elucidativa do ponto de vista prático.

O grande problema é que agora temos dois regimes correndo em paralelo na Administração direta: o regime estatutário e o regime celetista, mas não temos a definição de que carreiras devem seguir que regime.

Existe a indicação de que as carreiras vinculadas às referidas áreas de fiscalização, polícia, diplomacia, atividades jurídicas e orçamento, planejamento e gestão pública seriam típicas de Estado e, portanto, seguiriam o regime estatutário. Mas essa indicação não é suficiente; demanda uma definição.

O Plano Diretor da Reforma do Estado e os documentos oficiais que tratam da nova política de recursos humanos não deixam claro, não especificam, quais são as carreiras típicas de Estado que não poderão, naturalmente, ser preenchidas pela via do emprego público.

O natural seria imaginar que as atividades exclusivas de Estado – relacionadas, grosso modo, aos campos da regulamentação, fiscalização e fomento – seriam exercidas por meio de carreiras típicas de Estado que, por sua vez, teriam obrigatoriamente que seguir o regime estatutário, proporcionando ao seu pessoal as garantias necessárias ao bom desempenho da função.

Na medida em que o Plano Diretor supracitado suprime a relação entre atividades exclusivas e carreiras típicas de Estado, estabelece-se verdadeira confusão ainda não sanada legalmente, sem falar na preocupação reinante entre os servidores públicos atuais, receosos de que o regime celetista passe a ser aplicado a campos que antes se regiam pelo regime estatutário.

O que temos hoje é um projeto de lei complementar tramitando no Congresso Nacional (PLC 43/99) – que deverá vir a definir quais as carreiras típicas de Estado – atualmente suspenso em razão da pressão promovida por grupos que desejam ser incluídos em seu rol (FERRERA, on – line, p. 1).

Dessarte, é interessante observar que a intuitiva associação das atividades exclusivas do Estado com o regime estatutário está incorreta, pois o certo é associá-lo (o regime estatutário) às carreiras típicas de Estado, que não abrangem todas as atividades exclusivas de Estado.

Essa duplicidade de regimes jurídicos espraia-se, portanto, pelo próprio núcleo do Estado, existindo atividades exclusivas de Estado que poderão vir a ser realizadas por servidores estatutários e por celetistas, com maiores e menores garantias, respectivamente.

3.3. O veto ao art. 1º da Lei nº 9.962/2000

Toda a discussão acima descrita passou a ficar ainda mais acirrada a partir do veto presidencial ao art. 1º, § 2º, I, “a”, da Lei nº 9.962/2000. Tal dispositivo vedava fossem submetidos ao regime de emprego público os servidores que desenvolvessem atividades exclusivas de Estado, nos termos das

leis mencionadas no art. 247 da Constituição Federal.

Na mensagem 247, de 22 de fevereiro de 2000, o Chefe do Poder Executivo, citando a manifestação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, assim justificou o veto:

“Impõe-se o veto aos dispositivos supracitados por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público.

A alínea ‘a’ do inciso I do § 2º do art. 1º deve ser vetada por contrariar o interesse público, uma vez que veda o regime de emprego público aos servidores que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, nos termos definidos pelas leis que venham a regulamentar o art. 247 da Constituição Federal. Tais atividades, no momento, estão em processo de regulamentação por intermédio do Projeto de Lei Complementar nº 43, de 1999. Esta matéria, que tramita no Senado Federal, inclui um grande número de cargos, carreiras e atividades, o que na prática tiraria da Administração Pública a necessária flexibilização para o seu bom funcionamento, uma das principais justificativas para a criação do regime de emprego público, objeto do Projeto de Lei nº 57, de 1999.

Embora o PL nº 57, de 1999, trate da criação de um novo regime de emprego, a referida alínea poderá vir a criar dificuldades de natureza jurídica para a implementação deste novo regime, o que visivelmente contraria o interesse público” (Apud GUERZONI FILHO, 2000, p. 26).

Temos, pois, que o veto presidencial afastou a impossibilidade de contratação, pela via do emprego público, das atividades exclusivas de Estado, sob a alegação de que tais atividades estão em processo de regulamentação, englobando um grande número de cargos, carreiras e atividades, e que sua

exclusão do regime celetista eliminaria, na prática, a necessária flexibilização que se quis dar à Administração Pública com o ressurgimento do emprego público e sua regulamentação na Lei nº 9.962/2000.

Sendo assim, a motivação para o veto em tela está no receio de que a impossibilidade de se aplicar o regime celetista para as atividades exclusivas de Estado viesse a criar dificuldades para a implantação do novo regime, dado o grande número de carreiras envolvidas na concepção de “atividades exclusivas de Estado”.

Esses motivos oficiais, todavia, combinam-se com a vontade das forças governamentais de ver um reduzidíssimo número de carreiras vinculadas ao regime estatutário. A preferência do governo está clara: é o regime celetista. Acreditam os “donos do poder” que empregando tal regime reduzirão os gastos do tesouro e diminuirão o passivo das Fazendas Públicas.

Aproveitou-se, portanto, o Executivo do fato de que tais atividades ainda estão sob regulamentação no Congresso Nacional, por meio do PL 43/2000, discussão essa que se encontra atualmente suspensa, em virtude do grande número de interesses envolvidos.

3. 4. Implicações e conseqüências do veto presidencial

A primeira conseqüência de ordem prática provocada pelo multicitado veto foi o pânico assolado entre os servidores públicos. A surpresa foi geral, restando a dúvida sobre se os servidores que desempenham atividades exclusivas de Estado farão ou não jus à proteção de que trata o artigo 247 da Constituição Federal.

A questão é: há procedência para essa preocupação e apreensão? A resposta é positiva.

De fato, o veto à alínea “a” do inciso I do § 2º do art. 1º da Lei nº 9.962/2000 deixa explícita a intenção governamental de flexibilizar a aplicação do comando contido no art. 247 da Constituição, que manda garantir proteção especial a esses servidores.

Reforça essa insegurança o fato de a re-

ferida lei ter remetido para duas outras leis específicas as seguintes decisões: a) a criação dos empregos públicos, e b) a transformação dos atuais cargos em empregos; deixando dúvidas, até que tais leis sejam votadas pelo Congresso, sobre as atividades cujos funcionários serão recrutados pelo regime do emprego público, bem como sobre quais os cargos que serão transformados em empregos.

Com isso, aumentou-se o clima de insegurança quanto ao destino que será dado ao art. 15 do Projeto de Lei Complementar nº 43/99, que lista as carreiras exclusivas de Estado.

Inúmeras entidades de classe de servidores públicos estão preocupadas com três aspectos do projeto de lei sob exame no Congresso: a) definição de critérios justos e objetivos de avaliação; b) o direito de ampla defesa no processo de perda de cargo por insuficiência de desempenho; e c) a garantia de inclusão de sua categoria entre as carreiras exclusivas de Estado. O motivo de tanta preocupação com essa lei, que está em votação no Congresso, é que os atuais e futuros detentores de cargos públicos serão avaliados pelos critérios nela definidos.

Duas hipóteses em especial amedrontam os servidores. A primeira relaciona-se ao receio de que o referido art. 15 do PLC 43/99 seja simplesmente vetado, deixando tudo para ser definido pelas leis que irão criar os empregos públicos e transformar alguns dos atuais cargos em empregos.

A segunda hipótese diz respeito à possibilidade de permanência do art. 15, mas com a flexibilidade mencionada no veto à Lei nº 9.962/2000, transferindo à lei ordinária a prerrogativa de fixar quais os cargos ou atividades, entre os definidos como exclusivos de Estado, que teriam a proteção especial do art. 247 da Constituição Federal.

Essa interpretação, porém, violaria a hierarquia das leis, pois uma lei complementar estaria definindo, nos termos estabelecidos pela Constituição Federal, quais as atividades exclusivas de Estado e carreiras típicas, cujos servidores fazem jus a garantias especiais, enquanto se abriria a uma lei ordinária a possibilidade de negar essas garantias⁷.

Todas essas são preocupações dos servidores provenientes do veto em questão. Ou seja, com o veto, que tornou possível, em tese, o emprego do regime celetista para as atividades exclusivas de Estado, toda a atenção dos servidores passou a se voltar para o PL 43/99, já há bom tempo em discussão no Congresso, vez que é a mesma que deverá definir e distinguir as atividades exclusivas de Estado das carreiras típicas de Estado, entre outras questões de suma importância para os servidores.

A expectativa, portanto, é a de que essa lei deverá vir a reduzir discussões de grande turbulência na atualidade, a exemplo da que é objeto do presente trabalho.

Voltando ao veto, este, do ponto de vista prático, exceto pela preocupação que tem gerado entre os servidores, tem pouco efeito. Isso porque a Lei nº 9.962/2000 prevê, tão-somente, que o pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá a sua relação de emprego regida pela CLT, cabendo a outras leis a criação desses empregos. Ou seja, o diploma legal em questão não permite a contratação imediata de servidores públicos pela CLT, que continua dependente da edição de novas leis.

Sendo assim, a lei em tela termina apenas por sinalizar sobre como a matéria será tratada nas leis que, no futuro, darão efetividade a ela. Nada impede, entretanto, que essas últimas leis disponham sobre o tema de forma diversa da tratada na primeira, podendo inclusive revogá-la, já que qualquer lei posterior revoga a anterior naquilo que com ela conflita.

Existe, no entanto, um ponto de discussão importantíssimo, que se relaciona ao veto multicommentado. É que estão em discussão, estão em jogo, as garantias necessárias ao fiel e bom desempenho das atividades exclusivas de Estado.

Segundo bem coloca Gilberto Guerzoni Filho⁸, do ponto de vista principiológico, o veto carrega um grande problema, uma vez que fica explícito que ele teve lugar para que se possa contratar pelo regime da CLT ser-

vidores que desenvolvam atividades exclusivas de Estado (2000, p. 51).

Diz ele: “Isso não nos parece possível. Tanto doutrinariamente quanto no tocante à norma constitucional positiva. Se uma categoria é definida como responsável pelo exercício de uma atividade exclusiva de Estado, isso traduz-se na necessidade de ela ter garantias especiais para o exercício desse tipo de atividade, não podendo ser submetida a um regime jurídico que não inclui, entre as suas características, o instituto da estabilidade”.

“Conforme Adilson Abreu Dallari, em ‘Regime Constitucional dos servidores públicos’, p. 49: ‘(...) existem funções que exigem do servidor incumbido de desenvolvê-las uma especial inerência, especiais garantias, por força da especial dose de autoridade, de autonomia e de fidelidade requeridas para o seu exercício. É o caso das funções de fiscalização, do serviço diplomático, dos Delegados de Política, dos membros do Ministério Público e da Magistratura. Somente o regime estatutário (que se opõe à idéia de regime contratual, como é o celetista) pode conferir a tais agentes o elevadíssimo grau de autonomia funcional indispensável para o exercício de suas elevadas funções (...)’”(GUERZONI FILHO, 2000, p. 51).

É forçoso concluir, portanto, que o Governo talvez esteja dando maior ênfase às suas economias imediatas em detrimento da preocupação com as necessárias garantias e estabilidade que devem permear atividades tipicamente estatais.

4. Conclusões

a) A EC 19/98 extinguiu o regime jurídico único e passou a admitir os regimes estatutário e celetista, lado a lado.

b) O regime celetista, antes restrito ao âmbito da Administração indireta, passou a ser adotado, após a EC 19/98, também na Administração direta, principalmente após a promulgação da Lei nº 9.962/2000, que prevê sua adoção nos órgãos da Adminis-

tração direta, autárquica e fundacional.

c) O veto ao art. 1º, § 2º, I, “a” da aludida lei, cujo dispositivo previa a impossibilidade de admissão de empregados públicos para o exercício de atividades exclusivas de Estado, abriu a discussão sobre a possibilidade ou não de se empregar o regime celetista para as atividades exclusivas de Estado.

d) O que se conclui, primeiramente, é que atividades exclusivas de Estado devem ser diferenciadas de carreiras típicas de Estado. As atividades são mais genéricas, englobando inúmeras carreiras, entre as quais aquelas que são tipicamente estatais. O próprio Plano Diretor da Reforma do Estado chama atenção para essa necessária distinção.

e) Apesar dessa distinção, superficialmente colocada, não se pode ir além para realmente indicar quais as carreiras típicas de Estado e quais são, efetivamente, as atividades exclusivas de Estado, porque essa definição é objeto do PL 43/99, que tramita no Congresso Nacional. Caberá ao mesmo discriminar, detalhar, quais as atividades e quais as carreiras típicas.

f) A consequência prática em se estabelecer essa diferença é de suma importância para os servidores públicos, na medida em que as funções elencadas como carreiras típicas seguirão o regime estatutário, enquanto as demais, ainda que se trate de atividade exclusiva de Estado, poderão ficar submetidas ao regime celetista.

g) Esse é, ao menos, o indicativo que temos hoje. Pelo teor do veto suprarreferido, está por demais claro que o governo irá lutar para que inúmeras atividades consideradas exclusivas de Estado sejam contratadas pelo regime da CLT.

h) Daí a preocupação de inúmeras categorias de servidores em querer que sua função seja incluída entre as “carreiras” típicas de Estado, porque somente estas, a priori, e em virtude do cenário que está sendo desenhado, seguirão o regime estatutário, portador das garantias do art. 247 da Constituição Federal.

i) Em síntese, podemos afirmar que o emprego público, considerando o veto presidencial e as discussões que vêm sendo travadas no país,

não será incompatível com as atividades exclusivas de Estado, mas tão-somente com as carreiras típicas de Estado.

j) Nossa opinião, entretanto, é a de que utilizar o emprego público para atividades exclusivas de Estado significa descaracterizá-las. Se são consideradas atividades “exclusivas” de Estado, então é porque representam atividades vitais para a existência do mesmo, e, sendo assim, devem-lhe ser atribuídas garantias especiais, que dêem o devido suporte aos servidores para o exercício de suas tarefas. Se a intenção é passar a adotar o emprego público para as atividades exclusivas, então mudem-lhe o nome e a natureza também, pois tais atividades demandam maior segurança, não oferecida pelo regime celetista.

Notas

¹ O autor faz minuciosa análise da natureza do emprego público, chegando a conclusões extremamente elucidativas acerca da matéria.

² Carmem Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 88-139). A autora narra com maestria o desenvolvimento ao longo da história dos regimes jurídicos do servidor, inclusive analisando os motivos da recente reforma administrativa (EC 19/98). De igual modo, Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira (1998) historia, com idêntica desenvoltura, a evolução dos regimes do servidor público ao longo do tempo.

³ Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (1999, p. 7-23). Na introdução da obra, o autor faz um apanhado dos motivos das reformas administrativas e previdenciária.

⁴ Assessoria do DIAP (on-line, 2000). Os extratos do conteúdo de cada uma dessas leis e projetos de leis, que serão apresentados a seguir, foram obtidos no aludido artigo.

⁵ Cadernos MARE da Reforma do Estado. *A nova política de recursos humanos*. p. 11.

⁶ Cadernos MARE da Reforma do Estado. *A nova política de recursos humanos*. p. 17.

⁷ Assessoria do DIAP (on-line, 2000, p. 4-5).

⁸ O autor é terminantemente contrário à contratação de pessoal permanente para os entes de Direito Público pela CLT.

Bibliografia

ASSESSORIA do DIAP – Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar. *Carreira exclusiva: cargo ou emprego público?* Disponível em: http://www.diap.org.br/Diap_99/Boletim/MarÃ§o/serpub.htm. Acessado em 21 nov. 2000.

BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *A nova política de recursos humanos. Cadernos MARE da Reforma do Estado*, caderno 11, Brasília: MARE, 1997.

BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Plano diretor da reforma do estado*. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/publicacoes/index.html>.

BRAZ, Petrônio. *O servidor público na reforma administrativa*. São Paulo: LED, 1998.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *O novo regime previdenciário dos servidores públicos*. Recife: Nossa Livraria, 1999.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1998.

FERREIRA, Marcelo Dias. *Carreiras típicas de estado: profissionalização no serviço público e formação do núcleo estratégico*. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>.

GUERZONI FILHO, Gilberto. Análise da lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000: a contração de

servidores públicos pela CLT. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 146, abr./jun. 2000.

LEI nº 8.112/90. Disciplina o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. São Paulo: Saraiva, 1999.

LEI nº 9.962/00. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma administrativa: o estado, o serviço público e o servidor*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAAD, Eduardo Gabriel (Coord.). Novo regime de emprego público do pessoal da administração direta, autárquica e fundacional. *LTr Suplemento Trabalhista*, São Paulo, LTr, n. 56, ano 36, p. 304-306, 2000.

TAUBE, Carmem Lúcia Couto. Empregado público da administração direta, autárquica e fundacional: Lei nº 9.962/00 Estabilidade ou não? *LTr Suplemento Trabalhista*, São Paulo, LTr, n. 98, ano 36, p. 557-558, 2000.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998.

O direito de vizinhança e suas novas vertentes

Dilvanir José da Costa

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamentos. 3. As teorias. 4. Direito de vizinhança e servidão predial. 5. Vizinhança no Código Civil: A) demarcação e tapagem; B) direito de construir; C) uso nocivo da propriedade. 6. Vizinhança no projeto de novo Código – uso anormal da propriedade. 7. Novas dimensões do instituto: controle administrativo e proteção ambiental. 8. Direito Ambiental.

1. Introdução

O Código Civil já teve o quase monopólio do regulamento das relações de vizinhança. Apenas remetia para o Direito Administrativo a disciplina complementar do direito de construir (art. 572). Sobrevieram os regimes especiais sobre as águas, florestas, fauna, caça e pesca e, mais recentemente, a maré montante das leis sobre a proteção ao meio ambiente.

As relações de vizinhança no Código compreendem: os limites entre prédios, o direito de tapagem, o direito de construir, as árvores limítrofes, a passagem forçada, o regime das águas e o uso nocivo da propriedade.

A vizinhança tem que ver com os bens imóveis, tanto que o Código Civil a regula na seção V do capítulo II (da propriedade imóvel) do título II do livro II. Os móveis por si não geram problemas de vizinhança. Só os imóveis produzem tais relações, em razão de sua “continuidade indestrutível”, na

Dilvanir José da Costa é Professor de Direito Civil na UFMG, Doutor em Direito Civil e Advogado.

expressão de San Tiago Dantas, nosso mestre erudito do tema, tanto em sua tese de concurso *O conflito de vizinhança e sua composição*, 1939, com que conquistou a cátedra de Direito Civil na Faculdade Nacional de Direito aos 30 anos de idade, como em suas magníficas aulas na mesma Faculdade (1979, cap. 21). E acrescenta: “a separação entre os prédios, escreveu Ihering, até mesmo quando manifestada exteriormente por fossos, paliçados, muros etc., não destrói a sua relação natural de coesão e dependência recíproca” (p. 248).

A despeito das cercas e dos muros divisórios que separam as propriedades, vivemos cada dia mais num condomínio global e, portanto, sujeitos aos efeitos de imissões e interferências recíprocas, perturbadoras do uso da propriedade imóvel. Daí a necessidade de normas que disciplinem preventiva e repressivamente tais conflitos, compondo-os ou harmonizando o uso das propriedades vizinhas. Essa a missão do direito de vizinhança. Assim como o Direito em geral harmoniza as liberdades em conflito, o direito de vizinhança tem por meta específica implantar um regime de convivência entre as propriedades vizinhas, por meio de seus titulares e usuários.

Os conflitos de vizinhança evoluíram muito no último século, exigindo limitações legais ao direito de propriedade não só no interesse privado dos vizinhos mas sobretudo no interesse mais amplo da comunidade e da sociedade como um todo. O desenvolvimento, a industrialização, o urbanismo e a poluição ambiental ampliaram as dimensões desses conflitos, atraindo-os para as esferas do Direito Administrativo e do novo Direito Ambiental. As ações individuais e repressivas, quase sempre judiciais, dos prejudicados nesses conflitos estão sendo substituídas por providências coletivas ou no atacado, administrativas e judiciais, preventivas e repressivas, inclusive por meio do moderno instrumento da ação civil pública.

Não obstante, subsiste ainda um direito civil de vizinhança, como último baluarte

na defesa do cidadão vítima do mau uso da propriedade vizinha.

2. Fundamentos

Tito Fulgêncio analisa três fundamentos doutrinários apontados para servir de base às restrições ao direito de propriedade na vizinhança (1959, p. 11-13). O primeiro seria o *quase-contrato* existente entre os vizinhos, no sentido de não se prejudicarem mutuamente. Não procede a teoria, dado o caráter não voluntário dessas obrigações, ditas servidões naturais ou legais. O segundo fundamento seria o *delito ou quase-delito (ato ilícito)* decorrente da conduta do mau vizinho. Não procede a teoria, eis que o ato ilícito pressupõe culpa do agente, sendo certo que muitos vizinhos usam mal sua propriedade sem qualquer culpa. San Tiago Dantas distingue os dois fenômenos com estes exemplos: a pedra atirada pelo vizinho é ato ilícito, enquanto a arremessada pela explosão na pedreira constitui relação de vizinhança. E acrescenta: “O problema do uso nocivo está em que alguém que faz imissões no prédio vizinho não pratica ato ilícito, mas exerce o seu direito de propriedade. Por que é justo, então, reprimi-las? Eis a essência do conflito de vizinhança, que se traduz numa crise do aspecto externo e interno da propriedade” (p. 254).

Mas quem exerce o direito de propriedade pode fazê-lo normal ou anormalmente, de forma regular ou de modo abusivo, conforme as circunstâncias. E assim chegamos ao terceiro fundamento – *abuso do direito*, preferido por Tito Fulgêncio, pela maioria dos autores e pelo nosso Código, que se refere a “uso nocivo da propriedade” (seção respectiva) e a “mau uso da propriedade” (art. 554), o que constitui aplicação, a *contrario sensu*, do art. 160, I (“exercício regular de direito”), conclui Tito Fulgêncio.

A teoria satisfaz, no âmbito do direito civil, a ponto de justificar o mau uso esporádico ou transitório, como o ruído das construções, a poeira das demolições, as festas

ocasionais nas residências e outras situações similares, que explicam até o fato de o direito de vizinhança consagrar ou permitir o mau uso excepcional, em benefício e prejuízo recíproco de todos os vizinhos (tolerância mútua excepcional).

As novas dimensões administrativa e ambiental do problema exigem, contudo, um fundamento social mais amplo e aberto, que seria a função social da propriedade e a socialização do direito, a justificarem as limitações à propriedade em benefício do desenvolvimento, da industrialização e da preservação ambiental.

3. As teorias

Vamos resumir as cinco teorias expostas por San Tiago Dantas, sobre os critérios de tolerância das imissões na vizinhança.

I – Teoria da *imissão corpórea* do direito romano, segundo a qual somente a imissão material seria vedada, não assim as imateriais como os odores e outras de caráter moral. Teoria deficiente mesmo para aquela época.

II – Teoria do *uso normal* de Ihering, que visou dar amparo à industrialização alemã e foi por isso consagrada no BGB (art. 909). Para tanto distinguiu o uso normal em zona industrial daquele em zona de repouso, dando, assim, um critério relativo ou flexível para a solução dos conflitos.

III – Teoria do *desequilíbrio*, de Ripert, segundo a qual deve haver um uso equilibrado dos prédios vizinhos. Sempre que um dos proprietários rompe o equilíbrio, iniciando atividade fora do contexto regional, deve responder pela ruptura. Teria sido a arma de defesa da propriedade doméstica contra o surto industrial na Alemanha, Itália e França. Percebe-se como o Direito Administrativo moderno soluciona o problema de forma preventiva e coletiva, regionalizando as atividades urbanas e deixando pouca margem de atuação ao Direito Civil e ao Poder Judiciário.

IV – Teoria da *necessidade*, de Bonfante, a qual veio reforçar a anterior, no sentido da

defesa da propriedade industrial e da agricultura irrigada contra as reclamações dos vizinhos. Essa maior tolerância dos incômodos industriais e agrícolas teve muito êxito na jurisprudência italiana, sob o fundamento da necessidade ou utilidade geral do povo.

V – Finalmente San Tiago Dantas apresenta a sua própria teoria do *critério sistemático de composição*.

Partindo das teorias precedentes, estabeleceu dois princípios:

- a) coexistência dos direitos;
- b) supremacia do interesse público.

E extraiu as seguintes conclusões:

1^a) tolerância dos incômodos resultantes do uso normal da propriedade;

2^a) manutenção da atividade incômoda, quando a sua localização for normal e os inconvenientes irreduzíveis;

3^a) tolerância dos incômodos inevitáveis, mediante indenização cabal, diante da supremacia do interesse público;

4^a) faltando o interesse público, cessará a atividade incômoda;

5^a) não se manterá, mesmo com indenização, a atividade industrial que torne inabitáveis os prédios adjacentes. (1979, p. 257-264).

4. Direito de vizinhança e servidão predial

O direito de vizinhança e a servidão predial possuem afinidade: em ambos ocorre uma servidão de um prédio ao outro, tanto que aquele também se denomina servidão natural ou legal. Mas se distinguem nos seguintes pontos:

I – a servidão é direito real típico na coisa alheia, voluntária ou convencional; o direito de vizinhança seria um direito real atípico ou uma obrigação real ou *propter rem*, tendo por fonte a lei e não o contrato. Exemplos: o direito de passar águas servidas pelo terreno vizinho depende de consentimento do proprietário deste (servidão predial); o direito de escoar as águas que correm natu-

ralmente de um terreno para o inferior independe desse consentimento (servidão legal de vizinhança);

II – a servidão predial tem por objetivo *beneficiar* um imóvel e *onerar* outro (passagem por um imóvel para encurtar caminho; o direito de vizinhança tem por meta *evitar prejuízo* para um imóvel (passagem forçada);

III – os direitos de vizinhança são recíprocos, beneficiando e prejudicando potencialmente todos os imóveis vizinhos (a segurança, o sossego e a saúde são direitos e obrigações recíprocos nessas relações); a servidão é unilateral: só beneficia um e prejudica o outro imóvel, desde que contratada.

5. Vizinhança no Código Civil

A) *Demarcação e tapagem*. O primeiro problema de vizinhança é, obviamente, o da demarcação e do tapume dos imóveis confinantes. Por isso o código assegura ao proprietário o direito de obrigar o vizinho a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, bem como a construir e conservar os tapumes divisórios entre as propriedades, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas (arts. 569 e 588).

A obrigação de dividir as despesas é a primeira conseqüência da demarcação e dos tapumes divisórios. A segunda regra é a de que os tapumes construídos na divisa passam a constituir um condomínio necessário e permanente entre as partes (por efeito da acessão dos materiais na respectiva área de cada imóvel confinante – art. 642). Pode o tapume ser edificado na divisa mas somente em um dos imóveis, hipótese em que pertencerá ao respectivo dono do terreno, como acessório deste (art. 643). As dimensões e a qualidade dos tapumes são as estabelecidas pelas posturas municipais ou pelos costumes locais (art. 588, § 3º). O vizinho não pode exigir do outro a metade do custo excedente, decorrente da construção de tapume especial, no seu interesse apenas, tanto na qualidade como nas dimensões.

Questão polêmica tem sido, na doutrina e na jurisprudência, a condição necessária para que o vizinho possa exigir do outro o reembolso de sua cota nas despesas com a construção dos tapumes. Muitos exigem “o prévio acordo ou entendimento ou a ação prévia fixando as condições de execução dos tapumes, sob pena de preclusão do direito de reembolso somente postulado a *posteriori*”. Ulderico Pires dos Santos dilucida de forma completa a questão, depois de citar as opiniões de Carvalho Santos, Orlando Gomes, Barros Monteiro e Hely Lopes Meireles, todos encampando a tese da necessidade de acordo ou ação prévia. De outra parte, entendendo que a lei não exige tal condição, cita Pontes de Miranda e Humberto Theodoro Júnior, este com suporte em Lopes da Costa. E Ulderico fica com esta última corrente (1990, p. 204-211).

Essa última tese foi acolhida pela Terceira Turma do STJ, no REsp. 40.106-2-MS, sendo rel. o Sr. Min. Costa Leite, reiterando decisão no REsp. 20.315-0-MS, rel. o Sr. Min. Eduardo Ribeiro, com a seguinte ementa:

“Civil. Imóveis confinantes. Construção de cerca divisória. Repartição das despesas. A obrigação decorrente do art. 588, § 1º, não está condicionada a prévio acordo entre os proprietários dos imóveis confinantes. Recurso conhecido e provido”(RSTJ 59/377).

B) *Direito de construir*. Antes de tudo, o Código assegura o direito de construir com duas limitações: o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos (art. 572). Em seguida trata das primeiras vedações: invasão de área vizinha, deitar goteira sobre a mesma e, a menos de metro e meio da divisa, abrir janela, fazer eirado, terraço ou varanda (art. 573). A Súmula 414 do STF esclarece: “Não se distingue a visão direta da oblíqua na proibição de abrir janela, ou fazer terraço, eirado ou varanda, a menos de metro e meio do prédio de outrem”.

A limitação não abrange as frestas, seteiras ou óculos para luz, não maiores de

dez centímetros de largura por vinte de comprimento, os quais, entretanto, não prescrevem contra o vizinho, que, a todo tempo, levantará, querendo, a sua casa ou contramuro, ainda que lhes vede a claridade (§§ 1º e 2º do art. 573). A Súmula 120 do STF esclareceu, atualizando o conceito: “Parede de tijolo de vidro translúcido pode ser levantada a menos de metro e meio do prédio vizinho, não importando servidão sobre ele”.

Questão polêmica e complexa é a consequência da transgressão da regra supra, ou seja, o art. 576, que dispõe: “O proprietário que anuir em janela, sacada, terraço ou goteira sobre o seu prédio, só até o lapso de ano e dia após a conclusão da obra poderá exigir que se desfaça”. Consagrando a tese da corrente doutrinária liderada por Pontes de Miranda, assim decidiu o STF:

“Escoado o prazo de ano e dia a que alude o art. 576 do Código Civil, o proprietário do prédio vizinho ao em que se construiu a janela, sacada ou terraço sobre o seu, não poderá exigir do dono deste que o desfaça; não nasce, porém, para esta servidão de luz por usucapião a prazo reduzido, razão porque aquele poderá construir junto à divisa, nos termos do § 2º do art. 573 do mesmo Código, ainda que a construção vede a claridade”(ac. unân do Pleno do STF no RE 86.054-SP, rel. Min. Moreira Alves, citado por Ulderico Pires, 1990, p. 406).

Já o projeto de novo Código Civil, em seu art. 1302, assim dispõe:

“O proprietário pode, no lapso de ano e dia após a conclusão da obra, exigir que se desfaça janela, sacada, terraço ou goteira sobre o seu prédio; escoado o prazo, não poderá, por sua vez, edificar sem atender ao disposto no artigo antecedente, nem impedir, ou dificultar, o escoamento das águas da goteira, com prejuízo para o prédio vizinho.

Parágrafo único. Em se tratando de vãos, ou aberturas para luz, seja qual

for a quantidade, altura e disposição, o vizinho poderá, a todo tempo, levantar a sua edificação, ou contramuro, ainda que lhes vede a claridade”.

Ao assim dispor, na 2ª parte do *caput* do texto supra, o projeto acolhe a tese da corrente liderada por Clóvis Beviláqua, admitindo a constituição de servidão de prazo curto.

Interpretando o art. 573, o TJMG entendeu que a janela posta a menos de metro e meio da divisa incorre na proibição absoluta e objetiva do texto, não obstante a interposição de muro impedindo a visão direta sobre o prédio vizinho (RT 586/171). Acertada a decisão, eis que a vedação não visa apenas proteger contra a visão, mas também contra o som, o odor e até por razões estéticas.

C) *Uso nocivo da propriedade*. Aqui temos o ponto culminante do direito de vizinhança, com irradiações no Direito Administrativo e no Direito Ambiental. O uso nocivo se desdobra em três conceitos amplos e férteis em conteúdo e consequências práticas: prejuízo à segurança, ao sossego e à saúde (art. 554). Como visto, o controle civil ou privado é o mais limitado, de caráter repressivo e sempre judicial, por meio da ação de preceito cominatório, hoje concentrada no procedimento sumário (art. 275, II, alínea “j” do CPC), aliado às medidas cautelares, provisórias ou provisionais cabíveis.

6. Vizinhança no projeto de novo Código – uso anormal da propriedade

O projeto de novo Código Civil deu maior desenvolvimento ao tema do uso nocivo, condicionando o controle ao interesse público, na linha sistemática de San Tiago Dantas, já exposta acima.

O Código vigente tratou o tema de forma sumária e privatística, dispondo, sob o título “Do uso nocivo da propriedade”, simplesmente:

“Art. 554. O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de im-

pedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.”

Sob a influência das novas teorias expostas e defendidas por San Tiago Dantas e outros juristas, inclusive publicistas, acima resumidas, o projeto assim disciplina a questão:

Dos direitos de vizinhança
Do uso anormal da propriedade

“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.

Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal.

Art. 1.279. Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornem possíveis.”

Nos textos supra, houve as seguintes inovações:

I – substituiu-se o “uso nocivo” pelo “uso anormal”;

II – substituiu-se o “inquilino” pelo “possuidor”, ampliando-se a legitimação ativa para agir contra o uso anormal;

III – estabeleceram-se critérios mais objetivos de proibições de uso da propriedade, em função da natureza da utilização dos prédios, da sua localização no zoneamento

urbano e dos limites de tolerância dos vizinhos;

IV – a cessação das imissões cede quando justificadas por interesse público e mediante indenização cabal aos prejudicados;

V – conquanto devam ser toleradas, as interferências poderão ser reduzidas ou eliminadas sempre que possível esta solução conciliadora, o que vem ocorrendo com o advento de novas técnicas antipoluidoras nas indústrias.

Atendeu-se, pois, aos imperativos da industrialização e do desenvolvimento sustentável, tornando-se mais efetiva, conquanto flexível e relativa, a proteção ao mais relevante e destacado dos direitos de vizinhança.

Dos demais aspectos da vizinhança tratou o projeto, com desenvoltura maior para o uso anormal da propriedade, para o regime das águas e para o direito de construir.

7. *Novas dimensões do instituto:
controle administrativo e
proteção ambiental*

Em excelente pesquisa publicada no livro *Novos temas de direito civil* (1983, p. 228-239), sob o título *Uso da propriedade, limitações, servidões, direito de vizinhança*, o professor Orlando Gomes estuda o uso nocivo da propriedade sob três óticas ou em três momentos inconfundíveis: 1º – o da concentração do conflito de vizinhança no Código Civil; 2º – o da ênfase na limitação da liberdade de indústria pelas normas de Direito Administrativo; 3º – o da proteção reflexa da segurança, do sossego e da saúde por normas de defesa do meio ambiente.

Segundo o mestre baiano, a regra *mater* contida no artigo 554 do Código Civil, em fórmula considerada lapidar por Philadelpho Azevedo, constitui uma limitação ao uso da propriedade no interesse de um particular, precisamente o vizinho. De fato, o Código tem mais o sentido repressivo-judicial e ataca o problema “no varejo” ou entre particulares, por meio de ação de preceito

cominatório, que ainda hoje subsiste como recurso do cidadão afrontado em seu direito de vizinhança. Outra é a perspectiva do Direito Administrativo, que passou a regular o uso anormal da propriedade decorrente da atividade industrial, bem como o direito de construir e de lotear, o uso das águas e outras questões de vizinhança, “no atacado” e de forma preventiva e administrativa, por meio de multas, autuações, embargos, suspensão e cassação de alvarás e outras medidas mais rápidas e eficazes. Os planos urbanísticos diretores, o regulamento exaustivo das construções, o zoneamento urbano para fins de ocupação, o licenciamento e a fiscalização da atividade industrial e comercial passaram a constituir preocupação permanente dos administradores públicos, no interesse da coletividade. Até aí prevaleceu o Direito Administrativo. Na terceira paragem, na expressão de Orlando Gomes, o mau uso da propriedade é encarado nos seus efeitos sobre o meio ambiente. Mais do que o relacionamento entre vizinhos, o novo direito ambiental cuida da “estruturação das condições de vida da sociedade”, num envolvimento que cobre todo o planeta, a partir de congressos, tratados e convenções internacionais. O que procura é compatibilizar o desenvolvimento com a proteção ao meio ambiente. É harmonizar as atividades comprometedoras do meio ambiente, de grande interesse social, com a preservação ambiental.

Depois de uma série de leis e regulamentos, nos três níveis da Administração pública, a Constituição federal de 1988 assim tratou desse magno problema: instituiu a ação popular do cidadão para anular atos da Administração lesivos ao meio ambiente (art. 5º, LXXIII); atribuiu competência à União, aos Estados e Municípios para preservar florestas, fauna e flora (art. 23, VII), controlar a poluição e proteger o meio ambiente (art. 24, VI e VII); atribuiu ao Ministério Público competência para promover inquérito civil e ação civil pública para proteção ao meio ambiente (art. 129, III); no título da

Ordem Econômica, assegurou existência digna mediante defesa do meio ambiente (art. 170, VI) e proteção a este na atividade garimpeira (art. 174, § 3º); no título da Ordem Social e no capítulo específico do meio ambiente, assegurou o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo 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, inclusive com sanções penais, civis e administrativas aos infratores (art. 225 e §§).

8. *Direito Ambiental*

Referindo-se ao art. 554 do Código Civil e à transição para o Direito Administrativo e para o Direito Ambiental, o professor Raul Machado Horta, em estudo sobre o Direito Ambiental brasileiro (1994, p. 21-31), assim pondera:

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

Em seguida, refere-se à legislação administrativa que se seguiu ao Código Civil: Código de Águas, Código Florestal, Código de Caça e de proteção à fauna, Código de Mineração e outras leis da década de 60, para as quais o meio ambiente não foi o objetivo principal mas tão-somente incidental.

O ponto de partida para o Direito Ambiental foi a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, resultante da Conferência promovida pela ONU, em junho de 1972, visando fixar uma política universal de proteção ao meio ambiente.

Apoiando-se na competência da União, contida no art. 8º, XVII, c, da Constituição federal de 1967, para legislar sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde, – prossegue o professor Raul –, surgiu a primeira manifestação legislativa de proteção autônoma ao meio ambiente, por meio do DL 1.413/75, dispondo sobre o controle da poluição ao meio ambiente provocada por atividades industriais, contendo medidas preventivas, corretivas e repressivas.

Seguiu-se a Lei nº 6.938/81, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente e criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente. Previu sanções administrativas, civis e penais e adotou a responsabilidade objetiva por dano ao ambiente. A Lei nº 7.347/85 deu continuidade à defesa do ambiente e regulou o inquérito e a ação civil pública como meio de atuação do Ministério Público nessa área.

Segundo Raul Machado Horta, a legislação federal brasileira, a partir da Conferência de Estocolmo, percorreu três etapas no tratamento autônomo dos problemas ambientais: 1ª – política preventiva, exercida pela Administração federal; 2ª – previsão de sanções (repressão), inclusive a introdução da responsabilidade objetiva; 3ª – criação da ação civil pública de responsabilidade por danos ao meio ambiente e atribuição ao Ministério Público do patrocínio dos interesses difusos da coletividade nesse domínio.

A Constituição federal de 1988 veio recepcionar a legislação supra e abrir caminho para o seu aperfeiçoamento, com novas e amplas perspectivas, conforme suas disposições referidas no final do item anterior.

Vinte anos após a Conferência de Estocolmo, realizou-se no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992, a Conferência das Na-

ções Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, reafirmando a Declaração de Estocolmo em defesa da integridade do meio ambiente global. Entre outros princípios e normas de conduta aprovados, proclamou-se que “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm o direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.

Como última etapa desses esforços, proclamações e legislação, a Lei federal nº 9.605, de fevereiro de 1998, veio instituir sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Regulou os crimes contra o meio ambiente (contra a fauna e a flora), contra a poluição, o ordenamento urbano, o patrimônio cultural e a Administração ambiental.

Tudo isso teve por germe o artigo 554 do Código Civil, no qual San Tiago Dantas identificou “o verdadeiro estatuto da vizinhança industrial”, segundo o testemunho de Raul Machado Horta, que acrescenta:

“Lembra o festejado jurista que os tribunais e juízes brasileiros, com amparo no preceito civilístico, determinaram a remoção de empreendimentos perturbadores do sossego, da segurança e da saúde dos moradores ou impuseram aos seus titulares indenização pela atividade nociva, sem embargo da anterior autorização do poder público para instalação do estabelecimento ou atividade” (1994, p. 22).

Bibliografia

DANTAS, San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1939.

_____. *Programas de direito civil 3: direito das coisas*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1979.

FULGÊNCIO, Tito. *Direitos de vizinhança*. Atualização por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil: direito de vizinhança*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

HORTA, Raul Machado. O meio ambiente na legislação ordinária e no direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, n. 122, p. 21-31, abr./jun. 1994.

MACHADO, P. A. Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Direito de vizinhança: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

Projeto de novo Código Civil (versão de dezembro de 2000).

Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal

Celso Barbi Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Noções gerais. 3. Situação no direito estrangeiro. 4. Evolução no direito brasileiro. 5. Natureza jurídica do acordo de acionistas. 6. Alternativa às *holdings*. 7. Acordo de quotistas. 8. Partes no acordo de acionistas. 9. Objeto do acordo de acionistas. 10. Forma do acordo de acionistas. 11. Execução específica do acordo de acionistas. 12. Vigência e rescisão do acordo de acionistas. 13. Sugestão para nova redação do art. 118 da Lei das S/A.

1. Introdução

O momento econômico atualmente vivido no Brasil e no mundo, com o fenômeno da tão discutida globalização, vem impulsionando uma série de processos societários que atuam diretamente na realidade empresarial, como as privatizações, fusões, aquisições e incorporações. Isso tem pressionado o Legislativo brasileiro a promover ajustes na disciplina legal das sociedades anônimas, modelo jurídico teoricamente destinado à grande empresa privada nacional, de modo a adequá-la a essa nova realidade.

Assim, a vigente Lei da S/A, de nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, já sofreu uma primeira reforma, promovida pela Lei nº 9.457, de 15 de dezembro de 1997, na qual relevantes alterações foram efetivadas no regime jurídico das companhias.

Mas o propósito e a necessidade de se adequar a legislação societária ao contexto empresarial presente não se limitam às mo-

Celso Barbi Filho é Professor Adjunto, Mestre e Doutor em Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

dificações efetuadas pela Lei nº 9.457/97, chamada de “*pequena reforma*” (BULGARRELLI, 1998, p. 107). Desse modo, para a próxima e iminente mudança na Lei das S/A, um relevante instituto talvez merecesse ser lembrado: o acordo de acionistas.

A eventual conclusão sobre a conveniência de alterações na vigente disciplina legal do acordo de acionistas exige que se faça um panorama geral do instituto em nosso direito, a fim de se identificarem quais seriam essas alterações e por que deveriam ser feitas.

É a que me proponho neste breve estudo.

2. *Noções gerais*

A idéia que bem explica a concepção das sociedades anônimas é a de uma estrutura societária capaz de, simultaneamente, concentrar o capital e pulverizar sua titularidade. Aqueles que querem desenvolver a atividade empresarial (empreendedores) verificam que não podem prescindir dos que se propõem a investir nessa atividade (investidores), fornecendo recursos necessários à sua viabilização. Ao mesmo tempo, não convém aos empreendedores partilhar a administração com os investidores, sob pena de subtrair-se da gestão negocial a unidade e a sintonia a ela indispensáveis.

A sociedade anônima é, pois, o modelo jurídico para a grande empresa privada, que pode viabilizar-se economicamente conciliando, em um instituto jurídico próprio, interesses convergentes, mas distintos, dos acionistas que querem realizar o empreendimento, gerindo-o, e daqueles que apenas desejam investir no negócio, dele auferindo rendimentos, sem envolver-se em sua administração.

Com isso, o direcionamento dos múltiplos e diversificados interesses presentes dentro da sociedade anônima possui dois vértices. O primeiro é aquele para o qual todos convergem, qual seja a *affectio societatis*, própria justificativa existencial da corporação societária. Já o segundo são as pretensões e interesses individuais de cada acio-

nista, que, se não comuns a todo o corpo acionário, podem sê-lo em relação a determinado grupo de sócios.

Para a regulamentação e disciplina jurídica desses interesses comuns a determinado grupo de acionistas, desenvolveram-se na prática societária ajustes parassociais entre os integrantes de grupos com interesses comuns. Na medida em que sua incidência aumentou, doutrina, jurisprudência e, posteriormente, a legislação tiveram de reconhecer sua existência e os reflexos jurídicos desta.

Assim surgiram os chamados acordos de acionistas, que hoje têm previsão e disciplina próprias no direito positivo brasileiro, pelo art. 118 da Lei nº 6.404/76.

Não obstante a origem do atual modelo das sociedades anônimas remonte ao período colonial, os acordos de acionistas, em face do refinamento teórico de sua concepção, constituem instituto em certa medida recente. A doutrina italiana registra menções à existência dessa figura no final do século XX e início do século XXI.

O acordo de acionistas é essencialmente um contrato, cuja origem e disciplina fundamental está no direito das obrigações. Suas particularidades decorrem de que ele disciplina direitos e relações dos acionistas de uma mesma companhia entre si, mas, ao mesmo tempo, não se confunde com os atos constitutivos da sociedade, sendo, por isso, considerado “parassocial”.

Daí por que o acordo de acionistas pode ser conceituado como o contrato entre determinados acionistas de uma mesma companhia, distinto de seus atos constitutivos, e que tem por objeto o exercício dos direitos decorrentes da titularidade de suas ações, especialmente no que tange ao voto e à compra e venda dessas ações.

3. *Situação no direito estrangeiro*

Conforme dito, uma das primeiras notícias doutrinárias que se tem dos acordos de acionistas vem do direito italiano. Em arti-

go de 1904, famoso jurista daquele País anotava a existência de pacto entre membros de uma sociedade comercial de Milão, destinado a disciplinar seu procedimento para a hipótese de deliberação sobre pedido de concordata¹.

A tendência inicial no direito europeu continental era pela invalidade desses ajustes, mas tal conclusão referia-se basicamente aos acordos sobre o voto, não se encontrando notícia de restrições à existência ou ilicitude dos contratos sobre compra e venda de ações e preferência para adquiri-las, também chamados de bloqueio.

Além disso, a figura que posteriormente desenvolveu-se na Europa não era propriamente contratual, mas de autêntica corporação ou entidade, denominada sindicato acionário, coordenada por um síndico que representava o grupo nas assembléias gerais.

Na Itália, o entendimento era pela ilegalidade do acordo de voto, à luz do Código de Comércio de 1882. Após isso, houve reversão dessa tendência, com destaque para o papel que tiveram nesse processo os estudos de Tullio Ascarelli (1931). O Código Civil de 1942 propositadamente omitiu-se sobre o instituto, mesmo na reforma de 1974 sobre as sociedades anônimas. Assim, ficou a critério dos juízes a aferição de validade dos pactos pelo direito obrigacional, tendo em vista o objeto ajustado. E a jurisprudência vem admitindo as convenções de acionistas, elaborando os critérios para se aceitar sua legitimidade.

No direito francês, encontra-se referência sobre os acordos exclusivamente relativos à compra e venda de ações, chamados *sindicat de blocage*, em relação aos quais não se opunha restrição. Já os acordos de voto eram inicialmente repudiados pela própria legislação, conforme disposto em um Decreto-lei de 1937. Com o passar do tempo, a jurisprudência amainou o rigor dessa rejeição, sendo as convenções de acionistas hoje admitidas, desde que seu objeto não fira princípios básicos, como a inalienabilidade do

voto ou a sujeição das minorias. A Lei das Sociedades Comerciais de 1966 foi omissa a respeito, sendo que, mais recentemente, uma Lei de 1985 reconheceu expressamente a validade das convenções de voto nos grupos de sociedades. Não obstante, há notícias de alguns precedentes que denunciam vacilações de doutrina e jurisprudência sobre a admissibilidade de determinados conteúdos para o acordo de voto.

No direito alemão, nem a Lei das Sociedades de 1937, e nem a atual de 1965, prevêem expressamente os acordos de acionistas. Todavia, este último diploma reputa inválidas algumas modalidades de pactos, o que faz presumirem-se como admissíveis os demais. A tendência jurisprudencial sempre foi pela aceitação do instituto, dentro do princípio civilista de que se tem por permitido tudo aquilo que a lei não proíbe, ressalvada a aferição de legalidade em cada caso concreto, nas hipóteses de venda de voto ou sujeição deste à vontade dos administradores.

Na Espanha, a tendência doutrinária e jurisprudencial sempre foi pela aceitação das convenções, tanto de voto, quanto de bloqueio. Vem de lá uma das principais e pioneiras obras sobre o instituto, *La Sindicacion de Acciones*, de Antonio Pedrol (1951), que inclusive defende a importante utilidade dos acordos. A Lei das Sociedades Anônimas de 1971 foi omissa a respeito, sendo que uma Circular da Direção do Contencioso Espanhol de 1968 fixou expressamente a admissibilidade dos acordos de voto e bloqueio.

Na América Latina, países como Argentina, Bolívia, Chile e Uruguai utilizam comumente o instituto, cuja validade é aceita à luz do direito obrigacional, sem previsão legal específica. Na Colômbia, Paraguai, Peru e Venezuela, não são previstos na lei e nem largamente utilizados na prática societária.

Na Inglaterra, país da *common law*, o instituto não só sempre foi aceito como muito utilizado e desenvolvido na vida empresarial. Há naquele país o *voting agreement*, figura contratual cuja força vinculante a ju-

risprudência tem reconhecido como superior aos próprios estatutos sociais².

Nos EUA, as sociedades anônimas são objeto de leis específicas nos diversos Estados. Essas leis, em regra, limitam-se a disciplinar a constituição da sociedade e seus aspectos funcionais, nada dispendo sobre os acordos de acionistas. Todavia, lá as convenções de voto e bloqueio são amplamente utilizadas e aceitas, a menos que tenham fins ilícitos ou visem a alijar minorias. Assumem tais convenções as formas do *pooling agreement*, de caráter contratual e destinado a organizar grupos de controle. Já os *shareholders' agreements* objetivam regular a eleição de administradores. E há ainda a figura do *voting trust*, modelo corporativo de representação de minorias nas grandes companhias, caracterizando uma forma mais aberta do sindicato de voto europeu. Prestigia-se, no direito norte-americano, a plena eficácia dos acordos de acionistas, por meio da *mandatory injunction*, ordem do juiz dada diretamente à parte para que cumpra o pactuado.

Como síntese desse panorama do acordo de acionistas no direito estrangeiro, observa-se que a maioria dos países utiliza o instituto, o qual assume também formas corporativas, como os sindicatos acionários ou os *voting trusts*, entidades despersonalizadas que congregam determinados acionistas e representam seus interesses junto à companhia.

Mas esses países, em sua maioria, não cuidam de uma disciplina legal dos acordos de acionistas, admitindo sua celebração à luz do direito obrigacional comum e deixando a aferição de sua licitude para os casos concretos, em que se repele o uso do instituto para venda de voto ou alijamento de minorias.

4. Evolução no direito brasileiro

No direito brasileiro anterior à Lei das S/A de 1976, não havia previsão legal sobre os acordos de acionistas. Assim, destaca-

vam-se duas correntes doutrinárias a respeito. Uma admitindo a validade do acordo como negócio jurídico fundado no direito das obrigações e válido dentro do princípio privatista de que está permitido tudo o que a lei não proíbe. A eventual ilicitude ficava reservada ao exame de casos concretos pelos Tribunais nas hipóteses de venda do voto ou das convenções permanentes. Outra corrente repudiava o acordo de acionistas, por constituir pacto que retirava das assembléias sua função institucional de fórum de debates, fazendo prévias todas as resoluções dos signatários. Não se negava a validade *inter partes*, do negócio, mas apenas sua oponibilidade à companhia. Assim, os votos contrários aos acordos eram válidos perante a sociedade, vigorando o princípio da “impenetrabilidade das convenções de voto nas sociedades”, como expressava Pontes de Miranda.

Apesar disso, os empresários utilizavam-se intensamente dos acordos de acionistas na prática societária, inclusive no setor público, notadamente com as participações do então BNDE em companhias privadas na década de 60, além da formação das *joint ventures* com empresas estrangeiras.

Diante de tal realidade e considerando o interesse econômico envolvido, o legislador brasileiro resolveu pôr fim à controvérsia, prevendo expressamente os acordos de acionistas no art. 118 da Lei nº 6.404/76, em que se fez questão de estabelecer o discutido dever de observância da companhia aos acordos nela registrados.

Essa regulamentação legal do instituto merece aplausos quanto à “previsão” da legalidade dos acordos de acionistas, pon-do fim à polêmica até então existente a respeito. Na doutrina, o texto brasileiro é ainda hoje elogiado como sendo “uma das primeiras leis que de maneira direta trata da matéria, antecipando-se, inclusive, ao projeto de sociedade anônima européia” (CARVALHOSA, 1998, p. 455), no qual se inspirou. Mas talvez não se possa dizer o mesmo quanto à disciplina regulamentar

para os acordos, veiculada na Lei de 1976. Isso porque, cuidando-se de instituto ainda não completamente sedimentado na doutrina e na jurisprudência pátrias, essa regulamentação vertical não trouxe perfeita solução para diversas questões decorrentes da utilização dos acordos, como se verá, ensejando as sugestões de mudanças que se farão ao final deste breve estudo.

5. Natureza jurídica do acordo de acionistas

Não há mais dúvidas no direito brasileiro de que o acordo de acionistas tenha a natureza jurídica de um contrato, cuja fonte imediata é a Lei das S/A e a mediata o direito das obrigações.

Em nosso sistema legal, o instituto previsto não é uma figura corporativa, como o sindicato acionário europeu ou o *voting trust* norte-americano, em que se forma autêntica subsociedade dentro da companhia, liderada por um síndico ou *trustee*, que representa os acionistas nas assembléias e cuida de seus interesses perante a companhia³.

Aqui o que há é um contrato, cuja fonte formal, conforme dito, é o direito societário e a material o das obrigações. Como negócio jurídico, orienta-se pelo preceito do art. 82 do Código Civil, devendo possuir agentes capazes, que sejam acionistas de uma mesma companhia; objeto lícito, referente a um pacto sobre legítimo exercício do direito de voto, compra e venda de ações ou outra estipulação lícita relativa à titularidade das ações; e adotar ainda forma escrita, para que possa ser registrado na companhia, pelos procedimentos de arquivamento e averbação.

Desse modo, o acordo de acionistas é contrato, típico ou nominado, porquanto previsto pela legislação societária. E é contrato civil, posto que suas partes não são comerciantes no exercício da profissão de mercancia, mas apenas acionistas de uma mesma companhia regulando o exercício dos direitos decorrentes de suas ações.

O acordo de acionistas depende da companhia para existir. Entretanto, isso não cria vinculação necessária entre ele e os atos constitutivos da sociedade. Com efeito, o acordo de acionistas contém declarações de vontade dos sócios sobre direitos e obrigações de sua esfera privada que, além de poderem não ser comuns à totalidade dos demais acionistas, têm conteúdo distinto das declarações presentes no estatuto social. Acresça-se a isso que a companhia não é parte nesse pacto acionário. Por tais razões, o acordo de acionistas é um contrato *parasocial*, ou seja, celebrado sem a interveniência da sociedade e alheio a seus atos constitutivos e alterações posteriores.

Esse contrato nominado, civil e parassocial é também preliminar. Sabe-se que os contratos preliminares caracterizam-se por não conterem uma operação jurídica efetiva, mas apenas a promessa de fazê-la, como no instrumento particular de promessa de compra e venda de imóvel, cuja alienação fica ainda pendente da escritura pública. O que o acordo de acionistas contém é, em regra, uma promessa de contratar futura compra e venda de ações na forma preestabelecida, ou de emitir declaração de vontade correspondente ao voto nas assembléias gerais da companhia. O caráter de contrato preliminar do acordo de acionistas tem fundamental importância no que pertine à sua execução específica.

Além de contrato nominado, civil, parassocial e preliminar, o acordo de acionistas é também plurilateral, pois nele as partes não se enfrentam com interesses concorrentes, como numa compra e venda. Ao contrário, tal qual ocorre com o contrato de sociedade, no acordo de acionistas as partes têm interesses comuns quanto ao exercício conjunto e pré-ajustado de seus direitos junto à sociedade. Diz-se que essa classe dos contratos plurilaterais é gênero que tem como espécies os contratos de associação ou organização, os quais, a seu turno, têm como subespécies distintas os contratos de sociedade e os acordos de acionistas.

Tullio Ascarelli (1969, p. 271-283) sintetiza os principais elementos da plurilateralidade contratual como sendo: *a*) intervenção de duas ou mais partes; *b*) reciprocidade simultânea de direitos e obrigações entre todos os contratantes e não apenas entre dois deles; *c*) declaração sucessiva de vontades dos aderentes para formação do contrato; *d*) impossibilidade de que vícios individuais de vontade comprometam a validade de todo o negócio jurídico; *e*) objetivos contratuais comuns e não concorrentes (*comunhão de fim*); *f*) instrumentalidade, que faz das obrigações das partes premissa para uma atividade ulterior (a empresa); e *g*) o caráter *aberto* do contrato, traduzido na “permanente oferta de adesão a novas partes e possibilidade de desistência de quantos dele participem, sem necessidade de reforma do contrato”.

A plurilateralidade é também, ao lado da bilateralidade e da unilateralidade, uma classificação dos contratos quanto aos efeitos que deles decorrem para as partes. Assim, se o acordo de acionistas possui várias partes, e todas têm obrigações, ele é plurilateral nesse sentido. Se só envolve duas partes, que têm obrigações sinalagmáticas, é bilateral. E se só uma parte assume obrigações frente às demais, o acordo é unilateral. Nessa última hipótese, enquadram-se os casos em que a outra parte só tem encargos (v.g. indicar os administradores a serem eleitos). Mas é de se repelir a cláusula potestativa, que submeta uma das partes ao arbítrio da outra (v.g. direito do minoritário de exercer a retirada a qualquer tempo e sem motivo).

Para Modesto Carvalhosa (1998, p. 466, 475), só o acordo de voto tem a natureza parassocial e plurilateral. O acordo de bloqueio seria contrato tipicamente bilateral, de caráter patrimonial, com prestações sinalagmáticas, que admitem exceção de não cumprimento. Embora repete correta a observação de nosso maior mestre no assunto, penso que pode estar presente a plurilateralidade no acordo de bloqueio, na medida em que o objetivo da restrição de transferência

das ações é comum a vários acionistas e pode ser violado por apenas um deles, sem prejuízo de permanência e exigibilidade quanto aos demais.

Em síntese do exposto, o acordo de acionistas possui a natureza jurídica de negócio jurídico de direito privado, sendo um contrato civil, nominado, parassocial em relação à companhia, preliminar, plurilateral quanto aos interesses que congrega, podendo ainda ser plurilateral, bilateral ou unilateral quanto às obrigações que impõe às partes.

6. Alternativa às holdings

Quando se fala em acordo de acionistas, é necessário que se faça especial menção à chamada sociedade *holding*. Ela não constitui propriamente instituto afim do acordo de acionistas, nem com ele se confunde, mas por vezes é utilizada para as mesmas finalidades. A *holding* é a sociedade de participação, uma pessoa jurídica cujo capital é integralizado com as ações ou quotas de sociedade operativa. Com isso, os acionistas ou quotistas deixam de ser sócios desta última, para sê-lo apenas da *holding*, que passa à condição da efetiva controladora da sociedade operativa.

O mecanismo de controle da *holding* é diferente daquele exercido por meio do acordo de acionistas, pois o centro de decisões transfere-se para a pessoa jurídica controladora, perdendo os acionistas os direitos individuais que tinham na sociedade original. Além disso, com a *holding*, um minoritário da sociedade operativa, v. g. com 31% do capital, pode tornar-se controlador desta se fizer uma *holding* com outro que detenha 20%, pois será o majoritário na *holding*. Outro aspecto relevante é o de que, na *holding*, as ações da sociedade controlada passam à titularidade da pessoa jurídica controladora, sendo, com isso, definitiva a transferência feita pelos acionistas originais.

Por tais razões, a doutrina estrangeira repudia a utilização desse instituto para o

exercício do controle pré-constituído. E, nessa linha, o Legislador brasileiro de 1976, na exposição de motivos da Lei das S/A, apresentou o acordo de acionistas exatamente como alternativa à *holding*, evitando o inconveniente da transferência definitiva das ações para a sociedade controladora, com a perda pelo acionista da sua condição de sócio da companhia principal e operativa.

Mas, por outro lado, a Lei acionária não fixou prazo máximo de vigência para os acordos de acionistas. Diante disso, são comuns no Brasil os acordos por 30, 40 e 50 anos, ou mesmo por prazo indeterminado que, na prática, acabam tendo o mesmo efeito da indigitada *holding*. Trata-se, pois, de típica questão que mereceria ser contemplada em futura reforma da Lei 6.404/76.

7. Acordo de quotistas

Um instituto que vem sendo crescentemente utilizado na prática e sobre cuja legalidade há algumas discussões é o acordo de quotistas de sociedade limitada. Afinal, seria esse tipo de ajuste admissível no sistema positivo brasileiro?

José Alexandre Tavares Guerreiro já sustentou que não, pois, embora o problema pudesse, em princípio, ser resolvido pela aplicação analógica do art. 118 da Lei das S/A à disciplina das sociedades por quotas, a existência da norma do art. 302, 7, do Código Comercial impediria a existência de acordos de quotistas em nosso direito. Isso porque dita norma estabelece que o contrato social deve conter todas as cláusulas e condições necessárias a se determinar com precisão os direitos e obrigações dos sócios entre si e para com terceiros, sendo nula toda cláusula ou condição oculta, contrária ao contido no instrumento ostensivo do contrato ([s.d.], p. 102).

Modesto Carvalhosa, instado a manifestar-se sobre o tema em conferência proferida no Rio de Janeiro, noticiou a intensa utilização prática do instituto e sua viabilidade por aplicação subsidiária da Lei das S/A à

sociedade limitada, observando-se os requisitos do art. 118 da Lei societária (1993, p. 250).

Quando abordei o assunto em estudo anterior, posicionei-me nessa linha, destacando, com base na doutrina italiana, que, no acordo de quotistas, o sócio faz declarações de vontade como titular de seu patrimônio particular e não apenas como membro da sociedade. Assim, nada impede que ele disponha segundo lhe aprouver sobre seus direitos pessoais de votar e transferir quotas, desde que dentro dos limites do contrato social.

Desse modo, aplicando-se subsidiariamente o art. 118 da Lei das S/A à sociedade limitada, é válido o acordo de quotistas que, para escapar de eventual caráter oculto repudiado pelo art. 302, 7, do C.Com., deve ser arquivado na sede da sociedade e no Registro do Comércio, já havendo casos desse tipo de arquivamento na JUCEMG (BARBI, 1993, p. 57).

Examinando posteriormente o tema, Waldírio Bulgarelli compilou essas posições doutrinárias para constatar a validade dos acordos de quotistas, ressaltando apenas que sua conclusão não decorre dos mesmos fundamentos. No seu entender, o acordo de quotistas é válido apenas entre seus signatários, sendo inoponível à sociedade e a terceiros, porque seu objetivo não é infletir sobre o contrato social para modificá-lo, pouco importando, assim, que seja ou não oculto. É, portanto, apenas um negócio de efeitos *inter-partes*, as quais respondem por eventuais danos que causarem a terceiros, pois, de acordo com o art. 16 do Decreto nº 3.708/19, as “deliberações dos sócios, quando infringentes do contrato social ou da lei, dão responsabilidade ilimitada àqueles que expressamente hajam ajustado tais deliberações”. Mas, se obedecer o regime do art. 118 da Lei das S/A e for arquivado na sede da sociedade, aí será oponível à sociedade e a terceiros (1995, p. 49).

Deve-se atentar ainda para que a utilização do acordo de quotistas tenha em vis-

ta sua finalidade prática. Parece-me inócuo, por exemplo, um acordo de que participem todos os quotistas da sociedade, se suas estipulações, sendo lícitas e compatíveis com o contrato social, poderiam constar dele próprio.

Não obstante, é possível que haja utilidade jurídica para os acordos realizados pela unanimidade ou mesmo maioria dos quotistas, quando o objetivo do pacto parassocial seja regular interesses particulares dos acordantes, perfeitamente lícitos, mas cuja menção no contrato social revelasse incompatível com a natureza deste ou com o sigilo comercial. Seriam os casos de estipulações sobre escolha dos administradores, fornecimento de tecnologia, política de distribuição de lucros etc.

Em suma, o acordo de quotistas é válido no direito brasileiro, devendo, para sua regularidade e segurança, ser arquivado na sede da sociedade e no Registro do Comércio.

Entretanto, a ausência de previsão legal específica sobre o instituto, como visto, enseja dúvidas sobre sua efetiva validade. Assim, na reforma da Lei das S/A, poder-se-ia fazer menção à admissibilidade dos acordos de acionistas em outros tipos societários.

8. Partes no acordo de acionistas

Em matéria de acordo de acionistas, é importante não se confundirem partes com sujeitos. O contrato pode ter duas partes, isto é, dois centros de interesses, mas cada centro ser constituído por vários sujeitos. De outro lado, o acordo que tem apenas duas partes é também plurilateral, na medida em que encerra um objetivo comum perseguido por ambas (v.g. a manutenção do controle), admitindo-se sempre o ingresso de outras partes com os respectivos sujeitos, para aderir ao mesmo objetivo.

Nesse sentido, é comum que os acordos sejam firmados por diferentes “grupos” de acionistas, de natureza familiar ou empre-

sarial, constituindo cada “grupo” uma parte, com seu respectivo núcleo de interesses, contando com vários sujeitos, pessoas naturais ou jurídicas, que o integram.

Para uma análise teórica, poder-se-ia cogitar, quanto às partes do negócio, de acordos entre acionistas, entre acionistas e terceiros, entre acionistas e a sociedade ou seus administradores, e entre acionistas e fundadores.

Os acordos entre acionistas, dentro do preceito geral do art. 82 do Código Civil, exigem que seus sujeitos, se pessoas naturais, sejam legalmente capazes ou estejam devidamente representados ou assistidos para manifestar sua vontade, devendo as pessoas jurídicas possuírem regular representatividade na forma dos seus contratos ou estatutos sociais.

A doutrina admite que sejam partes nos acordos de acionistas pessoas que assumem a titularidade transitória das ações por gravames como o usufruto e o fideicomisso. Inicialmente, posicionei-me contra isso, considerando que essas pessoas seriam terceiros, e não acionistas, violando a dicção literal do art. 118 da Lei (BARBI, 1993 p. 83-84). Entretanto, hoje vejo que tal objeção não tem sentido, pois, se o usufrutuário e o fiduciário não são acionistas, estão na titularidade dos direitos destes, e nada obsta que firmem o contrato previsto no art. 118 da Lei das S/A. Mas a literalidade da Lei, que fala em “acionistas”, dá margem a essa dúvida, sendo válido esclarecer-se esse aspecto em uma reforma do texto do art. 118.

Nada impede, da mesma forma, que acionistas subscritores, cujas ações ainda não foram integralizadas, possam firmar acordos, pois já adquiriram a condição de acionistas no ato da subscrição, podendo exercer seus respectivos direitos enquanto não suspensos por assembleia (art. 120).

Os acordos entre acionistas e terceiros são admitidos no direito europeu. No caso brasileiro, há vários exemplos desses ajustes como cláusulas acessórias a contratos de compra e venda de ações ou de mútuo.

Em princípio, são negócios jurídicos válidos, cuja eventual ilicitude só poderá ser aferida em cada caso concreto, mas não constituem “acordo de acionistas”, contrato tipificado no art. 118 da Lei societária, com regime próprio ali previsto. Assim, contratos entre acionistas e terceiros são válidos entre seus signatários, mas inoponíveis à companhia e a outros acionistas, não podendo ser arquivados na sociedade para os fins do art. 118. A alternativa apontada na doutrina é, no caso de contratos celebrados, por exemplo, entre acionistas e credores, que aqueles firmem acordo entre si para assegurar, no âmbito da companhia, os direitos que pretendem conferir aos credores. Mas tais ajustes não podem configurar mecanismo de controle externo da sociedade, sob pena de nulidade (CARVALHOSA, 1998, p. 468-469).

Não se admitem acordos entre acionistas e a companhia, a qual não é parte legítima nesses pactos, como pacificado nos direitos europeu e brasileiro. Só se teve notícia desse tipo de pacto na Alemanha do período entre guerras, quando os acordos eram utilizados para se estabilizar a gestão das companhias. Atualmente, não se concebe mais que a sociedade possa ser parte na convenção, embora ela assuma pela Lei uma série de funções na sua implementação, previstas, no caso brasileiro, no próprio art. 118 da Lei das S/A. É até comum, na prática societária, que a companhia figure como interveniente no acordo, para dela se exigir observância ao pacto já prevista em Lei. Tal providência, contudo, não faz da sociedade parte do negócio, nem supre o ato de seu arquivamento, destinado a dar publicidade presumida ao acordo, como se verá adiante.

São ilícitos ajustes entre acionistas e administradores que não sejam acionistas, nos quais se pactuem regras sobre questões de interesse da administração. Quando os administradores forem também acionistas, poderão obviamente firmar acordos, desde que neles só se ajuste voto sobre declarações de vontade (v.g. eleição de administradores) e não sobre declarações de verdade

(v.g. aprovação de contas da administração). São ilegais quaisquer estipulações para concessão de benefícios especiais pelos administradores a determinados acionistas, em troca da eleição daqueles, pois isso configura venda de voto. Lamentavelmente, existem muito na prática tais contratos, sempre mascarados sob outras formas.

Sobre os acordos entre acionistas e fundadores que não sejam também acionistas ou tenham apenas a possibilidade de vir a sê-lo mediante, por exemplo, a conversão em ações de suas partes beneficiárias, parece-me que se aplica o preceito geral de que são negócios jurídicos estranhos ao art. 118 da Lei das S/A, cuja legalidade tem de ser aferida em cada caso concreto pelo direito obrigacional comum.

9. Objeto do acordo de acionistas

O art. 118 da Lei das S/A especifica uma tipicidade de objeto para os acordos de acionistas, estabelecendo que “os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, ou exercício do direito de voto, deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede”.

A conclusão uniforme da doutrina brasileira sobre tal disposição da Lei é de que o atendimento a essa tipicidade de objeto, presente na maioria dos acordos de acionistas, gera para a companhia a obrigatoriedade de observância do ajuste. Isso, todavia, não exclui a possibilidade da existência de acordos com outros objetos, como, v.g., a obrigação de não comparecimento de preferencialistas sem direito a voto às assembleias, a implementação de programas tecnológicos ou gerenciais, os critérios para a escolha de administradores etc. Apenas, esses acordos, com objetos extravagantes aos tipificados no art. 118, como seriam os casos de pactos sobre critérios de decisões no âmbito do Conselho de Administração, reorganização empresarial e limitação de responsabilidade pessoal por dívidas sociais (CARVALHO-

SA, 1998, p. 463), não são oponíveis à companhia que pode, em tese, até recusar seu arquivamento.

Por isso, seria oportuno que, em uma nova reforma da Lei, seu texto fosse mais amplo, referindo-se a acordos sobre o exercício regular de todos os direitos decorrentes da titularidade das ações vinculadas ao pacto, acabando-se com a restrição hoje existente.

Noutro giro, cumpre destacar que há objetos vedados para os acordos de acionistas, como são os casos de (BARRETO, 1982, p. 64):

a) indeterminação de escopo, ou “acordos em aberto”, caracterizados pela inespecificidade do ajuste quanto às matérias ou diretrizes do voto.

b) cessão do direito de voto sem transferência da titularidade das ações;

c) negociação do voto (crime, art. 177, § 2º, Código Penal);

d) violação de direitos essenciais do acionista;

e) violação da legislação antitruste, de proteção à economia popular e aos consumidores;

f) acordo danoso aos interesses da sociedade (art. 115 da Lei das S/A);

g) acordos que tenham por objeto as declarações de verdade (aprovação de contas etc.).

Embora haja, em tese, a possibilidade de acordos de acionistas com objetos lícitos mas diversos dos previstos pela Lei, a prática revela que os escopos de maior interesse são mesmo aqueles referidos no art. 118, quais sejam o voto e a compra e venda de ações. Assim, dentro da tipicidade legal, o acordo poderá ser de voto, quando versar sobre o prévio ajuste para o exercício do voto nas assembleias, ou de bloqueio, quando tiver por finalidade estabelecer regras sobre a compra e venda de ações ou a preferência para adquiri-las.

Normalmente, ao acordo de voto está sempre associado um pacto de bloqueio, para que se assegure a manutenção das po-

sições contratadas. A recíproca já não é verdadeira, ou seja, há muitos acordos de bloqueio sem pacto sobre o voto. A tal propósito, vale referência à observação de Modesto Carvalhosa no sentido de que a *affectio societatis* é elemento essencial ao acordo de voto, mas não ao de bloqueio (1998, p. 464).

9.1. Acordos de voto

A possibilidade de prévio ajuste do voto acionário, retirando da assembleia geral seu caráter de fórum de debates supremo da companhia, foi a princípio muito combatida na doutrina e nos Tribunais. Hoje, contudo, essa resistência já não existe e os acordos de acionistas sobre o direito de voto das suas ações são admitidos em todos os países. Os ajustes de voto são inerentes à própria autonomia privada existente na esfera das relações patrimoniais dos acionistas.

A despeito disso, um pacto sobre voto pode ser válido mas não ter eficácia se, na assembleia geral, alguma circunstância opuser o voto contratado ao interesse social. É o que ocorre, por exemplo, em relação à distribuição de dividendos quando a companhia estiver em dificuldades financeiras. E essa ineficácia incidental justifica-se porque “os efeitos do acordo de voto se produzem na esfera da companhia, afetando-a diretamente, em termos de consecução do interesse social” (CARVALHOSA, 1998, p. 463).

O mesmo acontece quando os acionistas entram em conflito na assembleia sobre a interpretação do acordo e o presidente, não tendo poder jurisdicional, fica impossibilitado de resolver a controvérsia. Daí por que questiono, isolado na doutrina, mas com vivência prática a respeito, o que seja “dever de observância” da companhia aos acordos de voto nela arquivados. Se há controvérsia entre os signatários, o presidente da assembleia não pode decidir qual é o voto contrário ao acordo para deixar de computá-lo. Afinal, ele não é juiz de direito e, portanto, não tem jurisdição para resolver o problema, cabendo-lhe apenas suspender a deliberação, ou devolver o conflito à assem-

bléia, que decidirá por maioria, frustrando o acordo (BARBI, 1993, p. 102-103).

Diante disso, seria importante inserir-se na reforma da Lei a determinação para que a mesa da assembléia limite-se a suspender a deliberação nos casos de controvérsia entre os contratantes do acordo de acionistas. Mas, pelo Projeto em votação no Congresso Nacional, o novo § 9º proposto para o art. 118 da LSA estabelece que “o presidente da assembléia geral ou de órgão de deliberação colegiada da companhia não computará o voto proferido com a infração a acordo de acionistas devidamente arquivado”. Com o devido respeito, é de se insistir na seguinte pergunta: como pode presidente da assembléia decidir o que seja juridicamente “voto proferido com infração ao acordo”, se ele não tem poder jurisdicional?

O acordo de voto será de comando ou controle, quando se destina à obtenção ou manutenção do mando na companhia. Tal acordo pode dar-se entre grupos que isoladamente não detêm o controle e se reúnem para tanto por acordo de voto (art. 116), ou entre o acionista controlador e um minoritário que àquele se une para assegurar determinadas posições. São os casos, por exemplo, de quem aliena o controle e quer manter prerrogativas junto ao novo controlador, ou do majoritário que deseja vender um bloco de ações sem perder o controle, mas assegurando ao adquirente determinadas vantagens políticas, de modo a que este se interesse pela aquisição⁴.

O exercício do voto contratado e a preponderância nas deliberações da assembléia geral se fazem por meio da especificação no acordo das matérias que deverão ser objeto de voto uniforme. Dita especificação é fundamental, pois não se admitem acordos “em aberto”.

Os mecanismos para a definição do voto variam. É comum a previsão de reuniões prévias entre os signatários para decidirem o sentido do voto conjunto, quase uma “assembléia antecipada”, com lavratura da ata respectiva, que passa a fazer parte integran-

te do acordo. Nessas reuniões, as deliberações podem ser pactuadas por quorum qualificado ou unanimidade. Na segunda hipótese, a ausência de consenso implica a obrigação de votar pela reprovação da matéria, mantendo-se o *status quo*, ou então, a obrigação de não votar, o que dá uma espécie de “efeito suicida”, pois os acionistas não signatários poderão preponderar na deliberação respectiva da assembléia. É possível prever-se ainda que, na ausência de consenso, cada signatário seja liberado para votar como quiser, o que acaba frustrando o objetivo do pacto e permitindo coligações de última hora.

Outro modo de contratação do voto é o de veto, ou seja, as partes só podem votar uniformemente em determinadas matérias ou então reprová-las. A consequência disso é que, estabelecido o *status quo* quando da celebração do acordo, uma das partes sempre poderá vetar qualquer mudança na sociedade, criando autêntica ditadura da minoria dentro do acordo. Esse modelo era muito utilizado para dar segurança às participações estrangeiras em companhias nacionais nos anos 60 e 70, fomentadas pelo então BNDE, antes mesmo da regulamentação do acordo de acionistas no Brasil (CARVALHOSA, 1998, p. 454).

Nessa linha, os acordos que exijam unanimidade em reuniões prévias de acionistas, ou atribuam direito de veto a alguns deles, não podem versar sobre questões de gestão ordinária da sociedade, assim entendidas aquelas objeto das AGO's (art. 132), como destinação do lucro líquido do exercício, distribuição de dividendos, eleição de administradores ou fiscais e correção monetária do capital, se vigente, sob pena de que a minoria venha a inviabilizar, pelo acordo, o próprio funcionamento da sociedade.

Na eleição de administradores por acordo de acionistas, as partes em geral asseguram-se o direito de indicar determinado número de conselheiros e/ou diretores, apresentando seus nomes aos demais sig-

natários, que não poderão recusá-los, a não ser por desatendimento às exigências legais de exercício do cargo. Logo, é possível, pelo menos em tese, entre outros casos, a recusa do nome de administrador comprovadamente inapto, do ponto de vista moral ou técnico, pois sua eleição caracterizaria abuso do poder de controle pelos signatários do acordo de comando (art. 117, § 1º, alínea *d*), da Lei das S/A).

A indicação de administradores pode ser tanto para o conselho de administração, quanto para a diretoria. Nessa última hipótese, havendo conselho na companhia, os signatários indicam nomes de diretores a serem eleitos por aquele órgão e não pela assembléia. A questão enseja controvérsias.

Na doutrina, Fábio Comparato entende que não se pode regular diretamente a atuação dos administradores como obrigação resultante de acordo de acionistas (1990, p. 180). Já Luiz Gastão Paes de Barros Leães acha admissível a estipulação, desde que o administrador seja também signatário do acordo (1980, p. 263).

Em verdade, o voto que pode ser objeto do acordo é para ser exercido em assembléia e não no âmbito do conselho de administração. O que se pactua, normalmente, é uma cláusula acessória, pela qual os signatários, quando não integrantes dos órgãos de administração, comprometem-se a fazer com que os conselheiros por eles eleitos cumpram o acordo, sob pena de destituição. Ou então que as deliberações não unânimes do conselho sejam submetidas à assembléia geral, na qual prevalece o acordo de acionistas. A despeito dessas alternativas contratuais, a jurisprudência vem entendendo que, em companhias fechadas, é válida e exigível a cláusula do acordo de acionistas que prevê o direito dos signatários à indicação de diretores, cuja eleição deve ser efetivada pelo conselho de administração⁵.

Em vista dessa polêmica, parece-me importante que, na reforma da Lei, fique claro que as estipulações do acordo de acionistas devam ser cumpridas pelos repre-

sentantes dos signatários nos órgãos de administração.

O chamado acordo de defesa é um pacto de voto que se destina ao exercício coeso da participação minoritária, congregando percentuais acionários mínimos para o exercício de direitos assegurados na Lei, como o pedido de exibição judicial de livros; o voto múltiplo; a eleição de representantes de preferencialistas ou minoritários no conselho fiscal etc. Vale lembrar a propósito que os conceitos de minoria e maioria na S/A são relativos. Assim, um acordo de preferencialistas pode reunir a maioria do capital social total e ser pacto de defesa, por não congregarem o capital majoritário votante, mas apenas viabilizar o exercício de direitos assegurados em Lei aos minoritários.

Se o acordo de defesa funcionar como instrumento de oposição inoperante, sistemática e emulatória, sua validade pode ser discutida à luz do art. 115 da Lei das S/A, por regular votos contrários aos interesses sociais. Questionável também é a validade dos acordos de defesa que não tenham objeto definido, destinando-se apenas a formar uma minoria coesa que possa barganhar benefícios com os controladores.

Quanto aos acordos sobre política de reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos, além de suas disposições deverem ser anualmente informadas ao público (art. 118, § 5º), vale destacar que não podem tais pactos estabelecer um “regime” de reinvestimento ou repartição de lucros, conflitante com o estatutário, mas apenas fixar uma “política”. E, se essa política prejudicar minoritários, pelo excesso ou escassez na distribuição dos resultados, a eficácia do acordo poderá ser argüida por qualquer acionista, posto que danosa ao interesse social (art. 115) (CARVALHOSA, 1998, p. 484).

9.2. Acordos de bloqueio

Acordo de bloqueio é aquele que tem por objeto a criação de restrições à livre negociabilidade das ações dos signatários, ou seja, estabelece regras sobre a compra e venda e a

preferência para adquirir tais ações. O termo bloqueio vem justamente das limitações impostas às transferências, muitas vezes imprescindíveis ao funcionamento do próprio acordo de voto.

Historicamente, o bloqueio constituiu uma modalidade de acordo cuja licitude não foi questionada, tanto que o estatuto da companhia fechada pode conter restrições à circulação das ações, conforme admitido no art. 36 da Lei brasileira das S/A. A tal propósito, vale registrar que, no conflito entre as regras do acordo e as estatutárias sobre circulação de ações, estas deverão prevalecer, por ser o estatuto a fonte normativa principal da companhia.

A finalidade do pacto de bloqueio é a manutenção ou o aumento das proporcionalidades acionárias dos signatários, evitando que a negociação irrestrita de ações modifique a participação dos contratantes ou permita o livre ingresso de terceiros na sociedade.

Um princípio básico, contudo, é o de que ninguém pode ser obrigado a comprar ou a vender ações pelo simples arbítrio de outro signatário, o que constituiria cláusula puramente potestativa, vedada pelo art. 115 do Código Civil. O que se pactuam são as condições em que eventual compra e venda deva processar-se no que tange à preferência, prévio consentimento, opção, forma de pagamento etc. O acordo de bloqueio não pode vedar a negociabilidade das ações, nem submetê-la ao arbítrio dos controladores ou administradores (art. 36 LSA), mas apenas regulá-la entre os signatários.

O acordo de bloqueio aplica-se à compra e venda de ações, bem como à eventual oneração dos títulos pelos acionistas, por gravames como o usufruto, o penhor ou até a penhora. Nessa linha, podem ser previamente contratadas as condições para constituição de usufruto das ações vinculadas ao acordo, ou mesmo assegurar-se aos outros signatários o direito de substituírem ações oneradas ou constringidas por depósito em dinheiro, assumindo sua propriedade,

para se impedir o risco da alienação a terceiros.

Não se confundem o acordo sobre a preferência na compra de ações e o acordo sobre o direito de preferência na subscrição destas. Questiona-se na doutrina se seria possível o acordo de acionistas sobre esse direito de preferência na subscrição, que, a teor do art. 109, IV, da Lei das S/A, não pode ser excluído pela assembléia nem pelo estatuto (MARTINS, 1984, p. 122). A meu ver, como a própria Lei admite a exclusão (art. 172) e a cessão (art. 171, § 6º) desse direito, nada impede seja ele objeto de acordo de acionistas. Na jurisprudência, tende-se a aceitar acordos com tal objeto⁶. O que se repudia é a ampliação – e não a restrição – do direito de preferência para subscrição por força de acordo de acionistas. A propósito, o STJ julgou que “a preferência para o aumento de capital não pode ser levada além do seu raio de ação, para assim ampliar o privilégio legal e isso por força de simples acordo ou negócio feito entre acionistas”⁷.

Os acordos de bloqueio aplicam-se também às companhias abertas, ao contrário do que se poderia inferir do texto do art. 36 da Lei das S/A. Entretanto, as ações a ele vinculadas não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão (art. 118, § 4º). A sociedade não pode proceder à inscrição de gravames ou à transferência de ações com desobediência a acordo de bloqueio averbado em seus livros de registro de ações. Esse me parece o melhor exemplo do “dever de observância” do acordo pela companhia, previsto no *caput* do art. 118.

Os acordos de bloqueio podem estabelecer basicamente:

- preferência na compra e venda de ações, obedecendo-se a um rito de oferta pactuado, sendo possível também, como visto, o acordo sobre a cessão do direito de preferência na subscrição de novas ações;
- opção de compra de ações outorgada a algum signatário;
- prévio consentimento para alienação, condicionado a requisitos objetivos e rigo-

rosos para a recusa de eventual adquirente, que não pode ser baseada exclusivamente no *intuitu personae*;

– promessa de compra ou de venda de ações, por preço preestabelecido, na ocorrência de determinadas hipóteses contratadas, como a perda do controle, a não participação nos órgãos de administração etc.

A efetivação prática e a observância do acordo de bloqueio é mais simples, pois, estando o instrumento averbado nos livros de registro de ações da companhia, o signatário não conseguirá junto a esta proceder a transferências ou onerações em desobediência ao pactuado.

10. Forma do acordo de acionistas

A Lei societária não exige expressamente qualquer forma para o acordo de acionistas. Entretanto, suas características e a disciplina que lhe impõe o art. 118 recomendam-lhe a forma escrita.

Com efeito, sendo uma avença de considerável complexidade e que deverá ser arquivada na sede da companhia, para lhe ser oponível, e averbada em seus livros de registro de ações, para valer contra terceiros, só um instrumento escrito constitui prova adequada da existência do acordo de acionistas. Se o acordo existir sem instrumento escrito e puder ser provado, terá, em tese, até validade *inter-partes*, mas não poderá ser oponível à companhia, nem a terceiros.

Uma vez adotada a forma escrita, o acordo deverá atender, como os negócios jurídicos em geral, aos requisitos do art. 135 do Código Civil, no que se refere ao reconhecimento de firma das partes e ao testemunho de duas pessoas.

Nomes de peso na doutrina (CARVALHOSA, 1984, p. 80. No mesmo sentido, COMPARATO, 1981, p. 54) sustentam que qualquer documento suscetível de arquivamento, como cartas, declarações etc. podem constituir acordo de acionistas. Contudo, considerando a natureza de contrato preli-

minar dessas convenções, que se sujeitam até a execução específica (art. 118, § 3º LSA), seu instrumento deve conter os requisitos mínimos do pré-contrato de declaração de vontade sobre o voto ou compra e venda, para que, com base nele, possa-se obter em juízo sentença que substitua a vontade não manifestada (arts. 639 e 641 do CPC).

De outro lado, como dito, só o acordo de acionistas formalizado por instrumento escrito pode submeter-se ao registro que lhe é próprio, realizado junto à companhia, em seus respectivos livros, gerando dever de observância pela sociedade e oponibilidade a terceiros.

Por tais razões, a Lei deveria exigir a correta formalização e instrumentalização do acordo para se evitar esse tipo de discussão.

Quanto ao registro do contrato, a própria Lei prevê seus mecanismos de efetivação, que são o arquivamento na sede da companhia e a averbação nos livros de registro e certificados de ações. Por isso, revela-se ineficaz, para fins de produção de efeitos junto à sociedade, o registro do acordo de acionistas em cartório de títulos e documentos. É a companhia, por delegação legal de função pública, o local de registro de contrato.

As sociedades anônimas possuem, no âmbito de sua competência, função delegada de registro público para os atos que a Lei lhe manda registrar, tendo que deles emitir certidões e assumir as responsabilidades respectivas, sendo que a negativa enseja recurso administrativo para a CVM nas companhias abertas e até mandado de segurança. Entretanto, conforme o vigente art. 100, § 1º, da Lei das S/A, a obrigação da companhia de fornecer certidões de seus assentamentos circunscreve-se àqueles constantes de seus livros de registro e transferência de ações e partes beneficiárias, “desde que se destinem a defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal, dos administradores ou do mercado de valores mobiliários”.

Assim, a sociedade é obrigada a emitir certidões relativas à existência de acordos

de acionistas averbados em seus livros de registro de ações, quanto às eventuais restrições para circulação destas, mas não fica sujeita a fornecer a terceiros certidões de inteiro teor desses acordos, sob pena de se invadir a esfera privada dos signatários.

Ao mesmo tempo, como bem anota Modesto Carvalhosa, prevendo a Lei, no art. 118, § 5º, a obrigação da companhia de informar, no relatório anual, sobre as disposições constantes dos acordos de acionistas quanto a política de reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos, conclui-se, a *contrario sensu*, que quaisquer outras disposições constantes do acordo não precisam ser reveladas a terceiros (1998, p. 484), exceto, como dito, as de circulação das ações.

Todavia, essa distinção não está clara no vigente texto da Lei e mereceria ser esclarecida em sua eventual reforma.

10.1. O arquivamento

O arquivamento destina-se a criar para a sociedade o dever de observar o acordo. Ele é o depósito, para guarda pela companhia, de uma via do acordo de acionistas, de modo a que ela submeta-se à obrigação de observância do pacto, prevista em Lei.

Na doutrina, em face da disposição literal do art. 118 da LSA, sustenta-se que o arquivamento destina-se apenas ao acordo de voto, cujo cumprimento deverá ser resguardado pela companhia, não se computando nas assembléias votos contrários à convenção. Seguindo tal diretriz de entendimento, o Projeto de reforma da Lei, em trâmite no Congresso Nacional, prevê um § 12 para o art. 118, estabelecendo que “à companhia será assegurado um prazo de 15 (quinze) dias, da data do arquivamento do acordo de acionistas em sua sede, para solicitar esclarecimentos sobre cláusulas e condições que não estejam suficientemente claras para efeito de observância do seu cumprimento”. Na mesma linha, o Projeto propõe também um § 11, dispondo que “os acionistas vinculados a acordo de acionistas deverão indicar, no ato de arquivamento do acordo,

um representante para comunicar-se com a companhia, para prestar ou receber informações, quando solicitadas”.

Essas alterações visam a que a companhia obtenha dos próprios acionistas a exegese sobre questões duvidosas do acordo, para então prestar-lhe observância. Embora a idéia seja válida, a questão pode não se solucionar tão simplesmente. Isso porque, havendo conflito entre os signatários do acordo durante a assembléia, se a matéria ensejar qualquer indagação não prévia e expressamente esclarecida pelos próprios acionistas, a sociedade não terá poder jurisdicional para decidir a controvérsia e deixar de computar votos que entenda “contrários” ao pactuado. Esse discutido dever de “observância” do acordo pela companhia carece ainda de maior maturação doutrinária e jurisprudencial, sendo talvez precoce uma mudança legislativa vertical tendente a defini-lo. Assim, como já dito, penso que, diante de eventual impasse, o presidente da mesa deve suspender a deliberação, remetendo os interessados às vias conflituais próprias (Judiciário ou arbitragem), ou, no máximo, devolver o problema à assembléia, para que esta decida por maioria.

A efetiva atribuição implementadora que a companhia tem no acordo de acionistas é funcionar como órgão de registro do contrato. Dessa forma, o arquivamento está indissociavelmente ligado à averbação. Ele é uma providência básica para vinculação da sociedade aos termos do acordo; é o ato pelo qual a companhia toma ciência formal da convenção e promove então sua averbação nos livros de registros de ações. Não me parece que esse ato seja validamente substituído pela interveniência da sociedade no acordo, figura sem previsão no art. 118 da LSA.

Na jurisprudência há o entendimento de que, se a companhia vem respeitando e fazendo cumprir o acordo, considera-se que ele está nela arquivado, à falta de disciplina legal a respeito do arquivamento, que se tem então por presumido⁸. De outro lado, há também julgados concluindo que o acordo não

arquivado pode ser válido entre as partes, mas não é oponível à companhia nem a terceiros⁹.

A forma de se efetivar o arquivamento não é prevista na Lei. Por isso, deve-se utilizar como parâmetro a legislação de registros públicos. Logo, são órgãos competentes para arquivamento do acordo de acionistas o que cuida do registro das ações ou a diretoria. Se houver instituição financeira encarregada do registro de ações, o arquivamento tem de ser no órgão que se relaciona com essa instituição, ou na diretoria, pois a Lei fala que o arquivamento é na sede da sociedade.

Uma via do documento deve ser entregue à companhia, contra recibo, e esta limitar-se-á ao exame dos aspectos formais do acordo, determinando sua eventual adequação. Em doutrina, Fábio Comparato sustenta que o arquivamento pode dar-se por simples notificação à sociedade, diante da ausência de outra forma legal (COMPARATO, 1981, p. 62. Ver CARVALHOSA, 1998, p. 482). Mas vale lembrar que, nos Tribunais, já se decidiu que o mero recebimento do acordo de acionistas para custódia pela companhia não significa arquivamento do contrato no sentido legal¹⁰.

De modo a se evitarem essas discussões, a Lei deveria prever a forma do arquivamento do acordo, mediante entrega de uma via do respectivo instrumento, contra recibo, à diretoria da companhia, que procederá apenas à conferência dos seus requisitos formais.

10.2. A averbação

A averbação do acordo de acionistas, que a meu ver pressupõe seu prévio arquivamento na companhia, dá-se no livro de registro de ações nominativas (art. 100, I, *f*, da Lei das S/A) e certificados de ações, quando emitidos, como forma de se evitar a negociabilidade dos títulos vinculados ao acordo em desobediência ao nele previsto. Isso gera responsabilidade para a sociedade sobre as transferências realizadas e presunção de publicidade contra terceiros das restrições de circulação pactuadas, sujeitando ambos, sociedade e adquirente, a eventual ação ju-

dicial dos prejudicados, caso haja transferência de ações em desrespeito ao contratado.

Pela averbação, a companhia declara, à margem dos assentamentos de seu livro de registro de ações nominativas e certificados respectivos, a existência do acordo de bloqueio, representando tal declaração que um contrato entre os acionistas restringe a livre disponibilidade dos seus títulos. Podem ser solicitadas certidões da averbação por quaisquer terceiros interessados, “desde que se destinem à defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal, dos acionistas ou do mercado de valores mobiliários.” (art. 100, § 1º, da Lei das S/A).

A companhia é que tem obrigação de efetivar a averbação do acordo. Daí a conclusão de que o arquivamento do pacto constitui-lhe premissa, pois, só a partir daquele ato, nasce o dever de observância do acordo pela companhia, entre cujas conseqüências está a obrigação de averbar o pacto de bloqueio. Assim, existe até arquivamento sem averbação, quando o pacto for só sobre voto, mas não pode haver averbação sem prévio arquivamento¹¹. A Lei deveria prever isso expressamente, para se evitar polêmica a respeito.

Diferentemente do arquivamento, a averbação pode ser feita pela instituição financeira encarregada da escrituração das ações, pois a Lei não exige sua efetivação na sede da sociedade. Mas a responsabilidade perante os acionistas pelas transferências efetuadas é sempre da companhia.

A averbação será dupla no caso das ações nominativas não escriturais, devendo realizar-se simultaneamente no livro de registro de ações nominativas e certificados eventualmente emitidos, sob pena de não serem as restrições de circulação oponíveis a terceiros. Dado o pouco espaço existente nos livros de registro, as averbações se fazem “por simples referência ao contrato, à sua data e à espécie de restrição, se patrimonial ou de voto, ou ambas” (CARVALHOSA, 1998, p. 482).

A averbação gera presunção de publicidade perante terceiros, o que tem significa-

tivo efeito prático, pois ninguém adquire ações vinculadas a acordo de bloqueio, não podendo a companhia transferi-las, em face do seu dever de observância do pacto. E, no caso do bloqueio, esse dever de observância limita-se à verificação de cumprimento das exigências contratuais para a transferência dos títulos. Não há maiores indagações jurídicas, como pode ocorrer quanto ao voto. Eventuais controvérsias exclusivamente sobre o que seja ou não contrário ao acordo de bloqueio devem ser suscitadas ao juiz da vara de registros públicos, onde houver, a menos que envolvam também questões atinentes ao voto, caso em que a competência fica atraída para juízo comum, onde tudo deve ser decidido.

Alienadas ações em desrespeito a acordo de acionistas averbado na companhia, o negócio é anulável, devendo os prejudicados postularem a execução específica do pacto para fazerem valer sua preempção sobre as ações indevidamente alienadas, e até responsabilizar a companhia por eventual omissão.

11. Execução específica do acordo de acionistas

No processo civil brasileiro, a execução compulsória das obrigações descumpridas pode ser por reparação ou específica. Na primeira, o direito do credor é restaurado pela recomposição patrimonial, enquanto na segunda obtém-se especificamente a prestação que o devedor recusou-se a cumprir.

A criação de meios para viabilizar a execução específica ou *in natura* das obrigações assumidas, dando mais efetividade ao processo, é preocupação crescente dos processualistas e do próprio legislador pátrio, haja vista a reforma do Código de Processo Civil de 1994.

A execução por quantia certa é sempre específica, pois nela busca-se o cumprimento da obrigação de pagar um débito. Fora essa hipótese, a execução específica está basicamente ligada às obrigações de dar, fazer e não fazer.

A execução específica da obrigação de dar é em regra possível, desde que a coisa exista. A de não fazer viabiliza-se quando o ato ainda não tenha sido praticado. Já a de fazer depende de a prestação ser fungível (ex. construir um muro), naturalmente infungível (ex. fazer um show), ou juridicamente infungível (prestar uma declaração de vontade).

As obrigações fungíveis podem ser executadas especificamente por terceiros, em procedimento regulado no CPC, correndo os custos a cargo do inadimplente. As naturalmente infungíveis só podem ser prestadas pelo próprio devedor, eventualmente persuadido mediante mecanismos de pressão da vontade, como multas etc., aprimorados na reforma do CPC de 1994. Se, mesmo assim, o devedor permanecer inadimplente, só restam as perdas e danos.

Já as obrigações juridicamente infungíveis têm mecanismo próprio para a execução específica, que é o suprimento judicial da vontade não manifestada voluntariamente. E são as obrigações de fazer juridicamente infungíveis, ou seja, prestar declaração de vontade (voto) e concluir contrato (compra e venda de ações), que interessam aos acordos de acionistas, cuja sede para execução específica está nos arts. 641 e 639 do CPC, respectivamente.

Nos acordos de acionistas, antes da Lei n. 6.404/76, era comum, em operações fomentadas pelo então BNDE, a prefixação de multas no montante igual ao investimento minoritário do acionista estrangeiro, para o caso de descumprimento da convenção com ele firmada, além da obrigação de ressarcimento por outras perdas e danos.

Com a edição da Lei, o mecanismo principal de eficácia dos acordos passou a ser a execução específica das obrigações descumpridas, cuja reparação pecuniária não se revelava totalmente satisfatória. Assim, quanto aos acordos de voto, art. 641 do CPC, permite que a declaração de vontade (voto) não emitida seja substituída por sentença transitada em julgado. Já nos acordos de bloqueio, a obrigação relativa à compra e ven-

da de ações pode ser executada mediante anulação judicial da transferência indevidamente efetuada, com prolação de sentença que supra a manifestação de vontade no contrato de compra e venda que se prometeu celebrar e se descumpriu, na forma do art. 639 do CPC.

A ação para se obter compulsoriamente esses atos de vontade é cognitiva, embora seja denominada de execução específica. Isso porquanto o que se busca é uma sentença que supra a vontade não manifestada. Daí por que se dizer que a ação tecnicamente não é *de* execução específica mas *para* execução específica do acordo de acionistas.

O art. 118, § 3º, da Lei das S/A fala que as obrigações constantes dos acordos de acionistas têm execução específica, mas isso é uma redundância, de vez que elas já o teriam por força da lei processual. Assim, im-procede o entendimento de que acordos com objetos extravagantes aos previstos no art. 118 não sejam passíveis de execução específica.

Outra redundância seria a alteração proposta pelo Projeto em votação no Congresso Nacional, quando acresce ao citado § 3º do art. 118 que a decisão “que condenar o acionista a proferir voto nos termos de acordo de acionistas produzirá todos os efeitos do voto não proferido”. De fato, esse acréscimo apenas reproduz a regra do art. 641 do CPC, cuja aplicação aos acordos de acionistas, ao que se saiba, nunca foi recusada em doutrina e jurisprudência.

Caso um conveniente descumpra sua obrigação de votar em determinado sentido, cabe ao prejudicado, com base no art. 641 do CPC, ingressar com uma ação judicial para obter sentença que supra o voto não manifestado. Se houver compra¹² ou venda de ações em desrespeito ao acordo, bem como recusa de sua alienação na forma contratada, o prejudicado deve propor ação para anular a venda feita e, depositando o preço, obter, com base no art. 639 do CPC, sentença que produza o efeito do contrato de compra e venda não firmado.

A companhia deve ser, pelo menos, citada na ação relativa ao exercício do direito de voto do acordo de acionistas nela arquivado, pois terá de suportar as consequências da sentença. Ademais, há prestações negativas e até positivas que competem à sociedade na observância desse acordo, cujo cumprimento pode ser obtido por meio das medidas judiciais coativas de tutela específica ou antecipada introduzidas com a reforma processual de 1994 (BARBI, 1997, p. 54). Na ação sobre a compra e venda violadora do acordo de bloqueio, junto ao acionista inadimplente, será também parte o terceiro que adquiriu indevidamente as ações.

Considerando que o resultado dessas ações judiciais pode demorar e a dinâmica societária é rápida, indaga-se sobre o cabimento de medidas cautelares para se assegurar resultado útil às ações. Em tese, a tutela cautelar é sempre possível, mas a questão tem de ser analisada caso a caso, porquanto uma providência acautelatória pode inverter os ônus do tempo no processo, que normalmente beneficiariam o réu e passam a beneficiar o autor.

De qualquer modo, por via cautelar não se pode obrigar ninguém a votar em determinado sentido. Mas, seriam admissíveis providências liminares para liberação do voto compulsório; impedir-se a participação em assembléia (obrigação de não fazer); sustar-se o arquivamento da ata de assembléia na qual o pacto de voto foi desobedecido etc.

A meu ver, como já dito, a mesa da assembléia não pode deixar de computar votos contrários ao acordo pois, para isso, em caso de controvérsia entre as partes, o presidente estaria interpretando o negócio, para o que não tem poder jurisdicional. Cabe-lhe, no máximo, suspender a deliberação que entenda contrária ao acordo, de modo a que as partes submetam a questão ao Judiciário.

Quando a obrigação de não fazer refere-se a ato já praticado, converte-se em obrigação de fazer, no sentido de desfazer tal ato, na forma dos arts. 642 a 645 do CPC e 883 do CC. O prejudicado pode requerer ao juiz

que desfaça o ato em determinado prazo, sob pena de pagamento de perdas e danos.

Analisei detidamente os efeitos da reforma de 1994 no CPC quanto à execução específica do acordo de acionistas¹³. Minhas conclusões não foram pessimistas, mas realistas. A reforma não atingiu o texto dos arts. 639 e 641 do CPC, evidenciando que o mecanismo de execução específica das obrigações de fazer, consistentes em declaração de vontade, que mais interessam ao acordo de acionistas, continua a ser o suprimento judicial da declaração por sentença. Assim, os novos institutos de coerção da vontade previstos no art. 461 do CPC não se aplicam à execução específica do acordo de acionistas. Já no que tange à antecipação de tutela, seu provimento tem natureza de decisão interlocutória, pelo que não se pode aplicá-la a um provimento substitutivo de vontade que exija expressamente sentença (arts. 639 e 641). A execução específica dos acordos societários continua, pois, sendo um procedimento cognitivo fundado naqueles dispositivos processuais, em que se busca o suprimento judicial de vontade por sentença.

Para Modesto Carvalhosa, o mecanismo da execução específica evoluiu com a reforma do CPC, admitindo-se o cumprimento compulsório das obrigações com base no art. 632 do CPC, pelo uso de meios coercitivos, ou seu cumprimento por mandatário comum dos signatários (síndico), na forma do art. 634. O mestre paulista, contudo, não detalha os motivos que o levaram a tais conclusões (1998, p. 483). Na doutrina mais recente, Edson Antônio Miranda, em monografia sobre a execução específica dos acordos de acionistas, conclui na mesma linha que, após a Lei n. 8.953/94, reformadora do CPC, o acordo de acionistas adequadamente instrumentalizado pode ser título executivo extrajudicial e as obrigações nele contidas são, em princípio, passíveis de execução específica sem fase jurisdicional cognitiva preliminar (2000, p. 71).

Sem embargo dessas opiniões, penso que só em relação à companhia houve avanços

com a reforma do Código, pois, como dito há pouco, é a sociedade quem pode submeter-se às medidas que visem a efetivar ou antecipar os efeitos da tutela específica, em hipóteses como a proibição da transferência de ações, o cômputo de votos por ordem judicial, a proibição da presença ou a imposição da participação de acionistas signatários em assembléias, o cancelamento de certificados indevidamente emitidos, a sustação do registro de transferências realizadas etc.

Para se evitem os percalços e as dificuldades de uma execução específica judicial do acordo de acionistas, a prática societária tem consagrado a previsão contratual de meios de saída do pacto, para os casos de inadimplemento, sistema que muitos advogados consideram o melhor instrumento de preservação da avença.

O Projeto de reforma da Lei em votação no Congresso prevê um § 10º para o art. 118, estabelecendo que “o não comparecimento à assembléia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com votos da parte prejudicada”.

Parece-me que esse mecanismo, de autêntica execução específica privada, subverte perigosamente a tutela jurisdicional necessária a se aferir o efetivo direito das partes do acordo, devendo-se avaliar com cautela sua adoção irrestrita, tal como proposta no Projeto.

Em suma, penso que, para a execução específica do acordo de acionistas, o que se deveria incluir utilmente no texto do art. 118 da Lei das S/A seria a previsão de obrigatória participação da companhia no pólo passivo da ação para execução específica do acordo nela arquivado. Com isso, todo o ar-

senal de medidas coercitivas hoje previstas no CPC teria efetiva influência no cumprimento forçado do acordo de acionistas, sob controle jurisdicional.

12. Vigência e rescisão do acordo de acionistas

Como todo negócio jurídico, o acordo de acionistas cumpre um ciclo vital, nasce do consentimento de vontades, sofre as vicissitudes de sua existência e termina com a desvinculação obrigacional das partes.

Mas, pelas suas peculiaridades, a vigência do acordo de acionistas é extremamente discutida. De um lado, pode haver a intenção das partes de estender, inclusive para os sucessores, pactos sobre voto e bloqueio. E de outro, há o princípio da teoria geral dos contratos, de que ninguém obriga-se perpetuamente, nem por gerações sucessivas.

Considerando isso, deve-se examinar a matéria cogitando-se, separadamente, dos acordos de prazo determinado e indeterminado.

Nos acordos com prazo determinado, cabe anotar que a longevidade do prazo pode caracterizar sua indeterminação. A tendência na doutrina sempre foi de se repelirem as longas vigências para as convenções de acionistas. Modesto Carvalhosa e Waldéfrio Bulgarelli pesquisaram o tema no direito estrangeiro e acabaram concluindo pela fixação máxima dos prazos em dez (10) anos para os acordos das companhias fechadas e cinco (5) para as abertas (1993, p. 200). Mas inexistente previsão na Lei a respeito, e o próprio Carvalhosa admitiu, anos mais tarde, que sua proposta não vingou por falta de amparo legal.

Meu pensamento é de que, inexistindo norma legal a respeito, vige o princípio geral de direito privado, segundo o qual tem-se por permitido tudo aquilo que a lei não proíbe. E, assim sendo, há liberdade para fixação de prazo. Mas admito que tal constatação tem efeitos práticos danosos, pois se tornou comum a celebração de acordos

de acionistas por trinta (30), quarenta (40) ou cinquenta (50) anos, que acabam produzindo os mesmos efeitos da *holding*, ou seja, vinculam contratualmente as ações e o voto por toda a existência de seu titular, atingindo ainda os sucessores. Diante disso, a questão continua em aberto, merecendo ser contemplada em eventual reforma da Lei das S/A.

O Projeto em votação no Congresso Nacional prevê a possibilidade de que o acordo de acionistas seja firmado em função de termo ou tenha seus efeitos subordinados a condição, hipóteses em que só poderá ser denunciado segundo as estipulações nele estabelecidas. Esse acréscimo proposto não me parece útil, porquanto apenas reproduz regras básicas do Código Civil sobre as modalidades dos atos jurídicos, cuja aplicação aos acordos de acionistas sempre me pareceu clara.

Os acordos com prazo indeterminado são aqueles que se omitem quanto ao tempo de vigência, ou que prevêem expressamente a indeterminação de prazo, como nos casos em que a duração é a mesma da sociedade. Devem-se incluir também nessa categoria aqueles acordos que se submetem a condição resolutiva, que tenham prazo excessivo, ou que alcancem mais de uma geração.

No que se refere especificamente ao alcance de mais de uma geração, analisei o problema em outro trabalho, com base no fideicomisso e nas cláusulas de inalienabilidade e incomunicabilidade, para concluir ser inadmissível a oneração de direitos (voto) e bens (ações) além da geração seguinte à do estipulante, o que se aplica, a meu ver, tanto ao acordo de voto quanto ao de bloqueio (BARBI, 1993, p. 197).

A rescisão do acordo, quando não consensual, é denominada resolução, se motivada, ou resilição unilateral, se imotivada.

Modesto Carvalhosa (1998, p. 465-467) observa que, por terem os acordos de voto natureza plurilateral e parassocial, tal como o contrato de sociedade, não possuem cláusula resolutiva tácita, na medida em que a prestação de um conveniente não está con-

dicionada à do outro. Assim, esses pactos não se sujeitam a rescisão, mas sim a dissolução, mesmo que parcial, só realizável em juízo, na ausência de cláusula que a preveja. Daí por que a prática tem induzido à intensa utilização das cláusulas de retirada nos acordos de acionistas.

Sendo o acordo de prazo determinado, durante sua vigência só cabe, em princípio, a resolução, que é motivada por justa causa superveniente. Em trabalho anterior, sustentei que, no curso desse prazo determinado, poder-se-ia admitir a rescisão unilateral, considerando-a como forma de inadimplemento do ajuste e sujeitando a parte denunciante à penalidade contratualmente prevista para tanto, ou, se inexistente, àquela estabelecida em ação judicial própria (BARBI, 1993, p. 205).

Mas, como já visto, na própria concepção dogmática do acordo de acionistas, o inadimplemento não pode resolver-se apenas em perdas e danos, devendo haver execução específica das obrigações desrespeitadas, como prevê o § 3º do art. 118 da Lei. Assim, refletindo melhor sobre a questão, sou levado a concluir que, durante o prazo determinado de vigência do acordo, em que não haja cláusula de rescisão, só será admissível a resolução, ou seja, a rescisão motivada em justa causa superveniente.

Já o acordo de prazo indeterminado tem por pressuposto a livre denunciabilidade da avença por qualquer signatário, conforme admitia grande parte da doutrina¹⁴, amparada pelo princípio da teoria geral dos contratos que repele os vínculos eternos (GOMES, 1959, p. 141). Na jurisprudência, também se encontravam julgados na mesma linha, como aqueles proferidos pelos Tribunais de Justiça, de São Paulo em 1980¹⁵ e do Rio de Janeiro em 1985¹⁶. E para se evitar essa livre denunciabilidade unilateral, tornaram-se comuns os acordos por longos prazos, como trinta (30), quarenta (40) ou até cinquenta (50) anos.

Contudo, dita tendência modificou-se. A doutrina vem aderindo ao pensamento de

que os acordos de acionistas por prazo indeterminado só podem ser unilateralmente denunciados por justa causa¹⁷. Nesse sentido, Alfredo Lamy Filho argumenta que as regras do Código Civil (arts. 1.399, V, e 1.404) e do Código Comercial (art. 335, 5), que admitem a denúncia vazia dos contratos societários por prazo indeterminado, foram previstas em repúdio à vinculação eterna das pessoas naturais à sociedade. Assim, considerando que hoje grande parte dos acordos de acionistas são subscritos por pessoas jurídicas, justifica-se que “doutrina e jurisprudência comecem a dar-se conta do imperativo de uma interpretação na linha dessa evolução” (1995, p. 315).

E, com efeito, alguns autores mudaram suas opiniões originais. Modesto Carvalhosa, por exemplo, retificou seu ponto de vista, sustentando mais recentemente não haver “nesse contrato tipicamente parassocial e plurilateral a possibilidade de extinguir-se por rescisão unilateral. A denúncia dependerá de justa causa, ou seja, a quebra da *affectio*, por conduta incompatível ou dissídio de vontades das partes, ou ainda de interpretação das cláusulas do pacto, e qualquer outra que configure materialmente a desavença, ou ainda a deslealdade em face dos pactuantes e do interesse social” (1997, p. 21 e 1998, p. 481).

Esse mesmo autor sustenta que a *affectio societatis* é elemento essencial aos acordos de voto, embora não o seja para os de bloqueio, que se fundam apenas no *animus tenendi* de manutenção ou aumento da participação acionária dos signatários. Assim, a relação entre os pactuantes do voto funda-se em fidelidade e confiança, cujo desaparecimento inviabiliza o cumprimento da finalidade da avença, justificando o pleito de sua rescisão em juízo, ainda que parcial, com saída do acionista descontente, ou exclusão do desleal. E esse quadro caracteriza-se por fatos concretos, como a conduta dos signatários, a divergência sobre o objeto do voto ou a interpretação das cláusulas do acordo (CARVALHOSA,

1998, p. 464-465, 480), e ainda a responsabilização (art. 159) de administrador eleito com base no acordo. Em suma, para o mestre paulista, a quebra da *affectio societatis* justificaria a rescisão do acordo, mesmo que consubstanciada em uma dissolução parcial. Nesse passo, a própria existência de cláusulas penais nos pactos configuraria a admissibilidade intrínseca da rescisão.

Luiz Gastão Paes de Barros Leães também atenuou sua visão inicial, argumentando em parecer posterior que, “embora revista também o caráter de contrato plurilateral, o acordo de acionistas não desfruta da natureza da sociedade. Por outro lado, é claro que a rescisão unilateral dos contratos por prazo indeterminado é regra, mas que, como regra, comporta exceções e temperamentos” ([s.d.], p. 168).

Na jurisprudência, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão de dezembro de 1994, concluiu pela impossibilidade de rescisão unilateral do acordo de acionistas celebrado por prazo indeterminado. A decisão mereceu comentários de Maria Isabel de Almeida Alvarenga, que se alinhou com os defensores desse entendimento, o qual, conforme notícia, “vem sendo ultimamente adotado pela maior parte da doutrina” (1997, p. 190).

A meu ver, sem embargo dos consistentes argumentos em contrário, não se pode condicionar a denúncia dos acordos de acionistas por prazo indeterminado à existência de motivo justificador. Acordo de acionistas, antes de mais nada, é contrato. E é princípio basilar do direito contratual o repúdio aos pactos perpétuos. Lembrando a lição de Pontes de Miranda, “nas relações jurídicas duradouras é preciso que possa ter ponto final o que se concebeu em reticência. Porque relação jurídica duradoura a que não se pusesse termo seria contrária às necessidades da livre atividade dos homens” ([1970?], p. 294).

Conforme já havia sustentado anteriormente, “o acordo de acionistas percorreu um

longo caminho até que sua licitude fosse aceita, e dentre os principais argumentos contrários à sua validade estavam, justamente, a manutenção da unidade entre a propriedade da ação e o direito de voto dela decorrente, a proteção à liberdade de voto e a prevalência do método da assembléia geral nas deliberações sociais. [...] Admitir-se que o acordo por prazo indeterminado não seja passível de rescisão unilateral seria dar caráter de perpetuidade à vinculação contratual do voto, e devolver, por consequência, a razão àqueles que, em tempos idos, propugnavam pela ilicitude das convenções de acionistas” (BARBI, 1993, p. 207-208). Se as partes desejam assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas, devem estipular prazo de vigência do acordo ou fixar as sanções pela denúncia.

O fato é que a questão, pela polêmica que causa, reclama solução legislativa na próxima reforma do vigente diploma societário.

Para se encerrar a controvérsia a respeito, penso que a Lei deveria prever um prazo máximo de vigência do acordo, sua denunciabilidade a qualquer momento, quando de duração indeterminada, bem como a prerrogativa de se pactuar a rescisão unilateral, com as sanções respectivas.

13. Sugestão para nova redação do art. 118 da Lei das S/A

Diante de todo o exposto sobre esse panorama atual do acordo de acionistas no direito brasileiro, sugeriria, como proposta para futura alteração da Lei 6.404/76, o seguinte texto para o seu art. 118, que trata dos acordos de acionistas:

“Art. 118—Os acordos de acionistas, sobre o exercício regular de quaisquer direitos decorrentes da titularidade de suas ações, legitimamente firmados por quem detenha esses direitos, deverão ser observados pela companhia e por seus administradores, quando arquivados na sede da sociedade.

§ 1º—Os acordos de acionistas devem adotar forma escrita, com os requisitos da lei civil, po-

dendo ser celebrados por prazo indeterminado, desde que admitida sua denúncia a qualquer tempo, ou pelo prazo determinado máximo de 10 (dez) anos.

§ 2º – O arquivamento dos acordos de acionistas efetiva-se mediante entrega, contra recibo, de uma via do respectivo instrumento à diretoria da companhia, a quem compete, após verificação dos requisitos formais desse instrumento, promover sua averbação nos livros de registro e transferência de ações, quando versarem sobre a compra, venda e oneração destas, ou preferência para adquiri-las.

§ 3º – As obrigações ou ônus decorrentes dos acordos de acionistas somente serão oponíveis a terceiros depois de averbados nos livros de registro e transferência de ações da companhia que, na forma do art. 100, § 1º, desta Lei, só estará obrigada a fornecer certidões da existência dessas obrigações ou ônus, e da política de dividendos da companhia aberta, excluída a divulgação do conteúdo integral dos acordos nela arquivados.

§ 4º – As ações averbadas nos termos deste artigo não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão.

§ 5º – Os acordos de acionistas não arquivados ou averbados, embora inoponíveis à companhia, a seus administradores e a terceiros, obrigam os signatários, por si e por seus representantes nos órgãos de administração da companhia.

§ 6º – Os acordos de acionistas não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (art. 115) ou do poder de controle (arts. 116 e 117).

§ 7º – Durante as assembleias gerais, o presidente da mesa deverá suspender as deliberações em que haja controvérsia entre os signatários de acordo de acionistas arquivado na companhia, ficando seu ato e o próprio cumprimento do acordo sujeitos a controle jurisdicional, a ser promovido pelos interessados.

§ 8º – Nas condições previstas nos acordos, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas, a ser judicialmente postulada contra o(s) signatário(s) inadimplente(s) e, se o instrumento estiver arquivado e/ou averbado, também contra a companhia e, eventualmente, terceiros.

§ 9º – No relatório anual, os órgãos de administração da companhia aberta informarão à assembleia geral as disposições sobre política de reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos, constantes de acordos de acionistas arquivados na companhia.

§ 10º – As disposições deste artigo aplicam-se, no que couberem e forem compatíveis, aos demais tipos societários do direito positivo brasileiro”.

Notas

¹ Cottino (1958, p. 3), citando artigo doutrinário de Saffra, de 1904, intitulado *Nuove forme contrattuali*.

² GRIFFIN (1993, p. 589), citando julgamento da *House of Lords* no caso *Russel v. Northern Bank Development Corporation Ltd.* (1992).

³ O atual Projeto de reforma da LSA, em trâmite no Congresso Nacional, propõe a institucionalização do uso de um mandatário comum para os acionistas, que dê cumprimento ao acordo, o que nos aproxima do *trust* norte-americano e do sindicato acionário europeu. Com efeito, o Projeto adiciona um § 8º ao art. 118, prevendo que “o mandato outorgado nos termos de acordo de acionistas para proferir, em assembleia geral ou especial, voto contra ou a favor de deliberação determinada poderá prever prazo superior ao constante do § 1º do art. 126 desta Lei” (que é de 1 ano). Veja-se a respeito Carvalhosa (1985, p. 9). A meu sentir, o mandatário só pode dar cumprimento em assembleia a deliberações específicas, previamente ajustadas e definidas pelos signatários do acordo, não se admitindo que ele atue como um síndico ou *trustee*, que interpreta e dá cumprimento ao acordo por conta própria. (BARBI, 1993, p. 45). Por isso, não me parece adequada a ampliação do prazo legal do mandato para o acordo de acionistas.

⁴ Esse tipo de acordo está sendo objeto de acirrada polêmica judicial ainda não resolvida, no caso envolvendo o Estado de Minas Gerais e um sócio privado, relativamente ao controle da estatal energética CEMIG.

⁵ TJSP, AC. 219.618-1/6, 6ª C. Civ., rel. Des. Melo Colombi. Acórdão comentado por Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. 1994, p. 97, concluindo sobre a impossibilidade de recusa, pelo conselho de administração, dos nomes indicados por signatários de acordo de acionistas para a diretoria de companhia fechada. Nas companhias abertas, Modesto Carvalhosa pondera que “o acordo de acionistas não pode alcançar a eleição de membros da

diretoria (art. 143), mas apenas os do conselho de administração. O fundamento de tal impossibilidade é a invasão de competência do conselho de administração” (1998, p. 463).

⁶ Há notícia de acórdão nesse sentido do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme se vê em Modesto Carvalhosa (1993, p. 241).

⁷ STJ. REsp. 1/SP, rel. Min. Gueiros Leite, *Diário do Judiciário da União*, 16. out. 89, p. 15.856. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 4, p. 1453, 1989.

⁸ TJRS. Apelação Cível n. 587.015.116, rel. Des. João Aymoré Barros Costa. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 70, abr./jun. 1988, p. 82.

⁹ STJ. Resp. n. 1/SP (8900077341), rel. Min. Gueiros Leite, *Diário do Judiciário da União*, 16. out. 89, p. 15.856. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 4, 1989, p. 1453.

¹⁰ STJ. REsp. n. 23.668-3/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, *Diário do Judiciário da União*, 22. mar. 1993. No mesmo sentido, parecer de Fran Martins nesse processo.

¹¹ Em sentido contrário, Fábio Konder Comparato (1981, p. 61), entendendo que, se o acordo é apenas de bloqueio, não se faz necessário seu arquivamento na sede da companhia, bastando a averbação no livro de registro e certificados.

¹² O STJ não admitiu execução específica da obrigação de repasse, a signatários de um acordo de acionistas, das ações adquiridas por outros convenientes em desobediência ao pactuado e à manutenção das posições acionárias. REsp. 27.517-2/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 107, 1997, p. 212, com comentários de Raphael Nehin Corrêa.

¹³ Celso Filho Barbi (1997, p. 34). Admitindo a antecipação de tutela em ação declaratória da nulidade de acordo de acionistas, Humberto Theodoro Júnior (1998, p. 1317 e 2000, p. 71).

¹⁴ Theóphilo Azeredo Santos (1987, p. 189). Modesto Carvalhosa (1993, p. 82). Celso Barbi Filho (1993, p. 207). Luiz Gastão Paes de Barros Leães (1980, p. 265).

¹⁵ TJSP, AC. 7.795-1, 6ª C.C., citado por Modesto Carvalhosa (1993, p. 204).

¹⁶ TJRJ, AC. 34.167, rel. Des. Emerson Parente, EJTJRJ 7/247.

¹⁷ Carlos Celso Orcesi Costa (1985, p. 39). Darcy Bessone (p. 129). (1991, p. 13-21). Arnoldo Wald (1991, p. 13-21).

Bibliografia

ALVARENGA, Maria Isabel de A. Jurisprudência comentada. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 108, p. 190, out./dez. 1997.

ÁSCARELLI, Tullio. La liceità dei sindacati azionari. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1931.

_____. O contrato plurilateral. _____. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. Efeitos da reforma do CPC na execução específica do acordo de acionistas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 737, p. 54, 1997.

BARRETO, Celso A. *Acordo de acionistas*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BULGARELLI, Waldírio. Aspectos relevantes da reforma da lei 6.404/76, pela recente lei 9.457/97. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 4, p. 107, nov./jun. 1998.

CARVALHOSA, Modesto. Acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 106, p. 21, abr./jun. 1997.

_____. *Acordo de acionistas*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. _____. sociedade anônima. In: *I Ciclo de Conferências para Magistrados*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciência Bancária.

_____. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

_____. Da irrevogabilidade do mandato em acordo de acionistas. *Revista dos Tribunais*, v. 601, p. 9, 1985.

COMPARATO, Fábio. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990. (Coletânea, v. 3).

_____. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COTTINO, Gastone. *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*. Milão: Giuffrè, 1985.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

GRIFFIN, Stephen. A restriction on statutory powers. *New Law Journal*, Londres, v. 143, p. 589, 1993.

LAMY FILHO, Alfredo. Denúncia unilateral de acordo por prazo indeterminado. _____. *A lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1995. v. 3.

LEÃES, Luiz Gastão P. de Barros. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1980. V. 2.

MARTINS, Fran. *Comentários à lei de sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 2. t. 1.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, [1970?]. v. 25.

SANTOS, Theóphilo Azeredo. Acordo de acionistas. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 47, p. 189, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas. *Revista LTr*, v. 62, p. 1317, out. 1998.

Islamismo e Estado

Hugo Hortêncio de Aguiar

Sumário

1. Introdução. 2. Expansão e conquistas. 3. O direito. 4. O Estado. 5. Conclusão.

1. Introdução

A única fonte que esclarece o complexo problema da etnia árabe é o Antigo Testamento.

Por mais que procuremos indicações sobre o assunto em pesquisas realizadas por organismos categorizados, vamos terminar fatalmente rendidos à narrativa bíblica, surpreendentemente coerente com a História Antiga dos povos do Oriente Médio.

Assim, de acordo com a Bíblia, Abraão gerou um filho com Hagar, escrava egípcia, chamado Ismael e, com Sara, sua esposa legítima, um outro filho chamado Isac, o qual foi pai de Jacob (mais tarde chamado Israel), que, por sua vez, gerou 13 filhos (12 homens, que deram origem às 12 tribos de Israel, e uma mulher).

Abraão, a pedido de Sara, expulsou Hagar e Ismael, sendo este último a origem da raça árabe, distribuída ao Sul da então Terra de Canaã (daí o nome de *cananeus*), que mais tarde seria chamada Palestina, e que principalmente habitou a Península hoje chamada Arábica.

Não há outra solução histórica até prova em contrário.

Os árabes, da genealogia de Abraão e descendentes de *Sem*, são por essa razão legitimamente *semitas*, não cabendo mais dis-

Hugo Hortêncio de Aguiar é coronel reformado do Exército e professor de línguas e história no âmbito do Médio Oriente.

cussão sobre isso. O que é muito discutido é o conceito judaico de que os judeus, que têm sua origem em Isac, filho *ortodoxo*, e da linhagem de Judá, constituem o Povo Eleito (de Deus), enquanto os árabes, também da genealogia de Abraão, têm sua origem em Ismael, filho dito *bastardo*. Eis, aí, com origem remota, uma divergência tradicional entre as duas etnias. De passagem, queremos lembrar aos leitores que Jesus de Nazaré, cujos dois mil anos (na verdade dois mil e seis ou dois mil e sete) de nascimento estamos comemorando com fé e entusiasmo, era um autêntico judeu da linhagem de Judá, embora o seu conceito de Povo de Deus tenha sido o de abrangência a todos os povos e raças. Mas isso não é assunto para este artigo.

O que mais interessa mesmo é que os descendentes de Ismael se estabeleceram na Península Arábica a partir do século XVII antes de Cristo, ajustando-se às difíceis condições de vida da região.

Em todas as áreas da península predominava desde o início o regime monárquico hereditário, autoritário, às vezes com predominância *religiosa*, às vezes *leiga*, e no deserto, os *beduínos*, com regime tribal, não menos autoritário.

Havia entre os habitantes crenças primitivas, semelhantes às de outros povos semíticos, com base no animismo, adorando astros e objetos de todos os tipos.

As tribos adoravam várias divindades, como também demônios, que lutavam contra os deuses.

O termo *Alá* significava “deus”, mas para qualquer divindade. Havia também “deusas”.

A tribo Coreichita, que dominava a região da atual Meca, considerava Alá o seu “Deus”, mas com uma diferença: ele era o único, a divindade suprema, acima de todas as “deusas”.

Havia também símbolos religiosos, como a Caaba, (o nome vem de *cubo*, sua forma) e outros mais, de tempos imemoriais, lendários, com peregrinações tradicionais.

A própria Caaba era muito antiga e fazia referências a Abraão, um símbolo do monoteísmo.

Assim, apesar da variada liturgia, já havia uma tendência monoteísta na região onde Maomé nasceu e entrou em ação, por volta dos 610 anos depois de Cristo.

O aproveitamento dessa tendência e a condenação do animismo tradicional constituíram a base do Islamismo a que o profeta acrescentou a reprovação total e severa de todas as transgressões morais que abundavam na península.

Tal foi a proeminência que Maomé, em sua proclamação inicial, deu ao absolutismo total, único, universal de Alá que a nova religião foi chamada de Islã, isto é, “submissão a Deus”. O adepto é o *muslim* ou *muçulmano* (o *mu* indica, em árabe, o autor da ação).

Não vamos acompanhar a vida tumultuada de Maomé, nem também descrever o Corão, Bíblia dos muçulmanos, pois no Brasil há centenas de publicações de belo feito, esclarecendo o assunto. Vamos dar atenção aos aspectos que nos ajudem a compreender os atuais Estados muçulmanos, particularmente os árabes, no conturbado momento internacional que atravessamos.

As revelações que Maomé proclamou, de essência moral puríssima, ensejaram, contudo, uma compilação desordenada¹. Se procurarmos no Corão uma ordem dogmática ou um código de preceitos de direito, vamos chegar à conclusão de uma grande falta de planificação e ordem lógica devida a diversos fatores:

- 1) as revelações eram fragmentadas;
- 2) as revelações eram memorizadas pelo profeta e nem sempre copiadas;
- 3) o material usado para a escrita era precário e variado;
- 4) não havia, na época, “mentalidade” de gravar para a posteridade;
- 5) a estrutura da língua árabe, que possui 3.276 raízes tri-literais (3 consoantes), e cuja vocalização veio muito mais tarde, dando origem a traduções diversas, fenômeno

gramatical esse comum a todos os idiomas semíticos no aspecto da vocalização;

6) a compilação e a redação do Corão, feitas por Otmã, califa genro de Maomé, aceitas oficialmente, contêm muitas divergências².

Com a morte de Maomé (632 DC), e em conseqüência de um fracasso militar e de um assassinato na dinastia familiar, houve cisões no Islã, sendo a principal a dos “chiitas” (“chi’á” quer dizer *partido*), que representam a tradição hereditária da família do profeta no poder. Os que preconizam a sucessão fora do bloco familiar, a maioria, são os “sunitas”, pois “suná” quer dizer fundamento, sentença do Islã³.

A fundação do Islã, a expansão árabe, a manutenção no poder e a conquista dos países arabizados, tudo foi feito à custa de intensos combates e de campanhas militares, e as razões do sucesso desse espírito guerreiro são as que veremos a seguir.

2. *Expansão e conquistas*

A expansão árabe, forçada inicialmente pelas péssimas condições de vida na península, teve na verdade várias outras causas que são aceitas pela quase totalidade dos autores como:

- a) religiosas;
- b) econômicas;
- c) militares;
- d) afinidade racial;
- e) fraqueza dos adversários; e
- f) a atitude dos conquistadores para com os povos conquistados.

Vamos selecionar apenas alguns aspectos que influíram decisivamente na estruturação dos estados árabes. Embora alguns autores sejam de opinião que os adeptos de Maomé, conhecedores do Islã, eram em pequeno número e que a tropa combatente era constituída quase que de beduínos, a maioria acredita que, pela simplicidade do Islã, esses beduínos tinham uma noção exata da vontade do profeta de levá-los ao combate, para trazer o mundo todo para o reino de

Alá, que os premiaria, caso morressem pela causa, com o paraíso. Maomé teria dito “ide e combatei”. Eles, os beduínos, fizeram-no muito bem, porque quase sempre combateram em áreas próximas a desertos, ou nos próprios desertos, em que eles eram mestres na arte de guerrear.

Conquanto a expansão árabe tenha sido uma vitoriosa campanha militar, somos forçados a reconhecer que foi realizada contra povos conjunturalmente enfraquecidos, pobres e de cultura limitada⁴ aos seus pequenos núcleos. O único país da chamada cultura ocidental conquistado em parte pelos árabes foi a Espanha, onde permaneceram por significativo período, mas lá não se mantiveram. Assim, a expansão árabe, cujo sucesso se deve a várias causas, foi feita em princípio pela conquista bélica, seguida imediatamente pela imposição do Islã como religião oficial da nação conquistada, embora tenha havido, quase sempre, uma grande tolerância para com as minorias de outras seitas.

3. *O direito*

Nos países muçulmanos e, particularmente, nos países árabes, o *direito* é originalmente *divino*, já que a “Lei” foi revelada a Maomé e tem um caráter muito especial, diferente das nossas leis ocidentais. A lei, nos países islâmicos, tanto atende às necessidades espirituais como ao bem-estar temporal dos adeptos.

Nos Estados ocidentais, cristãos, a imortalidade da alma, a vida eterna são atitudes místicas para o cidadão, ditadas pelo livre arbítrio. Nos países árabes, a imortalidade da alma é um *preceito legal*, e o direito deve proporcionar os meios para que o crente atinja em boas condições essa imortalidade.

Por outro lado, o *direito* deve proporcionar os meios para o bem-estar dos muçulmanos, bem como regular as punições para os limites da liberdade individual. Como o *direito* e paralelamente a *moral* são emanados prevalentemente do *divino*, é quase juri-

dicamente impossível sabermos onde termina o *direito* e começa a *moral*, e vice-versa.

Acrescentando-se a isso as inúmeras e significativas divergências de interpretação do Corão, chegamos à conclusão de que a lei, segundo a teoria muçulmana, depende mais da consciência do indivíduo do que do poder do Estado, que assume desse modo contornos político-administrativos especiais.

4. O Estado

Em geral, qualquer instituição, em sua organização final, traz marcas de sua origem, de seu desenvolvimento através dos tempos, e de certos episódios especiais que moldaram a sua estrutura.

Nenhuma outra organização assume em toda a sua plenitude essa verdade como o Estado árabe atual.

A primeira unidade político-administrativa do mundo árabe, se é que assim merece essa denominação, foi a Arábia que Maomé deixou quando morreu em 632 depois de Cristo.

De caráter absolutista, teocrático, o profeta conseguiu transformar em nação, embora incipiente, um povo semi-bárbaro, tribal (não afeito a nenhuma autoridade central), faminto, dominado por um animismo natural, espalhado por uma península de calor insuportável, de terras desoladas, que ensejavam em seus habitantes um ânimo precário.

Maomé realizou uma tarefa gigantesca, um trabalho magistral, com brilho, inteligência e coragem. Combateu muito, sofrendo derrotas freqüentes, mas utilizou a comunicação (revelações) com perspicácia, sob a bandeira da religião, único meio de aglutinação possível naquelas condições. Sua pregação foi favorecida pelo fato de ele próprio, Maomé, ser profundamente religioso e um fiel crente de Alá.

Mas não designou sucessor, nem deixou varão descendente, o que implicaria grave problema, pois foi sob o signo da hereditari-

idade, então reinante, que se consolidou o Estado árabe.

Com a morte de Maomé, apesar da liderança e fidelidade da fé de seus sucessores familiares, a nova nação ter-se-ia esfacelado em lutas internas e dissensões religiosas se não fosse a efetivação de um fator de dimensões históricas, não somente para o mundo muçulmano, mas para todo o mundo até então conhecido: a expansão territorial árabe. Essa expansão trouxe a formação do Império Árabe, cujas origens já vimos e cujo desenvolvimento passou pelas invasões dos mongóis, pelas Cruzadas, pelos chamados séculos de colonização européia e por duas Grandes Guerras.

Há uma extensa literatura sobre a civilização dos países islâmicos e a sua história, o que nos autoriza a tratarmos logo do Estado árabe atual.

Podemos garantir que, comparado com outros, o Estado árabe não se transformou significativamente com a história, guardando um tradicionalismo incontestado, e suas características são fruto dos traços marcantes de suas origens e da surpreendente expansão de seu credo. Entre elas, podemos citar:

1) o caráter centralizador, teocrático e hereditário de seus governantes, sejam eles “chiitas” ou “sunitas”;

2) o poder é sempre compartilhado pelo elemento religioso, até mesmo nas formais democracias de inspiração ocidental;

3) em face de significativas divergências de interpretação de textos corânicos, da luta pelo poder das facções dissidentes, há graves conflitos entre os Estados árabes e, na questão sucessória, até mesmo entre os membros de uma dinastia familiar;

4) a ordenação jurídica do Estado árabe é *sui generis* pela prevalência do direito divino. Desse modo, o cidadão, ou melhor, o crente tem um diáfano horizonte de suas prerrogativas com relação ao Paraíso, pois depende muito da interpretação do Corão. Veja-se o que pode suceder com indivíduos ou grupos de indivíduos extremados, se o

trecho seguinte (do Corão) for interpretado radicalmente: “Certamente Deus não muda a sorte de um povo até que o mesmo não mude sua própria condição”. Felizmente esses grupos são minoria, pois a grande maioria islâmica sabe muito bem que o trecho objetiva o bem-estar espiritual e material, mas pela força moral, único fundamento da civilização;

5) a moral é rígida e remonta, de fato, a procedimentos antiquados, mas, confessemos, em alguns aspectos mais pura que a nossa, dos ocidentais; e

6) como na maioria dos Estados árabes há um tipo de economia elitista, a do petróleo, os manipuladores desse valioso produto (embora estatal) confundem-se com os elementos da dinastia dominante, que, ligados a poderosos grupos internacionais, possuem grandes fortunas. Empregam esse dinheiro em negócios rendosos, como hotéis de alto luxo, comuns em todo o Oriente. Há uma distância muito grande (maior que no Ocidente) entre governantes e governados, mas somente quanto às formalidades sociais. Na verdade, os governantes, em geral, procuram dar o máximo de assistência àquelas populações desfavorecidas, não sabemos se por amor a Alá, ou por temor de seus crentes.

5. Conclusão

Procuramos ser sintéticos, evitando dissertações monótonas e facilmente encontradas nas inúmeras publicações sobre o assunto.

Abordamos as origens do Islamismo e do Estado Árabe, bem como procuramos traçar um perfil do atual Estado, focalizando algumas marcas de sua cultura jurídica. Não poderíamos, contudo, na atual conjuntura, deixar de aplicar essas modestas observações aos graves acontecimentos que se desenrolam, para interesse dos prezados leitores.

Em face do exposto, já podemos agora compreender facilmente por que representantes ocidentais, quando vão ao Oriente

Médio intermediar tensões entre Estados, levam uma maleta com argumentos consagrados como: democracia, cidadania, direitos humanos e outros desse porte, e voltam com esses mesmos valores na maleta e “as mãos vazias”, isto é, sem a obtenção de resultados positivos.

Não é que esses valores não existam nos países daquela região. Existem, sim, mas com outra dimensão, apreciados sob outra ótica e atendendo a outras prioridades. Não podemos medi-los com o nosso metro. Com a globalização, o radicalismo islâmico está sendo beneficiado de vários modos, pois seus adeptos têm mais oportunidades para ações extremadas, em face da maior facilidade de transporte, comunicações e de aquisição de tecnologias. Além disso, pelas imagens de pobreza e desigualdade social de outros países do mundo, como os da América Latina, estão recebendo uma injeção de populismo, bem aproveitada para granjear a simpatia das populações do Terceiro Mundo.

Por outro lado, o fundamentalismo islâmico também está sendo abalado em certos países, com as mulheres mais liberais e na busca da igualdade social.

No momento histórico atual, os radicais islâmicos vêm aproveitando muito bem as facilidades da globalização, já citadas.

Não temos dúvida, porém, de que as democracias autênticas, em bloco, na presente conjuntura, ou em outra decorrente da atual, sempre levarão vantagem contra quaisquer grupos ou governos que as confrontem, tal a superioridade tecnológica que possuem, embora ao preço de enormes sacrifícios.

O nosso receio é que, graças a essa mesma tecnologia e a alguns notórios avanços científicos, que podem confundir a consciência cristã tradicional, haja uma implosão social em país do bloco ocidental, como decorrência da crescente e alarmante deterioração dos costumes.

Isso é possível, a médio ou longo prazo, para qualquer país do lado de cá, desenvol-

vido ou não, pois será devido, em grande parte, à globalização de programas corrosivos, violentando os mais elementares princípios morais do indivíduo, da família, da sociedade e da civilização como um todo. A outra razão, e talvez a mais influente, é a falta de convicção religiosa dos responsáveis pela comunicação, nos mais variados canais da informação.

Contra o terrorismo biológico, ou químico, ou mesmo nuclear, as democracias autênticas, agindo em conjunto, possuem arsenal científico eficaz para neutralizar os efeitos nocivos do agente externo provocador, apesar dos fatais reveses iniciais.

Mas, se o agente microbiano for endógeno, gerado e desenvolvido internamente, e o tecido social tiver perdido a imunidade pela ausência dos imprescindíveis valores transcendentais, a infecção estará disseminada por todo o organismo nacional.

E o choque séptico será irreversível.

Contudo, nem tudo tem perspectiva tão sombria. Temos a esperança de que o Deus do Universo, que é o mesmo dos judeus, dos cristãos e dos muçulmanos, bem como de outras religiões minoritárias, e que “escreve certo por linhas tortas”, como diz a sabedoria popular, tenha permitido a ocorrência dos trágicos acontecimentos a que assistimos recentemente (cuja crueldade faria inveja a Gengis Khã) para que a humanidade faça, enquanto é tempo, uma reciclagem es-

piritual, sem a qual não será possível a obtenção da força moral necessária para a salvaguarda da civilização.

Notas

¹...*desordenada*, o que não é uma “prerrogativa” somente da doutrina islâmica.

² Sempre aparecem divergências nos textos básicos de várias seitas religiosas. Contudo, algumas são aparentes, outras nem existem; são fruto de uma inadequada interpretação de quem lê.

³ Por isso, alguns autores “julgam” equivocadamente os sunitas como fundamentalistas e os chiitas como um tipo de partido político. A diferença, porém, dá-se quanto ao direito à sucessão, ao “parentesco” com a genealogia de Maomé. Houve e há outras cisões no Islã, como, por exemplo, os Ismaelitas, chamados “imames”, isto é, “enviados”. Os Ismaelitas, chamados também “septimanianos”, só aceitam a sucessão até o sétimo “imam”, que significa “califa” ou “chefe da comunidade dos crentes”. Os sunitas e os chiitas aceitam doze “imames”, mas os últimos dão ao “imam” um grande valor espiritual, pois o consideram da linha sucessória do profeta, ao contrário dos sunitas. As duas correntes são fundamentalistas. A grande diferença é na linha sucessória.

⁴ O termo “cultura limitada” deve ser entendido mais no sentido tecnológico, de desenvolvimento material ou utilitário. Quanto ao lado humanístico, a cultura oriental, e particularmente a dos árabes, possui traços marcantes na filosofia, na música e nas artes que a projetaram no cenário mundial. A apreciação de uma cultura como um todo, por parte de um observador de um lado do Globo em relação ao outro, é sempre imperfeita, tal a diversidade de valores que influem na avaliação.

Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites

Fernanda Stracke Moor

Sumário

1. Introdução. 2. O contrato na perspectiva de uma crescente repersonalização. 3. Caracterização dos direitos, liberdades e garantias. 3.1. Diferença entre regras e princípios. 3.2. Colisões de princípios e conflitos de regras. 3.3. Noções sobre os modelos: puro de princípios, puro de regras e regra/princípios. 3.4. Teoria dos princípios e teoria dos valores. 4. Os direitos fundamentais como direitos subjetivos. 5. O direito geral de liberdade. 5.1. O direito geral de liberdade e as normas jusfundamentais. 6. Restrições aos direitos fundamentais. 6.1. Conceito de restrições dos direitos fundamentais. 6.2. Requisitos das leis restritivas. 6.3. Tipos de restrições dos direitos fundamentais. 6.4. Estrutura das normas restritivas. 7. A liberdade como direito fundamental. 8. Limites à liberdade contratual. 9. A eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada. 10. A concretização dos direitos fundamentais por meio do princípio da proporcionalidade. 11. Conclusão.

1. Introdução

O Instituto do Contrato aparece na atualidade como um dos três pilares básicos da Teoria Geral do Direito Civil, porém a sua concepção liberal, baseada na autonomia da vontade, com a evolução da sociedade de massas e do Estado Social, passa por uma renovação teórica que busca a equidade e a justiça, denominada socialização da teoria contratual.

No sentido dessa reformulação de paradigmas, os interesses individuais não são

Fernanda Stracke Moor é Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, com ênfase em “Instituição de Direito do Estado” e Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS.

garantidos com a ampla autonomia contratual, sendo o princípio da autonomia da vontade relativizado por meio de um considerável intervencionismo do Estado, que procura garantir um justo equilíbrio nas obrigações das partes, bem como assegurar a função social do contrato.

O objeto deste estudo é a liberdade contratual e seus limites, em que são trazidos os fundamentos que justificam a liberdade contratual como um direito fundamental, apesar da falta de dispositivo expresso no texto constitucional. A doutrina alemã e portuguesa entende a liberdade contratual como decorrência do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, enquanto a brasileira, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, uma vez considerada como um direito fundamental, surge a questão da possibilidade dos tipos de limites da liberdade contratual, que podem ocorrer sob a forma de dirigismo contratual público e dirigismo contratual privado.

O clássico direito de liberdade pertence à categoria dos direitos de defesa, que representam atributos da pessoa que são oponíveis contra o Estado, porém, a liberdade contratual, como direito não-escrito, não é deduzida apenas do catálogo previsto na Constituição, mas também por meio da construção jurisprudencial baseada no regime e nos princípios da constituição.

Surge o problema da eficácia dos Direitos Fundamentais na esfera do Direito Privado, denominada eficácia horizontal, que se pode apresentar sob duas formas: relevância mediata e relevância imediata.

Com a Nova Hermenêutica, na expressão de Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade traz uma proteção mais eficaz dos Direitos Fundamentais perante o Estado, surgindo como ponto fundamental, na medida em que é o meio através do qual tais direitos são concretizados.

Neste estudo se buscará analisar um pouco a estrutura das normas fundamentais, para fins de facilitar a compreensão

unitária dos Direitos Fundamentais e sua interpretação.

2. O contrato na perspectiva de uma crescente repersonalização

A mudança na temática dos contratos é fruto de uma mudança na sociedade, nos aspectos social, econômico e jurídico.

No direito contemporâneo, o contrato é um dos três pilares fundamentais da teoria geral do direito privado e sofre profundas alterações ao deixar de seguir o modelo individualista oitocentista e passar a incorporar aspectos do estado social de direito.

A autonomia privada surge na medida em que houve a transferência da sociedade feudal para a sociedade capitalista. Naquele momento histórico, o contrato teve importância fundamental, pois possibilitou a circulação dos bens, garantida pela liberdade contratual. A liberdade contratual é uma das extensões da autonomia privada.

A noção de contrato aparece como categoria universal da expressão da autonomia privada e tem como pressuposto filosófico e como consequência jurídica uma concepção que representa historicamente um importante passo na libertação do homem (PRATA, [s.d.], p. 79).

A Revolução Francesa é o marco inicial da instauração dos regimes liberais, e com ela surge o que depois vem a se chamar de Estado de Direito. Um dos princípios sobre os quais se assentou o Estado Liberal foi o Princípio da Liberdade Contratual. Também o Princípio da "Pacta sunt servanda" foi de fundamental importância, pois representou um dos elementos constitutivos do Estado Liberal e da sociedade burguesa.

No Estado Liberal, o direito contratual traz em seu bojo a concepção iluminista da autonomia da vontade, essa última confundida com a própria liberdade. O direito contratual é reflexo do momento histórico por que passa a sociedade, e no liberalismo a tendência era o individualismo e o apoio em uma sociedade burguesa.

A autonomia privada do século XIX oferecia uma liberdade apenas formal, porque partia de uma igualdade formal. Uma liberdade real geral nunca pode ser produzida só pela autonomia privada. O elemento essencial para a liberdade real é uma situação jurídica e fática aproximadamente igual dos interessados (HESSE, 1995, p. 79).

De acordo com o Código Civil brasileiro, a noção de contrato é uma projeção dos modos de adquirir, fruir e utilizar a propriedade. Com o individualismo, surge a liberdade quase absoluta de contratar, sem qualquer intervenção do Estado em assuntos de cunho privatístico (MEIRELLES, 1998).

As relações contratuais disciplinadas no Código Civil têm por base a autonomia da vontade, e dessa autonomia surge a liberdade contratual como expressão máxima. Assim, a liberdade contratual outorgava aos indivíduos a possibilidade de amplamente decidirem sobre os seus interesses.

Quanto ao Princípio da “*pacta sunt servanda*”, dava esse ao contrato a qualidade de vinculante, obrigatório e intangível. Na atualidade, porém, percebe-se que o momento histórico não é mais na mesma perspectiva do Código Civil, e surge a necessidade de reconhecer que o mesmo não mais se encontra no centro das relações de Direito Privado. Tal entendimento decorre com a nova Constituição Federal e o surgimento dos microsistemas como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor. O deslocamento da posição do Código Civil se deu em face do reconhecimento da “unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento” (TEPEDINO, 1993, p. 21-32).

Essa unidade decorre da existência da norma fundamental, e, com a referida unidade, os princípios superiores, ou valores propostos na Constituição Federal, estão presentes em todo o tecido normativo, não sendo mais aceitável a contraposição direito público/direito privado (TEPEDINO, ibi-

dem), e os interesses privados reencontram o interesse público.

Na perspectiva da superação dessa contraposição, os valores existenciais passam para o vértice do ordenamento jurídico. Disso se depreende que é necessária a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, “operando uma espécie de ‘despatrimonialização’ do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento” (TEPEDINO, *ibidem*).

A disciplina das relações privadas, que no âmbito do Código Civil eram baseadas no individualismo, hoje é tratada na perspectiva do “personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)” (PERLINGIERI, 1997, p. 1). Na perspectiva de um maior personalismo e despatrimonialização, as relações contratuais passam a ter uma função social e contribuem na busca de uma maior justiça contratual. A “repersonalização” do contrato acaba “recolocando o indivíduo como ser coletivo no centro dos interesses” (FACHIN, 1994, p. 45-50).

Operou-se, então, uma superação do modelo liberal de contrato com base em dois fatores básicos que são o Estado Liberal e a sociedade de massas.

A discussão em torno da caracterização da liberdade contratual como direito fundamental tem importante repercussão na medida em que há uma possibilidade cada vez maior de intervenção do Estado nas relações contratuais, que antes conferiam uma total liberdade e autonomia da vontade na esfera privada.

No decorrer do estudo, procurar-se-á enfrentar essas questões, na medida em que as restrições à liberdade contratual apresentam dois aspectos que são muito próximos, como a garantia da liberdade contratual em decorrência dos princípios do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade

da pessoa humana e, por outro lado, a necessária intervenção do Estado para fins de impor limites à liberdade contratual como forma de evitar que a plena liberdade exercida por alguns, especialmente os detentores de um maior poder econômico, legitime a exploração do contratante débil.

Nesse sentido, há a necessidade de repensar a matéria contratual para evitar que haja um desequilíbrio na relação contratual que se estabelece, procurando colocar em primeiro plano os valores que buscam o respeito ao livre desenvolvimento e preservação da dignidade da pessoa humana, por meio da utilização ponderada das normas que assim o asseguram. Nessa perspectiva, o princípio da proporcionalidade é um meio que possibilita preservar ao máximo todas as normas que regulamentam a matéria, procurando dessa maneira estabelecer um necessário equilíbrio.

3. Caracterização dos direitos, liberdades e garantias

No presente estudo, será analisada a liberdade contratual, a qual, apesar de não ser expressamente prevista na Constituição Federal, é em parte deduzida do rol dos direitos, liberdades e garantias. Daí a importância em caracterizar os direitos, liberdades e garantias, dos quais se retira importantes aspectos para uma posterior fundamentação da liberdade contratual como Direito Fundamental.

A classificação direitos, liberdades e garantias é relevante sob vários aspectos: em primeiro lugar, não representa um simples esquema classificatório, mas pressupõe um regime jurídico-constitucional especial; em segundo lugar, essa classificação e esse regime vão servir de parâmetro material a outros direitos análogos dispersos ao longo da Constituição; e em terceiro lugar, porque aos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias se atribui uma forma vinculante e uma densidade aplicativa (aplicabilidade direta) que apon-

tam um reforço normativo desses preceitos em face de outras normas da Constituição (CANOTILHO, 1998, p. 364).

A natureza defensiva e negativa desses direitos apresenta alguns critérios na medida em que a Constituição qualifica como direitos, liberdades e garantias direitos positivos a ações ou prestações do Estado, quando prevê que os destinatários dos direitos, liberdades e garantias não são apenas os poderes públicos, mas também as entidades privadas (Constituição Portuguesa) características, e, por último, mesmo que a dimensão de garantia aponte basicamente para a inexistência de agressão ou coação político-estatal, isso não significa que eles não se configurem como direitos a exigir o cumprimento do dever de prestação a cargo do Estado das condições de exercício de liberdade (p. 365).

As normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias têm aplicação direta (o que não significa que seja desnecessária a mediação legislativa), o que significa que os direitos por elas reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente para valerem na ausência de lei ou mesmo contra a lei (p. 366).

A referência primária dos direitos, liberdades e garantias é a sua função de defesa, auto-impondo-se como direitos negativos diretamente conformadores de um espaço subjetivo de distanciação e autonomia com o dever de proibição de agressão por parte dos destinatários públicos e privados. Aqui ficam fora da categoria dos direitos, liberdades e garantias aqueles que consistam exclusivamente em prestações do Estado, por serem constituídos em nível político-legislativo (p. 367).

O texto constitucional não possui um elenco taxativo de direitos fundamentais, mas traz uma enumeração aberta, que pode ser complementada por meio de novas faculdades, especificadas em cada momento. Além dessa complementação, trata-se de uma manifestação simétrica da regra do caráter restritivo das restrições de direitos, li-

berdades e garantias, de um princípio geral do ordenamento jurídico, qual seja, o princípio da realização da pessoa humana como decorrência imediata da afirmação de sua dignidade. E esse princípio tem como homólogo, no direito privado, o princípio da tutela geral da personalidade, aproximável do direito geral à proteção da personalidade (MIRANDA, 1998, p. 152).

3.1. Diferença entre regras e princípios

A distinção entre regras e princípios é um dos pilares fundamentais para a teoria dos Direitos Fundamentais, pois constitui a base da fundamentação iusfundamental e é chave para a solução dos principais problemas da dogmática dos Direitos Fundamentais. Constitui um elemento básico, entre outros direitos, da dogmática dos direitos de liberdade (ALEXY, 1997, p. 81).

As regras e princípios são normas, pois dizem o que deve ser; são razões para juízos concretos de dever ser e podem ser formulados com a ajuda das expressões deontológicas básicas do mandato, da permissão e proibição (p. 83).

O critério mais utilizado para a distinção entre regras e princípios é o da generalidade. Por esse critério, os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, e as regras, com um grau relativamente baixo. “Como outros critérios de distinção se discutem a ‘determinabilidade dos casos de aplicação’, a forma de sua origem – por exemplo, a distinção entre normas ‘criadas’ e ‘desenvolvidas’ –, o caráter explícito do conteúdo valorativo, a referência a idéia do direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para o ordenamento jurídico”¹. Outra diferença entre regras e princípios ocorre segundo o que sejam fundamentos de regras ou regras elas mesmas ou segundo se trate de normas de argumentação ou de comportamento (ALEXY, 1997, p. 83-85).

Com base nos fundamentos desse tipo de critério, são possíveis três teses diferentes no tocante à distinção entre regras e prin-

cípios. Pela primeira tese, a intenção de dividir as normas em regras e princípios é em vão, haja vista que a pluralidade já existe. Os defensores da segunda tese consideram que as normas podem ser divididas na classe de regras e princípios, mas a distinção seria apenas de grau, e numerosos autores dessa tese entendem que a generalidade é o critério decisivo. Conforme a terceira tese, as normas podem dividir-se em regras e princípios, sendo que entre essas regras e princípios existe não só uma distinção gradual senão qualitativa. Essa última é a tese correta (p. 85-86).

Outro critério decisivo de distinção entre regras e princípios, e que não está na lista acima apresentada, é o critério dos princípios como mandato de otimização. Segundo o critério citado, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, podendo ser cumpridos em diferente grau. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras opostos (p. 86).

Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Sendo a regra válida, deve ser feito exatamente o que ela exige, dentro das possibilidades fácticas e jurídicas. Dessa forma, a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau, sendo que toda norma é ou bem uma regra ou um princípio (p. 87).

3.2. Colisões de princípios e conflitos de regras

Na colisão de princípios e nos conflitos de regras, fica clara a distinção entre regras e princípios. Também é comum o fato de que duas normas aplicadas independentemente conduzem a resultados contraditórios e se diferenciam na forma como se soluciona o conflito.

Para a solução de um conflito de regras é necessária a inclusão de uma cláusula de exceção que elimina o conflito, ou declarar inválida ao menos uma das regras. Em caso de conflito de regras, não sendo possível a

inclusão de uma cláusula de exceção, ao menos uma das regras tem de ser declarada inválida, sem definir qual delas é a que será declarada inválida. Por meio da utilização das regras de derrogação por lei posterior de lei anterior e de lei geral por lei especial, pode ser solucionado o problema, mas também é possível proceder de acordo com a importância das regras em conflito (p. 88).

Já a solução da colisão de princípios é resolvida de maneira distinta, pois, quando um princípio proíbe e outro permite algo, um dos princípios deve ceder ante o outro, mas não significa que um princípio seja declarado inválido, nem que deva nele ser incluída uma cláusula de exceção (p. 89).

Havendo uma situação de tensão entre o interesse do Estado e o interesse do indivíduo que está constitucionalmente garantido, o Estado é obrigado a seguir a Lei Fundamental. Não pode essa tensão ser solucionada no sentido de uma prioridade absoluta, pois o conflito deveria ser solucionado por meio de uma ponderação de interesses opostos. Nessa ponderação se verá, dos interesses abstratamente considerados iguais, qual possui maior peso no caso concreto. Isso significa que cada um deles limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro, o que não quer dizer que um dos princípios não seja válido e tenha de ser eliminado do sistema jurídico (p. 90-91).

Também a inclusão de uma exceção em um dos princípios não é a solução. Esta consiste no estabelecimento, entre os princípios, de uma precedência condicionada, considerando as circunstâncias do caso. Na relação de precedência, são indicadas as condições pelas quais um princípio precede o outro, e, havendo outras condições, a solução sobre a precedência pode ser inversa (p. 91-92).

O Tribunal alemão não admite que a relação de precedência seja incondicionada, pois estabelece que nenhum dos interesses merece, sem mais, precedência frente ao outro. Isso vale, em geral, para a colisão de princípios de direito constitucional. Assim, só à

primeira vista o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana constitui uma exceção (p. 92).

Há que partir de duas normas da dignidade da pessoa, é dizer, uma regra da dignidade da pessoa e um princípio. Absoluto não é o princípio senão a regra que, com a sua abertura semântica, não necessita de uma limitação com respeito a nenhuma relação de preferência relevante, pois, se o princípio da dignidade se impusesse em todas as circunstâncias aos demais princípios constitucionais, haveria redução da garantia da dignidade da pessoa (p. 108-109).

O aspecto decisivo é saber, sob quais condições, qual princípio tem precedência e qual deve ceder. O Tribunal se serve da difundida metáfora do peso (p. 93).

Como resultado da ponderação iusfundamental correta, pode formular-se uma norma de direito fundamental com caráter de regra, e a ela pode ser feita a subsunção do caso. Assim, ainda que todas as normas de direito fundamental diretamente ditadas tenham exclusivamente caráter de princípios, algo assim não é – existiriam tanto as normas de direito fundamental que são princípios e outras que são regras, o que conduz à aplicação da teoria dos princípios na teoria da norma fundamental (p. 98).

Até aqui os princípios têm sido definidos como mandatos de otimização e as regras como normas que só podem ser cumpridas ou não, surgindo o diferente comportamento de conflito e colisão. Surgem propriedades daquelas características que devem ser consideradas e analisadas algumas objeções à teoria do conflito e da colisão (p. 98).

3.3. Noções sobre os modelos: puro de princípios, puro de regras e regra/princípios

Quanto ao modelo puro de princípios, o Tribunal Constitucional Federal alemão considera, em determinadas situações, as normas iusfundamentais como princípios.

“Com a ajuda da lei de colisão, se precisou a conexão entre as normas

iusfundamentais como princípios e as regras iusfundamentais referidas a decisões: as condições sob as quais um princípio precede o outro constituem o suposto do feito de uma regra que expressa o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”².

Dessa forma, existiriam 2 tipos de normas iusfundamentais, princípios e regras. Os princípios seriam concebidos como sendo as garantias estatuídas pelas disposições iusfundamentais. “As regras surgem da determinação das condições de precedência, como resultados das ponderações. Como em um modelo deste tipo as regras dependem totalmente dos princípios, pode ser chamado ‘modelo puro de princípios’”³.

A crítica a esse modelo é que não toma a sério a Constituição escrita, deixando de lado as regulações diferenciadas das restrições da Lei Fundamental (ALEXY, 1997, p. 117).

O modelo puro de regras é o modelo mais atrativo levando em consideração a vinculação ao texto constitucional, a segurança jurídica e a previsibilidade. Para os defensores dessa tese, as normas de direito fundamental são livres de ponderação, o que gera insegurança (p. 118).

Nesse modelo surgem três tipos de normatizações iusfundamentais: a dos direitos fundamentais sem reserva alguma, a dos direitos fundamentais com reserva simples e a dos direitos fundamentais com reserva qualificada. Esse modelo fracassa nesses três tipos de normatizações (p. 129).

O modelo de regra/princípios, com as duas formas puras não aceitáveis, surge como uma forma combinada, vinculando um nível de princípios com um nível de regras (p. 130).

Ao âmbito dos princípios pertencem todos os princípios relevantes para as decisões iusfundamentais abaixo da Lei Fundamental. Para tais decisões, não são relevantes apenas os princípios que se referem aos direitos fundamentais, ou seja, aqueles

que conferem direitos fundamentais “prima facie”, mas também aqueles que têm por objeto bens coletivos e que podem ser utilizados como razões a favor e contra os direitos fundamentais “prima facie”. Os direitos fundamentais dessa espécie são assim identificados quando conferem um direito subjetivo. Já os princípios que se referem a bens coletivos não são tão facilmente identificados, pois alguns são adscritos a disposições da Lei Fundamental que não são iusfundamentais (p. 130-131).

As disposições de direitos fundamentais ao nível de regras podem ser consideradas como expressão do intuito de estabelecer determinações frente às exigências de princípios contrapostos (p. 133-134).

Tanto as regras como os princípios instituídos por disposições constitucionais são normas constitucionais. No tocante à hierarquia dos dois níveis, desde o ponto de vista da sujeição à Constituição, existe uma prioridade do nível das regras, mas o nível dos princípios também é resultado de um ato de positivação, e esse tipo de decisão em nível de princípios que podem entrar em colisão deixa muita coisa sem decidir. Assim, na medida em que se decide ao nível de regras, se decide mais do que quando a decisão é por princípios (p. 134).

As normas de direito fundamental não podem ser concebidas só como regras ou só como princípios. O modelo adequado é obtido quando as disposições iusfundamentais se vinculam (adscrevem) tanto a regras como princípios, podendo ambas reunirem-se em uma norma de direito fundamental com caráter duplo (p. 138).

3.4. Teoria dos princípios e teoria dos valores

Os princípios e valores se vinculam, pois, por um lado, da mesma forma que é possível falar em colisão de princípios e de uma ponderação de princípios, também pode falar-se de uma colisão de valores e de uma ponderação de valores; por outro lado, o cumprimento gradual dos princípios tem o seu equivalente na realização dos valores.

Assim, enunciados do Tribunal Constitucional Federal sobre valores podem ser reformados em enunciados sobre princípios, e enunciados sobre princípios em enunciados sobre valores, sem perda alguma de conteúdo (p. 139).

Aqui é importante destacar conceitos práticos que auxiliam na diferenciação entre princípios e valores, que são: conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos. Os conceitos deontológicos são os de mandato, proibição, permissão e de direito a algo. Já os conceitos axiológicos são utilizados quando algo é catalogado como belo, seguro, econômico, democrático, social, liberal. Por último, os conceitos antropológicos são os da vontade, interesse, necessidade, decisão e ação (p. 139-140).

A partir dos conceitos acima citados, é possível diferenciar o conceito de princípio do conceito de valor. Os princípios são mandatos de otimização, e os mandatos pertencem ao âmbito deontológico. Os valores são incluídos no âmbito axiológico (p. 140-141).

A diferença entre princípios e valores está no fato de que o que no modelo dos valores é “prima facie” o melhor é no modelo dos princípios “prima facie” devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente o melhor é no modelo dos princípios definitivamente devido. No direito, do que se trata é o devido, e isso vem a favor dos princípios, e o modelo de princípios tem a vantagem de que nele se expressa de forma clara o caráter do dever ser (p. 147).

Em resumo, o modelo dos princípios e o dos valores tem mostrado ser igual no que diz respeito à estrutura, com a diferença de que um é reconhecido no âmbito deontológico (dever ser) e o outro no âmbito axiológico (o âmbito do bom) (p. 147).

Segundo Paulo Bonavides, há uma nova teoria axiológica ou teoria dos valores da terceira fase, que produz mudanças de sentido na consideração conceitual de certas noções básicas, como de direito fundamental, Constituição, hermenêutica, liberdade, separação de poderes e proporcionalidade.

Algumas dessas noções passam a compor as bases de um novo direito constitucional, vazado numa fundamentação mais sólida, proporcionada pela teoria material da Constituição, que é obra do pós-positivismo e da rejeição ao modelo do tradicional formalismo positivista (BONAVIDES, 1998, p. 584).

A dimensão valorativa e objetiva dos direitos fundamentais foi decisiva para transitar-se da hermenêutica jusprivatista de subsunção para uma Nova Hermenêutica, a hermenêutica constitucional, em que se aplica com frequência o princípio da proporcionalidade, que gera conceitos novos como os de “concordância prática”, “pré-compreensão” e “concretização”. Com a Nova Hermenêutica, concretiza-se o preceito constitucional, prevalecendo uma operação cognitiva de valores que se ponderam. O intérprete é colocado diante da consideração de princípios, que são as categorias por excelência do direito constitucional (1998, p. 585).

A ponderação na aplicação dos valores e princípios não conduz sempre ao mesmo resultado. Não é a ponderação um procedimento no qual um bem é obtido à custa do outro, não se caracterizando um procedimento abstrato ou geral. O resultado é um enunciado de preferência condicionado em que, de acordo com a lei de colisão, surge uma regra diferenciada de decisão. A ponderação é uma tarefa de otimização (ALEXY, 1997, p. 166).

4. Os direitos fundamentais como direitos subjetivos

Em termos de direitos fundamentais, nós não temos um modelo de direitos subjetivos, e fala-se muito em posições jurídico-subjetivas. A Constituição contém normas que podem ou não conter posições jurídico-subjetivas.

Ainda não há um consenso sobre a definição de direito subjetivo, mas nas discussões sobre a matéria surgem questões bastante diferenciadas do tipo normativas, em-

píricas e analíticas, que são analisadas (p. 173).

Na relação direitos subjetivos e questões normativas, essas últimas podem distinguir-se em ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas. Será caso de questão ético-filosófica quando, independente da validade do ordenamento jurídico, surgir um questionamento sobre a existência dos direitos dos indivíduos e quais direitos teriam. Quando se pergunta se um sujeito jurídico possui determinado direito subjetivo em um sistema jurídico, é analisada questão do tipo jurídico-dogmática (p. 174).

As questões empíricas são importantes na teoria jurídica dos direitos subjetivos, sendo notória a importância no marco dos argumentos históricos e teleológicos (p. 176).

As questões analíticas são muito importantes em uma teoria estrutural dos direitos fundamentais. Na consideração analítica dos direitos subjetivos, a norma é aquilo que expressa um enunciado normativo (p. 177).

Os direitos subjetivos apresentam uma variedade muito grande de espécies, cabendo distinções do tipo direitos do domínio absoluto e relativos, por um lado, e direitos de conformação, por outro, a distinção trazida por Jellinek de direitos de status negativo, positivo e ativo, e a divisão de Kelsen em direitos reflexos, direitos subjetivos em sentido técnico, autorizações positivas das autoridades, direitos políticos e direitos fundamentais e de liberdade (p. 183-184).

Uma norma garante um direito subjetivo quando o titular do bem tem, em face do seu destinatário, o “direito” a determinado ato, e esse último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse ato. Assim, o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito (CANOTILHO, 1998, p. 1122).

As relações e posições constitutivas de direitos fundamentais são muito diferenciadas (p. 1126-1128):

– Quanto aos direitos fundamentais ga-

rantidos como *direitos a atos negativos*, existem três perspectivas: 1. direito ao não-impedimento por parte dos entes públicos de determinados atos; 2. direito à não-intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjetivas; 3. direito à não-eliminação de posições jurídicas (ex. direito à não-eliminação da propriedade privada).

– No que se refere aos *direitos a ações positivas*, muitas normas da Constituição consagram direitos dos indivíduos a ações positivas do Estado, quer reconhecendo direito a uma ação positiva de natureza fática, quer garantindo o direito a um ato de natureza normativa.

– E quanto a uma outra posição jurídica fundamental expressa pela categoria jurídico-dogmática de *liberdades*, é essa ligada aos direitos de defesa perante o Estado. As liberdades costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva, sendo identificadas com direitos a ações negativas. A denominação mais apropriada é direitos de defesa e não direitos de liberdade, porque o direito de liberdade é apenas uma fatia dos direitos de defesa.

Mas os direitos fundamentais deixaram de ser caracterizados pela singularidade da face subjetiva e passaram a ter uma dupla dimensão: a subjetiva e a objetiva, essa última a que em muito contribuiu para a renovação dos fundamentos do direito constitucional. Nessa perspectiva, também a liberdade se viu afetada, pois com a dimensão subjetiva alcançava-se apenas uma extensão parcial da liberdade do indivíduo com a liberdade do Estado, sendo que com a dimensão objetiva, a liberdade enquanto fruição de direitos fundamentais, poderia ser estendida a todos os membros da sociedade (BONAVIDES, 1998, p. 585-586).

5. O direito geral de liberdade

O Tribunal Constitucional Federal alemão interpretou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como direito ge-

ral a liberdade de ação, e essa concepção tem sido mantida (ALEXY, 1997, p. 331-332).

As conseqüências de um direito fundamental que garanta a liberdade geral de ação (liberdade de fazer e omitir o que um quer) tem grande alcance. Esse direito de liberdade garante duas coisas: por um lado, a cada um é permitido “prima facie”, ou seja, em caso de não intervenção de restrições, fazer ou omitir o que queira (norma permissiva). Por outro lado, cada qual tem “prima facie”, ou seja, na medida em que não intervenham restrições, um direito frente ao Estado para que não impeça ações e omissões (norma de direito) (p. 333).

O direito geral de liberdade, englobando normas permissivas e de direitos, não é a versão mais ampla. Os dois tipos de normas citados se referem só a ações do titular de direitos fundamentais. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, porém, o direito geral de liberdade pode estender-se também à proteção de ações, de situações e posições jurídicas do titular de direito fundamental (p. 333-334).

Um direito geral de liberdade tão amplo exige também uma ampla versão da cláusula restritiva. Mas, o Tribunal Constitucional Federal se decidira pela mais ampla de todas as cláusulas restritivas, compatível com a Lei Fundamental. A contraposição surgida entre o direito amplo e a cláusula ampla tem conseqüências processuais: entendendo lesionado um direito fundamental seu por meio de lei que restringe a liberdade de ação, toda pessoa poderá discutir, com recurso de inconstitucionalidade, se essa lei não contraria a Constituição (p. 334-335).

Há muitas objeções à concepção do direito geral de liberdade, mas a concepção de um direito geral de liberdade traz consigo mais vantagens que inconvenientes (p. 335).

Uma das objeções contra a concepção do direito geral de liberdade é no sentido de que tal direito é vazio, carece de substância, e, assim, não poderia julgar acerca da admissibilidade de restrições à liberdade. Segundo o autor, convém dividir em duas te-

ses a objeção do conteúdo vazio: a tese da não-tipicidade e a da falta de substância. Pela primeira, o entendimento é de que a concepção do direito geral de liberdade conduz a uma norma iusfundamental sem suposto de fato. A segunda sustenta que a concepção do direito geral de liberdade torna impossível a vinculação do legislador, pois não haveria critério para saber quais restrições podem ser impostas e quais não (p. 335-336, 338).

A objeção mais importante, que consiste na falta de substância, tem sido refutada (p. 359).

Uma restrição para ser admissível deve ser compatível com o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, parte do postulado da ponderação de que quanto mais afetadas resultarem as manifestações elementares da liberdade de ação humana, mais cuidadosamente devem ser ponderadas as razões alegadas como justificação frente ao direito básico de liberdade do cidadão (p. 339).

Na análise do conceito de liberdade, a liberdade de fazer e omitir o que se quer, ou seja, a liberdade de eleger entre alternativas de ação, foi designada como liberdade negativa em sentido amplo. Uma pessoa é qualificada como livre em sentido negativo na medida em que suas alternativas de ação não estão obstaculizadas. O conceito de liberdade em sentido amplo engloba a liberdade jurídica (caso em que algo não está nem ordenado nem proibido) e também engloba a liberdade sócio-econômica, que não existe na medida em que situações econômicas deficitárias impedem o indivíduo de utilizar alternativas de ação (p. 341).

Uma segunda objeção, chamada sistemática, é aquela a que se recorre quando o direito geral de liberdade é vinculado com a concepção de um sistema axiomático cerrado (p. 361).

O sistema é cerrado na medida em que o direito geral de liberdade protege “prima facie” a liberdade negativa (em sentido estrito).

Entre a dignidade da pessoa humana e o direito geral de liberdade existem duas re-

lações: de precisão e complementação, sendo que para este estudo apenas interessa a primeira (p. 362).

O princípio da liberdade negativa confere precisão ao princípio da dignidade humana. Quem apresenta o princípio da dignidade da pessoa como fundamento do princípio da liberdade negativa não deduz este daquele apenas, mas se apóia bem numa precisão segundo o esquema dedutivo abaixo:

“(1) A dignidade da pessoa deve ser respeitada e protegida.

(2) Se não vale o princípio da liberdade negativa, a dignidade da pessoa não é respeitada e protegida.

(3) Deve haver o princípio da liberdade negativa”⁴.

A objeção sistemática contra o direito geral de liberdade é injustificada (ALEXY, 1997, p. 365).

A terceira objeção refere-se ao conteúdo e, segundo ela, o direito geral de liberdade é expressão de uma concepção errônea do indivíduo e da sua relação com o Estado e a comunidade. Tal objeção se dirige contra duas propriedades do direito geral de liberdade: primeiro, contrário pelo fato de que é um direito ilimitado desde o ponto de vista do suposto de fato; segundo, contrário pelo fato de que é um direito negativo no sentido exposto. O direito geral de liberdade possui essas propriedades, mas não traz as temidas conseqüências (p. 365).

Uma situação total de liberdade, que não é mais que uma situação correta ou justa da sociedade, não pode esgotar-se numa maximização da liberdade jurídica negativa que consista na ausência de mandatos e proibições. Sem a liberdade negativa na relação entre iguais, sem as competências jurídicas para participar na formação da vontade coletiva (liberdade negativa democrática), sem um certo grau de ausência de situações econômicas deficitárias (liberdade negativa social) e também sem as ações de participação na comunidade política (liberdade positiva democrática), não pode haver nenhuma situação total de liberdade (p. 367-368).

Por meio da lei de ponderação, o direito geral de liberdade é introduzido na situação total de liberdade de maneira que a referência da pessoa e a vinculação com a comunidade podem, de um lado, ser tomadas em conta sem maior problema e, de outro, se manterem os elementos de liberdade necessários à independência da pessoa.

5.1. O direito geral de liberdade e as normas iusfundamentais

A liberdade forma parte da dignidade da pessoa e esta deve ser tomada em conta nos casos de exame da compatibilidade material com a ordem constitucional. A concepção formal-material do direito geral de liberdade pode solucionar o problema, pois, segundo ela, a norma da dignidade da pessoa e a norma que garanta a liberdade negativa não precisam ser examinadas em graus diferentes. O peso das razões que falam a favor da proteção do direito fundamental resulta da conjugação do princípio da liberdade negativa e do princípio da dignidade da pessoa humana. Tais princípios juntos devem ser ponderados diante dos princípios que falam a favor da intervenção. Mas, se os subprincípios materiais do princípio da dignidade da pessoa humana não devem ser examinados em um grau inferior ao subprincípio formal da liberdade, com maior razão vale que o princípio da liberdade negativa não tem de ser examinado em um grau inferior ao princípio da liberdade negativa porque seja um subprincípio do princípio da dignidade da pessoa (p. 374).

O suposto de fato do direito geral de liberdade engloba todos os supostos de fato dos direitos especiais de liberdade. Estes são expressão de decisões do legislador constitucional no âmbito do princípio da liberdade negativa (p. 375-376).

6. Restrições aos direitos fundamentais

As restrições aos Direitos Fundamentais somente podem ocorrer por normas de hierarquia constitucional ou por normas infra-

constitucionais quando a Constituição autorizar a restrição.

Somente é admissível a restrição dos Direitos Fundamentais quando, na análise do caso concreto, os princípios opostos tiverem um peso maior que o do princípio iusfundamental. Devem, no entanto, as diferentes restrições ser analisadas e aplicadas à luz das regras básicas da proporcionalidade e concordância prática, para fins de que seja alcançada, na medida do possível, a otimização dos direitos, liberdades e garantias.

6.1. Conceito de restrições dos direitos fundamentais

Há duas teorias que explicam o conceito de restrições. Para a primeira, chamada teoria externa, nos ordenamentos jurídicos os direitos se apresentam primordial ou exclusivamente como direitos restringidos, mas insiste que também existem direitos sem restrições. Para essa teoria, a relação entre direito e restrições é criada em face da necessidade externa do direito de compatibilizar os direitos dos indivíduos, bem como os direitos individuais e bens coletivos. Para a segunda teoria, teoria interna, não existe o direito e suas restrições como sendo duas coisas separadas, mas existe o direito com um determinado conteúdo, sendo que o conceito de restrição é substituído pelo de limite. As dúvidas sobre os limites do direito estão ligadas à questão do seu conteúdo (p. 268, 269).

A definição sobre uma teoria ou outra depende do fato de que as normas iusfundamentais sejam consideradas como regras ou princípios e as posições iusfundamentais como posições definitivas ou “prima facie”. Se se parte de posições definitivas, é possível refutar a teoria externa, e se se parte de posições “prima facie”, a teoria interna (p. 269).

Os bens restringíveis são aqueles iusfundamentalmente protegidos (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e posições “prima facie” concedidas por princípios iusfundamentais (p. 272).

Quanto à questão do que são as restrições de direito fundamental, refere o autor que são normas que restringem posições iusfundamentais “prima facie”. Uma norma só pode ser uma restrição de direito fundamental se é constitucional (p. 272).

O conceito de restrição de direito fundamental é definido tanto para regras como para princípios. Uma regra é uma restrição a um direito fundamental quando na vigência, em lugar de uma liberdade iusfundamental “prima facie” ou de um direito iusfundamental “prima facie”, aparece uma não-liberdade definitiva e um não-direito definido de igual conteúdo. Quanto aos princípios restringentes, não podem eles, por si só, colocar ao indivíduo não-liberdades ou não-direitos. Para as restrições definitivas requer-se uma ponderação entre o princípio de direito fundamental e o princípio que o restringe (p. 274-275). Os princípios restringem materialmente todas as possibilidades de concretização dos direitos iusfundamentais, fazendo com que em lugar da liberdade iusfundamental “prima facie” ou de um direito fundamental “prima facie” apareça uma não-liberdade ou um não-direito de igual conteúdo (STUMM, 1995, p. 137-138).

6.2. Requisitos das leis restritivas

É necessário o estabelecimento de requisitos para evitar a aniquilação dos direitos, liberdades e garantias por meio de leis restritivas. São eles:

1. exigência de autorização de restrição expressa – por esse requisito, o legislador deverá procurar nas normas constitucionais o fundamento concreto para o exercício da sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias;

2. o requisito de lei formal – por ele, os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos por lei;

3. o requisito da generalidade e abstração da lei restritiva – tal requisito proíbe a existência de leis de natureza individual e concreta restritiva de liberdade e garantias individuais;

4. o requisito da não-retroatividade da lei restritiva – é um princípio geral das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias;

5. o princípio da proibição do excesso – no âmbito das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida);

6. o princípio da salvaguarda do núcleo essencial – por esse requisito, existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode ser violado (CANOTILHO, 1998, p. 412-420).

O limite à restrição de um direito fundamental é o resguardo do núcleo essencial, e quanto à garantia do núcleo referir-se a posições subjetivas ou objetivas, o Tribunal Constitucional Federal alemão entende que a decisão deve garantir o conteúdo essencial a posições individuais, porque os direitos fundamentais constituem posições iusfundamentais do indivíduo (STUMM, 1995, p. 139).

As teorias subjetivas podem ser absolutas ou relativas. A teoria relativa vê o conteúdo essencial como resultado da ponderação. Para essa teoria, a restrição dos direitos fundamentais com a aplicação do princípio da proporcionalidade não lesionam o núcleo essencial. A teoria absoluta não admite em nenhum caso a restrição ao núcleo de um direito, sendo que o conteúdo essencial é determinado em abstrato, consistindo num espaço de maior intensidade valorativa. As decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão oscilam entre a aplicação de uma ou outra dessas teorias, mas se manifestou várias vezes pela absoluta (p. 140).

No texto da constituição brasileira, a proteção do núcleo essencial não é uma exigência expressa, mas não significa por isso que ela não vigore, ao contrário, ela aparece como reflexo da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional, como forma de evitar restrições desproporcionais (p. 141-142).

6.3. Tipos de restrições dos direitos fundamentais

Os tipos de restrições eventualmente existentes são: 1. restrições constitucionais diretas ou imediatas (restrições diretamente estabelecidas pelas normas constitucionais); 2. restrições estabelecidas por lei, mediante autorização expressa da Constituição (reserva da lei restritiva); 3. limites iminentes ou implícitos (correspondem aos limites constitucionais não-escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos, com a finalidade de se salvaguardarem outros direitos ou bens constitucionalmente garantidos) (CANOTILHO, 1998, p. 1142-1143).

É necessária a diferenciação entre restrição e cláusula restritiva para a compreensão da sistemática das restrições da Lei Fundamental. A definição de restrição corresponde à perspectiva do direito, e de cláusula restritiva é a parte da norma completa de direito fundamental que disse como está ou pode ser restringido o que o suposto de fato de direito fundamental garante “prima facie” (ALEXY, 1997, p. 277). Em outros termos, a restrição se refere ao direito e a cláusula restritiva constitui-se numa norma que veicula a restrição. A cláusula pode ser expressa ou tácita.

6.4. Estrutura das normas restritivas

As normas imediatamente restritivas de direitos são, ao mesmo tempo, normas de garantia de direitos e normas limitativas de direitos.

Quando há previsão de limitação dos direitos, liberdades e garantias, por meio de lei, a norma é simultaneamente uma norma de garantia (porque reconhece um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental) e uma norma de autorização de restrições (porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido) (CANOTILHO, 1998, p. 1144).

Os limites iminentes existentes nos direitos fundamentais dependem dos limites

impostos pela Constituição, que os cria ou recebe. Os limites imanentes podem ser expressos, quando previstos no texto constitucional, ou serem implícitos à ordem jurídica. Nesta hipótese, só são determináveis por interpretação (STUMM, 1995, p. 143).

Os limites imanentes implícitos aparecem quando ocorre um conflito positivo de normas constitucionais, entre uma norma consagrada de certo direito fundamental e outra consagrada de outro direito ou diferente interesse constitucional. Ocorre somente entre direitos válidos e bens e interesses constitucionalmente protegidos, e a solução do conflito será dada pelo método da concordância prática ou ponderação (p. 143).

7. A liberdade como direito fundamental

Os direitos fundamentais são decisivos tanto para a atividade do legislador como para a das instâncias de criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas (HESSE, 1995, p. 58).

O Tribunal Constitucional Federal alemão identifica nos direitos fundamentais, junto com a sua função de defesa frente às intervenções do Poder Público, princípios objetivos não só do ordenamento constitucional, senão simplesmente do ordenamento jurídico em seu conjunto (p. 57).

A Lei Fundamental alemã não garante expressamente a liberdade contratual, mas seu exercício dentro dos limites da ordem constitucional, é assegurada como projeção do livre desenvolvimento da personalidade pela jurisprudência do Tribunal Constitucional (p. 55).

No direito civil tradicional, o princípio fundamental da autonomia privada, em particular na forma da liberdade contratual, deve ser preservado, pois constitui o aspecto ativo e positivo da personalidade, o âmbito em que a pessoa pode atuar como ser autônomo e responsável, no qual não é lícito convertê-la em simples meio para fins sociais. Assim, existem boas razões para que

a autonomia privada e a liberdade contratual estejam hoje no centro da discussão sobre a situação e o significado do direito civil. Os perigos para a sua subsistência estão na proliferação de regulamentações imperativas (p. 75).

A liberdade contratual encontra seu fundamento e limites baseada na responsabilidade da vida e da personalidade, tendo como pressuposto uma certa igualdade jurídica e fática dos interessados. Com a falta de tal pressuposto, a autonomia de um conduz à falta de liberdade de outro, e desaparece todo fundamento e transpassa todo limite. O equilíbrio indispensável deve então ser encontrado por outra via, que é a da regulação estatal (p. 78).

A Lei Fundamental garante fundamentos de direito privado, com a vinculação reforçada do direito constitucional, enquanto tutela da personalidade livre e autodeterminada mediante os direitos de liberdade e mediante o direito geral da personalidade, que protege a pessoa frente a intervenções estatais (p. 84).

O princípio da autonomia da vontade, com base no qual está o desenvolvimento da personalidade da pessoa ligado à liberdade, supõe que renúncias no âmbito do direito são admissíveis, mas não são ilimitadas. A renúncia está condicionada às condições de igualdade, ficando comprometida a sua voluntariedade quando ocorrer no âmbito de uma relação de poder. Aqui surge a idéia de equilíbrio, que é imprescindível para falar-se em liberdade contratual, e surgem limitações advindas do legislador, que limitam a liberdade negocial (p. 23).

A garantia de institutos jurídico-privados, a salvaguarda de obrigações estatais de tutela e a função de guia podem reforçar a autodeterminação individual, bem como ter transcendência para novos componentes sociais do direito privado, conduzindo a vinculações no exercício dos direitos e limitações da autonomia privada (p. 85).

Assim também é decisiva a transcendência do direito privado para a ordem consti-

tucional da Lei Fundamental, que se apóia no desenvolvimento de relações garantidas pelos direitos fundamentais mediante o direito privado, pois, sem as regras mais detalhadas desse último, não poderiam desenvolver-se nem ter efeito algum. Isso vale para a liberdade contratual (p. 85-86).

Mas, antes de mais nada, um direito civil que descansa sobre a proteção da personalidade e sobre a autonomia privada forma parte das condições fundamentais da ordem constitucional da Lei Fundamental (p. 86).

No direito brasileiro, a Constituição Federal, ao referir os direitos “decorrentes do regime e dos princípios”, consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos pela via da interpretação, com base nos direitos constantes do “catálogo”, bem como no regime e nos princípios fundamentais da Constituição (SARLET, 1998, p. 88).

No desenvolvimento interpretativo dos direitos não-escritos, já em comentário à Constituição de 1946, autores têm referido a questão da impossibilidade de especificar todos os direitos e de mencionar todas as liberdades, cabendo à lei ordinária, à doutrina e à jurisprudência completarem a obra (p. 89).

Na nossa Constituição Federal, o conceito materialmente aberto do art. 5º, parágrafo segundo, prevê a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não-escritos. Assim, sob o título de direitos decorrentes, o Constituinte reconheceu expressamente a possibilidade de se deduzirem novos direitos fundamentais, com base no regime e nos princípios da Constituição (p. 92).

No direito brasileiro, o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana reside, primordialmente, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa. A liberdade é considerada a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar a sua conduta (p. 105).

Mas a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado. Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade (p. 106).

A garantia do livre desenvolvimento da personalidade e o direito à autodeterminação sobre assuntos que dizem respeito à esfera particular e garantia de um espaço privado constituem pressuposto para o respeito da dignidade da pessoa.

“Na medida em que o exercício do poder constitui permanente ameaça para a dignidade da pessoa humana, há quem considere a limitação do poder como uma exigência diretamente decorrente desta, acarretando, dentre outras conseqüências, a necessidade de se tolerarem ingerências na esfera pessoal apenas com base na lei e desde que resguardado o princípio da proporcionalidade”(p. 108).

O sentido do caráter preceptivo das normas consagradoras de direitos fundamentais é o de preservar a liberdade individual dos atentados do Estado, dos poderes públicos e de quaisquer outros que possam ofender a liberdade individual ou suprimi-la (PRATA, [s.d.], p. 136-137).

A liberdade de atuação individual é aceita desde que não prejudique intoleravelmente a idéia da dignidade da pessoa humana, no entanto, essa consideração é válida na medida em que

“não exista preceito legal expresso que regule o caso, impondo certas obrigações e deveres ou proibindo especialmente a discriminação a ou contra certas categorias de pessoas. Ao legislador ordinário fica assim atribuída uma margem de atuação que lhe per-

mite fazer variar, conforme as necessidades públicas e a opinião geral, o espaço de liberdade dos indivíduos nas relações de direito privado – desde que, é evidente, não atinja o conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias nem destrua a autonomia individual”(ANDRADE, 1998, p. 295).

8. *Limites à liberdade contratual*

Não há vedação para que sejam estabelecidos limites à autonomia e liberdade pessoal, mas a redução do núcleo da dignidade da pessoa humana a uma fórmula abstrata e genérica parece possível apenas na análise do caso concreto.

Na legislação dos contratos, existem duas diretivas que, apesar de parecerem antagônicas, só têm sentido se analisadas conjuntamente. São elas o dirigismo contratual e a liberdade contratual. Vieira de Andrade considera essencial, numa relação contratual, que os sujeitos privados poderosos não podem ser tratados do mesmo modo que os demais indivíduos, devendo ser consideradas ilícitas as restrições que atingem a dignidade das pessoas, mas também não pode ser negada ou destruída a autonomia pessoal e a liberdade negocial (p. 284).

Na perspectiva da limitação da liberdade contratual, os direitos fundamentais sofrem uma mudança qualitativa, que produz uma alteração jurídica das relações jurídico-privadas, mediante uma diferenciada intervenção pública que relativiza o dogma da autonomia da vontade (HESSE, 1995, p. 12).

O dirigismo contratual surge como uma espécie de elemento mitigador da autonomia privada, fazendo presente a influência do direito público no direito privado pela interferência estatal na liberdade de contratar (NERY JÚNIOR, 1998, p. 347).

Após uma evolução do Estado, no direito contratual contemporâneo não mais subsiste o individualismo puro existente no século XIX, baseado na liberdade formal e se-

gurança, mas surgem interesses sociais que passam a ser tutelados visando a uma verdadeira justiça contratual. Assim, o “laissez faire” da Escola Liberal “não trará justiça para todas as atuais tarefas”(HESSE, 1995, p. 78). Surge uma renovação teórica do contrato, chamada de socialização da teoria contratual, que busca a equidade, a boa-fé e a segurança nas relações contratuais. A socialização se fará sentir por meio do intervencionismo do Estado na vida dos contratos, para fins de assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo (MARQUES, 1995, p. 74).

Na busca do equilíbrio contratual, a lei passa a desempenhar a importante função de limitadora e legitimadora da autonomia da vontade (p. 75), na medida em que estipula quais interesses sociais serão protegidos, o que não significa que a autonomia da vontade não permaneça, mas fica restrita a auto-regulação das partes ao disposto nas normas imperativas. Nesse sentido, na medida em que a autonomia da vontade é mitigada como decorrência da nova concepção de contrato no Estado Social, surge o interesse social como elemento direcionado para a sociedade para que o contrato encontre a sua função social.

Ao invés da vontade absoluta das partes, “o direito dos contratos socializado redescobre o papel da lei, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente”, visando à proteção de determinados interesses sociais na medida em que consegue efetivamente limitar a vontade que visa apenas a interesses individuais (p. 77).

O dirigismo contratual ocorre apenas nas relações jurídicas consideradas como merecedoras do controle estatal, do que se depreende que a desigualdade em si não é situação que reclama a interferência, mas ocorre quando no caso concreto uma das partes é considerada contratante débil, para que seja mantido ou se restabeleça o equilíbrio. Dessa forma, são consideradas as reais desigualdades, ao contrário do que se visava na legislação oitocentista, em que não

havia o dirigismo, e bastava uma igualdade formal.

Na sociedade de massas, surgem os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos, os quais, em razão da estipulação prévia e unilateral pelos fornecedores, podem possibilitar um direcionamento das cláusulas de acordo com os seus interesses, garantindo vantagens que quebram o equilíbrio do contrato. Tais cláusulas são abusivas, sendo que o desequilíbrio do contrato se manifesta na definição dos direitos e obrigações que normalmente beneficiam a parte contratual mais forte, às custas da lesão dos interesses da parte com menos poder.

No entanto, nos contratos de adesão, mesmo caracterizada a falta de liberdade contratual e restando caracterizado o poder de barganha, o caráter contratual existe, e a manutenção do vínculo geralmente beneficia o contratante mais fraco (p. 46).

No que se refere à liberdade contratual, também nos contratos submetidos a condições gerais dos contratos, não existe liberdade contratual, liberdade de determinar o conteúdo do contrato (p. 56), haja vista que tais condições são rígidas e unilateralmente elaboradas, especialmente quando o fornecedor é o contratante que detém o monopólio do objeto do contrato. Diante da possibilidade de ocorrerem abusos por meio de uma estipulação unilateral, é necessária a intervenção para disciplinar o conteúdo das referidas condições, cujo controle pode ocorrer de forma preventiva (legislador ditar conteúdos, autorização de órgão administrativo) ou repressiva (controle pelo poder judiciário).

O crescente dirigismo contratual traz a questão da crise ou declínio do contrato, que na realidade não ocorreu, pois houve um fortalecimento do contrato e uma adequação à realidade emergente, com o que as figuras contratuais clássicas perderam a liberdade absoluta de contratar, e surgiram novas e variadas formas contratuais.

Na atualidade, predominam não mais aqueles contratos que cumpridos se extin-

guem, mas aqueles de longa duração, tendo como características a continuidade dos serviços, massificação, prestabilidade por terceiros do objeto contratual, internacionalidade ou grande poder econômico dos fornecedores, e a crescente substituição do Estado por fornecedores privados, o que gera a necessidade de uma intervenção do legislador para efetivar a regulamentação, ou a intervenção do judiciário para possibilitar o equilíbrio (p. 64).

Com o dirigismo contratual da atualidade, o Estado interfere na liberdade de contratar, mantendo o perfil civil da figura do contrato. Dessa forma, apesar do dirigismo, os conteúdos típicos de direitos privados permanecem

“como espaços autônomos de liberdade (como mostra sobretudo a sua proteção por direitos fundamentais individuais), mas esta liberdade já não é apenas limitada pela liberdade dos outros particulares, mas também pelos reflexos da solidariedade nas relações intersubjetivas entre os sujeitos de direito”(WIEACKER, 1993, p. 4).

O intervencionismo manifesta-se de início por meio de um controle que se limita a atividades de fiscalização, controle de determinados negócios, determinação de preços mínimos (MARQUES, 1995, p. 88), até chegar a um intervencionismo mais considerável na forma de limitações legislativas que reduzem o poder de estipulação livre por parte dos particulares e interferem nos conteúdos dos contratos.

Os limites à liberdade contratual aparecem na forma do dirigismo contratual, que pode ser de duas formas: dirigismo contratual público (legislativo, judicial e administrativo) e dirigismo contratual privado.

No dirigismo contratual legislativo, aparecem as seguintes limitações: limitação da liberdade de escolha do outro contratante, limitação da liberdade de escolha do tipo contratual e limitação da liberdade de determinação do conteúdo do contrato (NETO LOBO, 1995, p. 40-45).

Para promover o dirigismo contratual, é necessário que o legislador utilize normas cogentes ou impositivas, para fins de surtir os efeitos desejados (NETO LOBO, 1990, p. 64-78). O Estado passa a legislar tendo em vista as necessidades gerais da sociedade, e não segundo a vontade comum e provável dos contratantes.

A limitação da liberdade de escolha do outro contratante decorre da própria imposição ao Estado Social da tarefa de garantir o fornecimento de bens vitais a todos os cidadãos, sendo irrecusável a contratação. Os exemplos mais característicos são os setores de fornecimento de serviços públicos (água, luz, telefone, transporte) ou monopolizados (Idem, *ibidem*).

Quanto à limitação da liberdade de determinação do conteúdo contratual, o legislador estabelece algumas ou todas as condições do contrato. Ocorre freqüentemente nas relações contratuais sujeitas às flutuações da economia dirigida, pelos acertos e desacertos do Estado Social. Nessa espécie de limitação, temos como exemplos o inquilinato, os contratos imobiliários, contrato de turismo e o contrato de seguro (NETO LOBO, 1995).

Na limitação à liberdade de escolha do tipo contratual, estabelece-se rigidamente o tipo, para que determinadas relações se convertam em contrato, caracterizando-se como um tipo legal compulsório (NETO LOBO, 1990). Nessa espécie de limitação, a lei estabelece os tipos contratuais exclusivos em determinados setores, a exemplo dos contratos de licença ou cessão, no âmbito da lei de software, e dos contratos de parceria e arrendamento, no âmbito do direito agrário (NETO LOBO, 1995).

Ainda no âmbito do dirigismo contratual legislativo, há situações de proibição de contratar e contratos compulsórios, que são formas extremas de negação da liberdade de contratar. Na primeira hipótese, decorrente da natureza da intervenção do Estado Social, a economia dirigida leva à proibição de contratar, total ou parcialmente. Como exem-

plo, a proibição de exportar ou importar durante certo período. Na segunda hipótese, os indivíduos são obrigados a contratar, ocorrendo circunstâncias previstas em lei. Como exemplo, a obrigação do seguro de carro (NETO LOBO, 1990).

O dirigismo contratual na jurisprudência se manifesta especialmente nas hipóteses de restauração do equilíbrio contratual. Também as influências econômicas provocadas pelo estado social afetam o contrato nessa esfera (Idem, *ibidem*).

O dirigismo administrativo distribui-se de forma difusa por toda a Administração Pública, por meio de tabelamento ou controle de preços, resoluções, portarias. A Administração Pública também é responsável pela criação de condições gerais de contrato em determinadas atividades econômicas, que são dirigidas não só aos contratantes débeis, mas aos contratantes fornecedores de bens ou serviços (Idem, *ibidem*).

O dirigismo contratual não decorre apenas da interferência do Estado, mas também ocorre por intermédio da parte mais forte da relação contratual, que impõe condições às quais se vinculam e se obrigam as partes que necessitam dos bens ou serviços oferecidos. O dirigismo privado utiliza três formas de padronização contratual: o contrato de adesão, as condições gerais de contrato e o contrato concluído mediante módulos ou formulários (Idem, *ibidem*).

O Estado Social de Direito reclama cada vez mais uma efetiva solidariedade social ou justiça contratual. Nesse sentido, a tendência atual é a não-restrição dos Direitos Fundamentais a uma dimensão subjetiva individualista, mas lhe confere uma dimensão objetiva, que apresenta uma maior abrangência. A dimensão objetiva, a rigor, são os direitos a prestação, que pertencem à segunda geração, mas por ora é importante ressaltar esse aspecto, uma vez que representam uma forma de dar cumprimento aos direitos subjetivos de defesa.

Na matéria contratual da atualidade, o dirigismo contratual como decorrência da

sociedade de massas e do Estado Social reflete muito bem essa realidade por meio das novas formas contratuais que surgiram, cujas limitações contra opressões tanto da esfera privada quanto da pública vêm ao encontro dos anseios e em benefício de toda uma coletividade. Ex.: controle de preços, dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que protegem o contratante débil contra abusos do poder econômico.

Essa é certamente uma das funções da dignidade da pessoa humana, ou seja, a de impor limites para situações de desigualdade, abuso e violação dos Direitos Fundamentais, quando uma das partes precisa efetivamente de uma maior proteção. Faz-se necessária a imposição dos referidos limites para que a liberdade da outra parte também fique assegurada (contratante débil).

Outra função que cabe ao princípio da dignidade da pessoa humana é garantir um mínimo de liberdade para que a pessoa possa determinar com autonomia a sua vida e não fique sujeita ao arbítrio do Estado, pois a Constituição não proíbe, ao contrário, promove a livre iniciativa e o desenvolvimento econômico do país. E, para tanto, a liberdade contratual também precisa ser assegurada.

Portanto, sempre que o sentimento jurídico comunitário exigir, pode o legislador ou o juiz comprimir a liberdade individual, para fins de evitar situações de injustiça a que o abuso de liberdade conduz, e assim defender a liberdade e a dignidade dos outros homens (ANDRADE, 1998, p. 295).

Como se verá no próximo ponto, as entidades públicas e privadas são vinculadas aos Direitos Fundamentais, de forma que a tendência em todos os âmbitos é a busca do equilíbrio na relação unilateral com o Estado ou na relação bilateral entre as partes ou entes privados.

9. A eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada

Os direitos, liberdades e garantias vinculam as relações do particular com o Esta-

do, bem como as relações que os indivíduos estabelecem entre si. Assim, entidades Públicas e Privadas são vinculadas aos Direitos Fundamentais, para fins de ser assegurada a dignidade da pessoa humana e o respeito da liberdade de cada um com os demais.

A vinculação das entidades públicas é estendida a todas as entidades públicas, desde o legislador aos tribunais e à Administração, desde os órgãos do Estado aos órgãos regionais e locais, desde os entes da administração central até às entidades públicas autônomas. As formas de atuação podem-se dar por meio de leis, regulamentos, medidas administrativas ou judiciais (CANOTILHO, 1998, p. 401).

Os Direitos Fundamentais, apesar do caráter de indeterminabilidade, possuem força vinculativa imediata, tanto ao juiz como ao legislador. Mesmo desnecessária a intervenção legislativa, deve haver a análise da densidade do preceito constitucional, para fins de verificar a possibilidade da aplicação imediata (STUMM, 1995, p. 134).

Ao juiz civil se libera uma ampla aplicação imediata dos direitos fundamentais, devendo aplicar o direito de acordo com a Constituição e observar os Direitos Fundamentais como princípios objetivos na precisão dos conceitos indeterminados e cláusulas gerais (HESSE, 1995, p. 65). A vinculação traduz-se de duas maneiras: positiva e negativa. Positivamente pela via interpretativa, integração e aplicação de modo a conferir aos Direitos Fundamentais a máxima eficácia possível; e negativamente na não-aplicação de preceitos legais que não os respeitem, com os instrumentos e técnicas de apreciação da inconstitucionalidade material (MIRANDA, 1998, p. 284).

Ao legislador do direito privado constitucionalmente cabe a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em Direito imediatamente vinculante para os participantes em uma relação jurídico-privada. Uma regulação legal que concretize os pres-

supostos e os efeitos da influência dos direitos fundamentais conduz a uma maior regulação normativa, maior clareza, certeza e previsibilidade jurídicas que um recurso imediato aos direitos fundamentais, evitando-se com isso também os perigos da invasão do direito privado pelo direito constitucional. Nesse sentido, a intervenção do legislador vem ao encontro da tutela dos direitos fundamentais frente a lesões e perigos procedentes do âmbito estatal, cabendo à Lei, então, delimitar a liberdade de uns frente à liberdade de outros (HESSE, 1995, p. 65-66).

Nesse sentido, a eficácia dos Direitos Fundamentais no âmbito privado só se desenvolve por Lei. Parece tentador preterir o legislador e buscar uma eficácia imediata, mas a Lei outorga maior certeza e projeção aos Direitos Fundamentais (p. 19).

Também o legislador é vinculado de forma absoluta à Constituição, e a regulação legislativa deve estar de acordo com o disposto na Constituição (MIRANDA, 1998, p. 280). Por isso, apesar de regular a incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, não decide ele com plena liberdade, e, além da vinculação à Constituição, também há um amplo espaço dedicado aos juízes para definirem o alcance dos Direitos Fundamentais (HESSE, 1995, p. 21).

As várias administrações públicas (local, central, direta, indireta, autônoma e concessionária) estão vinculadas às normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias. Dessa maneira, a administração só deve executar leis constitucionais e deve interpretar e aplicar as leis de um como conforme os direitos, liberdades e garantias (CANOTILHO, 1998, p. 404-405). E a atividade vinculada a direitos, liberdades e garantias compreende a atividade de Direito Público (regulamentos, instruções, atos, contratos administrativos) e a atividade de Direito Privado das pessoas coletivas públicas (MIRANDA, 1998, p. 281).

No caso concreto, ao interpretar cláusulas gerais e conceitos indeterminados, a ad-

ministração deve ponderar todos os pontos de vista de interesse para os direitos, liberdades e garantias que na hipótese em análise são pertinentes (CANOTILHO, 1998, p. 405). Mas na vinculação da administração, a solução não é tão fácil de ser definida, pois, apesar de considerados nulos os atos ofensivos a direitos, liberdades e garantias que ofendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais, não é reconhecido à administração o poder de fiscalização da Constituição, no sentido da consideração da inconstitucionalidade de uma lei. Fica facultada apenas aos agentes da administração a realização às entidades hierarquicamente superiores de uma representação, no sentido de informar as consequências da aplicação das leis. Tais agentes não podem ser responsabilizados civilmente por violações de direitos, liberdades e garantias, pois a responsabilidade cabe ao Estado. Apenas em alguns casos se torna necessário deixar à administração uma margem de não-aplicação (MIRANDA, 1998, p. 282-283).

O sentido das normas de Direito Fundamental traz o seu caráter preceptivo e não programático, além da noção fundamental de que tais direitos se fundam na Constituição, devendo a lei mover-se no âmbito dos Direitos Fundamentais e não o contrário (p. 276).

A aplicabilidade direta significa uma normatividade qualificada, mas isso não quer dizer que os direitos, liberdades e garantias impliquem sempre, de forma automática, a sua transformação em direitos subjetivos, concretos e definitivos.

Se a norma constitucional for exequível por si mesma, há a possibilidade imediata da invocação dos direitos por força da Constituição, ainda que falte lei ou não seja suficiente, pois a regulação legislativa nada acrescentará de essencial, mas cria a certeza e a segurança para o estabelecimento de condições de exercício dos direitos, ou fixa a delimitação frente a outros direitos (p. 277). Mesmo desnecessária a intervenção legislativa, deve haver a análise da densidade

do preceito constitucional, para fins de verificar a possibilidade da aplicação imediata (STUMM, 1995, p. 134).

Não sendo exequível por si mesma, deverá o legislador editar medidas legislativas para dar cumprimento à Constituição (MIRANDA, 1998, p. 277).

No Estado Liberal de Direito, os direitos de defesa tinham a função de proteger o indivíduo das ingerências do Estado, porém, com o Estado Social de Direito, além do Estado ter as suas funções ampliadas, também a sociedade participa ativamente do exercício do poder, e a liberdade individual também se encontra ameaçada no âmbito dos detentores do poder social e econômico (SARLET, 1998, p. 335).

A Constituição brasileira não prevê de forma expressa a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, mas, apesar de não-expresso, não é só nas relações do particular com o Estado que devem ser respeitadas a dignidade da pessoa e a sua autonomia, mas também nas relações que os indivíduos entre si estabelecem (MIRANDA, 1998, p. 288).

No âmbito das limitações, deve haver sempre a busca pelo equilíbrio, a fim de que não haja agressões às liberdades capazes de atentar contra o conteúdo da dignidade da pessoa humana, e, ao mesmo tempo, deve haver a preservação, em alguma medida, da autonomia privada ou liberdade negocial (SARLET, 1998, p. 336).

Na vinculação das entidades privadas, os direitos, liberdades e garantias são projetados ou podem-se projetar nas relações bilaterais por meio da chamada eficácia horizontal ou perante terceiros. Surgem duas teses no que se refere às relações privadas: a relevância mediata e a relevância imediata. Pela primeira, somente por meio de uma transformação em normas de direito civil podem os preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias obrigar as pessoas nas relações jurídico-privadas e só por intermédio da sua irradiação sobre os conceitos indeterminados ou as cláusulas

gerais podem os conceitos tornarem-se operativos. Para a segunda tese, tudo se reconduz à dialética liberdade/poder: se for um grupo ou uma entidade privada dominante, os direitos, liberdades e garantias deverão valer de modo absoluto; e nos outros casos poderá haver graus de vinculatividade (MIRANDA, 1998, p. 288).

Nesse contexto, estabelecem-se duas relações distintas: as relações entre o indivíduo e os detentores do poder social; e as relações entre particulares em geral, situadas fora das relações de poder. No primeiro caso, há a possibilidade de se transportarem diretamente os princípios relativos à eficácia vinculante dos Direitos Fundamentais para a esfera privada, uma vez que se cuida de relações desiguais de poder. No segundo caso, quando se trata de relações entre iguais, há as seguintes situações: no âmbito da perspectiva jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais, Estado e particulares se encontram vinculados a um dever geral de respeito, situação identificada como eficácia externa dos Direitos Fundamentais; e para particulares em situação de igualdade, deverá prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos Direitos Fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana não estiver sob ameaça (SARLET, 1998, p. 37-38).

Nas relações entre particulares, para além da vinculação das entidades dotadas de algum poder social e afora as hipóteses excepcionadas, é possível sustentar ao menos uma eficácia mediata (ou indireta) dos Direitos Fundamentais, também chamada eficácia irradiante (p. 39).

O entendimento do autor português Canotilho, no tocante à eficácia dos direitos, liberdades e garantias, na ordem jurídico-privada, é no sentido de uma superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de soluções diferenciadas.

“Estas soluções diferenciadas (Hesse) a encontrar não podem hoje desprezar o valor dos direitos, liber-

dades e garantias como elementos de eficácia conformadora imediata do direito privado. Estas soluções diferenciadas pretendem ter em conta a multiplicidade de relações jurídicas privadas e o diverso conteúdo destas mesmas relações, mas, de modo algum, podem servir para dar cobertura a uma ‘dupla ética no seio da sociedade’”(CANOTILHO, 1998, p. 1159).

Da análise das possibilidades existentes, entre a eficácia indireta, também chamada irradiante, em que há a atuação do legislador, e a eficácia direta, a posição considerada mais correta é aquela que corresponde à eficácia direta, mas não uma eficácia direta igual, e sim diferenciada conforme o caso.

10. A concretização dos direitos fundamentais por meio do princípio da proporcionalidade

Na perspectiva de uma nova e mais sólida teoria dos valores, vislumbra-se na proporcionalidade não somente um critério de contenção do arbítrio do poder e salvaguarda da liberdade, mas também, em nível hermenêutico, um mecanismo de controle para solver, via conciliatória, problemas derivados de uma colisão de princípios, sobretudo no tocante à interpretação dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 1998, p. 587).

A colisão é decorrência da diferença de idéias que pode ocorrer entre direitos ou entre direitos e valores, veiculados mediante princípios e normas, pois somente um bem jurídico constitucionalmente protegido pode colidir com direito ou princípio.

Para a aferição dos limites da expansão de eficácia dos direitos fundamentais, são de certo modo desconhecidos e incertos, devendo-se recorrer a um instrumento de concretização dos direitos fundamentais apto a harmonizar, tanto quanto possível, princípios e interesses, que já não são apenas aqueles simplificados da relação Estado-in-

divíduo, típica da época liberal e de uma sociedade sem os altos níveis de complexidade da sociedade pós-industrial de nosso tempo (p. 588).

Também se percebe que na clássica versão do constitucionalismo predominava o conceito unilateral de liberdade, e, na atualidade, por influência do Estado Social, as garantias institucionais na forma de prestações do Estado passam a garantir as relações do indivíduo com o Estado.

A pluridimensionalidade, a par da plurifuncionalidade dos Direitos Fundamentais, não limitada ao subjetivismo do modelo liberal, fez com que os Direitos Fundamentais adquirissem com a dimensão objetiva uma validade universal, que não pertence nem ao direito público nem ao direito privado.

Da dimensão jurídico-objetiva surgem várias inovações como a irradiação e a propagação dos Direitos Fundamentais a toda esfera do Direito Privado; o desenvolvimento da eficácia em relação a terceiros; elaboração do conceito de concretização, de grau constitucional; o princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica concretizante.

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, desdobra-se em três elementos: 1. princípio da conformidade ou da adequação dos meios; 2. princípio da necessidade – a idéia subjacente ao princípio é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o menos possível; 3. princípio da proporcionalidade em sentido estrito – confunde-se com a lei de ponderação e decorre da análise do espaço de discricionariedade semântica (plurissignificação, vaguidade, porosidade, ambiguidades, fórmulas vazias) presente no sistema jurídico (STUMM, 1995, p. 80).

O conceito da concretização, inspirado na teoria material dos valores, é utilizado na interpretação dos Direitos Fundamentais e das cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional.

A concretização dos direitos fundamentais está atada ao princípio da proporcio-

nalidade, em razão do caráter principiológico das normas que os contemplam (BARROS, 1996, p. 156). A técnica concretizadora é uma técnica que não se limita à subsunção, mas que leva a uma compreensão pelo intérprete do conteúdo da norma que vai concretizar, conferindo sentido à norma. Na perspectiva da concretização, os conteúdos constitucionais são aperfeiçoados e muitas vezes até é deixado de lado o teor literal da Constituição.

A importância do caráter principiológico das normas de Direitos Fundamentais é decorrente do fato de dele surgir a otimização do seu conteúdo, por meio da verificação dos efeitos no caso concreto. A solução se dá no caso concreto, pois é esse o momento em que os princípios revelam diferentes pesos. Também do caráter principiológico resulta que não só os direitos fundamentais são passíveis de restrição, mas também as restrições podem sofrer limitações (p. 258).

Para a identificação de qual dos princípios possui maior peso, entra a questão da ponderação. A “ponderação de resultados é um método de desenvolvimento do Direito, sendo que a elaboração do princípio da proporcionalidade surge justamente da racionalização de soluções concretas para o conflito de direitos e bens, como se evidencia na prática jurisprudencial” (STUMM, 1995, p. 77-78). A ponderação pode ser fundamentada tanto em princípios de direito fundamental como em princípios do Estado de Direito, ou na “prática jurisprudencial ou no conceito de justiça”(p. 82).

Tal método da ponderação de bens é utilizado para solucionar conflitos gerados entre direitos fundamentais e princípios constitucionais, que entrem em colisão no caso concreto (p. 86). No juízo de ponderação, o objetivo é alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins, de modo que o meios legais restritivos e os fins alcançados se situam numa justa medida (p. 81).

As colisões de princípios podem ser solucionadas mediante o estabelecimento de relação de precedência ou preferência. Essa

relação de preferência de um direito em relação ao outro só pode ser avaliada no caso concreto, por meio de um juízo de ponderação. As valorações de preferência podem-se dar em nível legislativo ou advir da construção judicial de uma regra concreta das certas circunstâncias (p. 77).

Quando da aplicação dos Direitos Fundamentais, tanto o legislador quanto o intérprete devem proceder a uma ponderação de valores, sejam eles determinados ou indeterminados em nível constitucional. Mas a indeterminabilidade dos Direitos Fundamentais deixa ao legislador um espaço maior para a ponderação do que ao intérprete-aplicador, pois a decisão do legislador fica limitada pela Constituição e pelos princípios do Estado de direito, ao passo que a do juiz é limitada por toda ordem jurídica, em especial pelos valores reconhecidos pelo ordenamento (p. 134).

Uma decisão da jurisprudência brasileira (STF) demonstra a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo: no RE 18.331, relatado pelo Ministro Orozimbo Nonato, de 21 de setembro de 1951, houve o reconhecimento da inconstitucionalidade de medida restritiva pelo excesso de poder de taxar, ponderando que o poder de taxar não pode chegar ao ponto do poder de destruir, uma vez que aquele só poderia ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade do trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade (p. 89).

O princípio da proporcionalidade, como princípio jurídico geral fundamental, pode ser expresso ou implícito à Constituição. Na nossa Constituição ele não aparece expresso, mas tem condições de ser exigido em decorrência da sua natureza. Possui uma função negativa, quando limita a atuação dos órgãos estatais, e uma função positiva de obediência aos seus respectivos conteúdos (p. 121-122).

O princípio da proporcionalidade visa, em última análise, à preservação do espaço do indivíduo, partícipe responsável da co-

munidade estatal. Nesse sentido, têm os direitos fundamentais destacado papel na propulsão e acomodação dos anseios sociais sob o âmbito da Constituição (p. 122).

11. Conclusão

A nossa Constituição não traz um catálogo taxativo de Direitos Fundamentais, mais do que isso, amplia a possibilidade de outros Direitos Fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Dessa abertura do texto constitucional, a doutrina estrangeira e brasileira é no sentido de elevar a liberdade contratual à categoria de Direito Fundamental, apesar de não compor o catálogo dos clássicos Direitos Fundamentais ou aparecer de algum modo na Constituição como tal.

As doutrina alemã e portuguesa fundamentam a liberdade contratual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a partir do qual deve ser preservada ao máximo a liberdade e autonomia da pessoa contra as ingerências injustificadas e desproporcionais do Estado, na esfera individual da pessoa.

A nossa doutrina parte do princípio da dignidade da pessoa humana como forma de justificar a liberdade contratual como Direito Fundamental, para fins de assegurar à pessoa o mínimo de dignidade necessária, quando da ingerência ou limitação por parte das entidades públicas ou privadas. Há que ressaltar o duplo papel do princípio da dignidade da pessoa humana, pois a limitação pode ser no sentido de coibir abusos da parte que mantém o poder, mas ao mesmo tempo beneficiar a coletividade com a mesma limitação.

Essa tendência certamente é de grande importância prática, na medida em que o contrato é um dos pilares básicos do Direito Civil, que precisa estar de acordo com a sociedade atual.

A realidade é que não mais estamos sob o modelo liberal de Estado e, sim, o modelo social, que, na tendência de uma maior jus-

tiça entre as partes contratantes, confere ao contratante mais fraco uma maior proteção jurídica. Daí decorre todo o dirigismo contratual que hoje limita consideravelmente a liberdade contratual.

Mas é necessário que a limitação tenha uma justa medida no caso concreto, por meio da concretização dos Direitos Fundamentais e da ponderação, para que, ao final, sejam preservados ao máximo ambos os direitos ou princípios constitucionalmente assegurados. Nesse processo, o princípio da proporcionalidade tem um papel fundamental.

Um dos aspectos da maior importância neste estudo é o da eficácia, que apresenta basicamente as duas formas clássicas, que são a forma direta e a indireta. Nenhuma das duas formas está completamente errada, mas há uma tendência no sentido de considerar a eficácia direta diferenciada como a forma mais correta na atualidade.

Portanto, o presente estudo certamente tem uma relevância muito grande, pois apresenta o material contratual dentro de uma perspectiva constitucional, o que certamente contribui para um aperfeiçoamento do direito e traz a perspectiva de uma maior preocupação com os valores existenciais e patrimoniais, numa constante busca de meios que visam a uma maior solidariedade social, igualdade real e justiça social.

Notas

¹ Como otros criterios de distinción se discuten la “determinabilidad de los casos de aplicación”, la forma de su génesis – por ejemplo, la distinción entre normas “creadas” y “desarrolladas” – el carácter explícito del contenido valorativo, la referencia a la idea del derecho o a una ley jurídica suprema y la importancia para el ordenamiento jurídico (ALEXY, 1997, p. 152).

² Con la ayuda de la ley de colisión, se precisó la conexión entre las normas iusfundamentales como principios y las reglas iusfundamentales referidas a decisiones: las condiciones bajo las cuales un principio precede a outro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente (ALEXY, 1997, p. 115-116).

³ *Las reglas surgen de la de determinación de condiciones de precedencia, como resultados de poderaciones. Como en un modelo de este tipo las reglas dependen totalmente de los principios, puede ser llamado "modelo puro de principios"* (ALEXY, 1997, p. 116).

⁴ (1) *La dignidad de la persona debe ser respetada y protegida.*

(2) *Si no vale el principio de la libertad negativa, la dignidad de la persona no es respetada y protegida.*

(3) *Debe valer el principio de la libertad negativa.*

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. *O Direito*, ano 126, v. I-III, p. 63-81, 1994. (Separata)

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites (Nota prévia). In: _____. *Para uma teoria geral da relação jurídica civil*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. *Revista Jurisprudência Brasileira*, Curitiba, v. 172, p. 45-50, 1994.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. *Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro*. *Revista de Direito Civil da RT*, São Paulo, n. 59, p. 19-38, jan./mar. 1992.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 4.

NERY JÚNIOR, Nelson et al. Da proteção contratual. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

NETO LÔBO, Paulo Luiz. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, n. 722, p. 40-45, dez. 95.

_____. Dirigismo contratual. *Revista de Direito Civil da RT*. São Paulo, n. 52, p. 64-78, abr./ jun. 1990.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, [s.d.].

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: uma introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STUMM, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil da RT*, São Paulo, n. 65, p. 21-32, jul./ set. 1993.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do Senado Federal**

A atuação do Congresso Nacional na área ambiental

Fernando Antonio Lyrio Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Universo considerado. 3. Projetos de lei e medidas provisórias. 3.1. Qualidade ambiental. 3.2. Economia e meio ambiente. 3.3. Florestas e biodiversidade. 3.4. Ecossistemas. 3.5. Políticas ambientais. 3.6. Fauna e recursos pesqueiros. 3.7. Licenciamento, fiscalização e controle ambiental. 3.8. Recursos hídricos. 4. Propostas de emenda à Constituição. 5. Propostas de fiscalização e controle. 6. Indicações. 7. Requerimentos de informação. 8. Comissões especiais, temporárias e de inquérito. 9. Análise.

1. Introdução

Uma análise superficial da atuação do Congresso Nacional na área de meio ambiente pode induzir à crença equivocada de que esse setor tem merecido destaque e especial consideração no Parlamento brasileiro. Com efeito, a quantidade e a diversidade das matérias sobre meio ambiente não deixa a dever a outros setores que, tradicionalmente, recebem grande destaque no Legislativo, como, por exemplo, educação e saúde. O presente estudo visa oferecer não apenas uma síntese da atividade parlamentar no Congresso Nacional em temas ligados ao meio ambiente, mas, também, sugerir que esse relevo da área ambiental é apenas aparente. Para isso, foram observadas as matérias em tramitação no Congresso Nacional, sem qualquer juízo de valor quanto ao mérito e ao conteúdo dessas iniciativas, mas observando os principais temas presentes na

Fernando Antonio Lyrio Silva é consultor legislativo do Senado Federal.

atividade parlamentar na área ambiental. A quantidade e a diversidade das matérias, como indicativos da importância que o tema merece no Parlamento, são descartados ao longo do texto.

Ao contrário de em outros momentos recentes do Parlamento brasileiro, não há hoje um conjunto expressivo de parlamentares mais comprometidos com a área ambiental, como ocorreu no período da Assembléia Nacional Constituinte, com a formação da Frente Verde Parlamentar, responsável não apenas pela inclusão, na Constituição de 1988, do avançado Capítulo “Do Meio Ambiente”, como, também, pela discussão e articulação política de vários projetos de lei. A Frente esvaziou-se após as eleições de 1990, quando houve um alto índice de renovação no Congresso Nacional e, após esse momento, um novo grupo, que reuniu parlamentares de diversas tendências político-ideológicas, formou a Frente Amazônica, que trouxe um discurso nacionalista fundamentado nas teses de internacionalização da Amazônia, com apelo a valores como soberania e patriotismo, e lançou suspeitas sobre a atuação de organizações não-governamentais ambientais na região.

Nos últimos anos, e especialmente a partir das eleições de 1994, não houve nenhum movimento significativo de parlamentares comprometidos com questões ambientais, embora, nesse período, o Congresso Nacional tenha discutido e aprovado alguns dos mais importantes instrumentos legais produzidos no País para a gestão dos recursos naturais (a Lei da Biossegurança, em 1995, a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, em 1997, a Lei dos Crimes Ambientais, em 1998, a Lei de Controle da Poluição por Óleo, em 2000, e a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, também em 2000), e iniciado amplo debate da questão de acesso a recursos genéticos. Não se pode dizer, porém, que a discussão desses instrumentos tenha contado com a promoção ou com a articulação de um grupo estruturado de parlamentares em defesa do

meio ambiente, mas sim com esforços individuais daqueles mais comprometidos com tais matérias.

As iniciativas na área ambiental têm sido discutidas no Congresso Nacional sem grandes confrontos de forças políticas, exceto nos casos em que tais matérias afetam forças econômicas constituídas. Destacam-se, aqui, três matérias nessa condição: a questão do acesso a recursos genéticos, de alto impacto na indústria de biotecnologia, cuja discussão tem sido centrada em medida provisória apresentada pelo Governo; o projeto de lei que dispõe sobre a política nacional de resíduos sólidos, com efeitos importantes na indústria de maneira geral, para o estudo do qual foi designada comissão especial na Câmara dos Deputados; e, finalmente, a discussão em torno das alterações do Código Florestal, que já remonta ao ano de 1996, quando o Governo Federal publicou medida provisória sobre o assunto, e que tem mobilizado, com intensidade, toda a bancada ruralista do Congresso em forte oposição a movimentos ambientalistas.

Se não há o que se poderia chamar de uma bancada ambientalista expressiva no Congresso, o movimento ambientalista, logo após a Conferência do Rio, em 1992, teve também sua presença bastante reduzida no cenário político. Mais recentemente, talvez para compensar o vácuo de forças políticas de oposição a grupos econômicos bem representados no Congresso Nacional, os ambientalistas têm tido participação mais efetiva nos debates do Parlamento. Esse papel tem sido particularmente intenso nas ações em torno da medida provisória que altera o Código Florestal, em que a bancada ruralista tem enfrentado intensa oposição de bem articulada rede de organizações não-governamentais ambientalistas e de pequeno grupo de parlamentares.

A produção legislativa do Congresso Nacional na área ambiental não reflete, assim, qualquer movimento articulado de defesa do meio ambiente, seja por parte de grupos parlamentares ou de representantes da

sociedade civil. A maior parte dos temas é de interesse pontual ou circunstancial e, nos raros casos em que isso não ocorre, verifica-se o interesse do Poder Executivo ou a iniciativa isolada de parlamentar mais comprometido com as questões em discussão. Por isso, a análise das proposições relativas a meio ambiente no Congresso Nacional reflete um conjunto de iniciativas desprovidas de compromisso político ou técnico, cujo principal efeito é o congestionamento das instâncias de deliberação do Parlamento.

2. Universo considerado

O Congresso Nacional dispõe, em suas duas Casas, de diversas bases de dados que permitem consulta às matérias em tramitação. Utilizamos, para o presente estudo, do banco de dados AQUA, do Senado Federal, e, mais especificamente, da base de dados MATE, que contém as matérias em tramitação¹.

A base de dados MATE possui sistema de indexação por palavras-chaves, mas o grande desafio foi identificar quais palavras-chaves utilizar numa área – meio ambiente – cuja abrangência tem sido crescentemente associada com diversas outras áreas, tais como mineração, energia, saúde, transporte, agricultura, indústria, tecnologia, povos indígenas, entre outros. Optamos, então, por utilizar a base de dados *thesaurus*² do Senado Federal e buscar as matérias com referência às palavras com que o tema é usualmente associado: meio ambiente, desenvolvimento sustentável, flora, fauna, biodiversidade, poluição, ecologia, recursos naturais. Trata-se de lista arbitrária mas que inclui a maior e mais relevante parte do universo sobre o qual queremos nos basear, inclusive as matérias das áreas acima citadas que se conectam de maneira mais forte à área ambiental, como, por exemplo, energias renováveis ou agrotóxicos.

Com base nesses parâmetros, o resultado da pesquisa, objeto de nossa análise, inclui 147 projetos de lei (sendo apenas 1 de

autoria do Poder Executivo), 5 medidas provisórias, 12 propostas de emenda à Constituição, 4 propostas de fiscalização e controle, 8 indicações (6 da Câmara dos Deputados e 2 do Senado Federal), 17 requerimentos de informações (14 da Câmara dos Deputados e 3 do Senado Federal), além de 4 comissões especiais temporárias e 1 comissão parlamentar de inquérito. É importante observar que o universo da pesquisa não sofreu qualquer restrição quanto ao mérito das proposições e corresponde à seleção das matérias relacionadas à área ambiental, sem considerações quanto à sua qualidade, viabilidade ou oportunidade.

3. Projetos de lei e medidas provisórias

Optamos por tratar em conjunto projetos de lei e medidas provisórias porque ambos os tipos de proposições visam à sua transformação em diplomas legais.

Inicialmente, há de se mencionar a existência de vários projetos bastante antigos, anteriores a 1990, em diversos estágios de tramitação. Trata-se de perverso efeito das normas do processo legislativo no Congresso Nacional, que possibilitam a um projeto que, na prática, tem poucas chances de vir a ser transformado em lei, ocupar a pauta do Parlamento por tanto tempo. Algumas dessas proposições, em função de alterações ocorridas na legislação brasileira, já foram prejudicadas pelo Congresso Nacional e perderam sua oportunidade, devendo, por isso, em algum momento de sua tramitação, serem dadas como prejudicadas³, com o respectivo arquivamento. Apenas a título de exemplo, o PL nº 3.272, de 1992, que dispõe sobre o uso da fauna em caso de subsistência, trata de matéria que já foi regulada pela Lei de Crimes Ambientais, aprovada em 1998. Em outros casos, quando duas ou mais proposições regulam a mesma matéria, providências deveriam ser tomadas no sentido de promover sua tramitação conjunta.

Se há proposições bastante antigas em nosso universo, há também uma lei relati-

vamente recente, a Lei de Crimes Ambientais, aprovada em 1998, que já é objeto de cinco projetos de lei e uma medida provisória que visam alterá-la. Essa evidência ilustra aspectos da atividade legislativa que nem sempre são claros. A Lei de Crimes Ambientais foi discutida por quase sete anos no Congresso Nacional e os estágios finais de sua aprovação, na Câmara dos Deputados, foram recheados de inflamados embates entre setores do Governo, ambientalistas e representantes da indústria e da agricultura. A aprovação da lei foi resultado do consenso possível, naquele momento, mas vários desses grupos não viram suas posições plenamente atendidas, como pleiteavam. Assim, muitas das iniciativas referentes a alterações nessa Lei – inclusive as de autoria do Poder Executivo – refletem as posições desses grupos.

Outro fato que chama a atenção é que a maioria quase absoluta dos projetos de lei ora em tramitação no Congresso dispõe sobre mecanismos que oferecem maior proteção ao meio ambiente, com raros casos de projetos que, de alguma maneira, possibilitam maiores níveis de degradação ambiental do que os permitidos com a legislação vigente. Tal constatação deve ser interpretada à luz do status social e político que a conservação ambiental adquiriu, pelo menos no nível do discurso, nos últimos anos. Nesse contexto, propor degradação ambiental ou medidas que a provoquem acarretaria perda de votos e rejeição em diversos segmentos sociais⁴. Por isso, poucos parlamentares se expõem à opinião pública com a proposta de medidas entendidas como contrárias à qualidade do meio ambiente.

Basta ver, porém, a dificuldade com que os projetos de conservação ambiental tramitam no Congresso Nacional para que se tenha uma idéia da força desses atores que não aparecem sob o manto de iniciativas parlamentares, mas sob a forma de seus votos e de emendas descaracterizadoras de iniciativas contrárias aos seus interesses. Citem-se, como exemplos, a lei de crimes

ambientais, aprovada em 1998, sob a ação de forte *lobby* de parlamentares ligados aos setores industrial e ruralista, e, mais recentemente, a discussão das alterações ao Código Florestal.

A maioria absoluta dos projetos de lei é de autoria de parlamentares (apenas um de autoria do Poder Executivo). Estudo realizado sobre o papel do Congresso Nacional na área ambiental no período de cinco anos após a Conferência Rio-92⁵ revelou que a maior parte das proposições transformadas em lei naquele período foram de iniciativa do Poder Executivo. Como não há qualquer motivo para acreditar em reversão dessa tendência, não é exagero afirmar que a grande maioria das atuais iniciativas parlamentares tende a ser arquivada ou rejeitada em algum momento de sua tramitação no Congresso Nacional. Na situação atual, os temas considerados efetivamente de interesse do Poder Executivo têm, sistematicamente, sido objeto de medidas provisórias, sendo prática cada vez menos freqüente que aquele Poder recorra à submissão de projetos de lei ao Congresso Nacional⁶. Não por acaso, duas das três principais questões ambientais em discussão hoje no Parlamento referem-se a medidas provisórias, a que dispõe sobre o acesso a recursos genéticos e a que altera o Código Florestal. No primeiro caso, o Governo Federal publicou medida provisória, mesmo existindo, já em adiantado estado de tramitação, inclusive com a realização de diversas audiências públicas, projeto de lei que regulava a mesma matéria.

Para facilitar a análise dos projetos de lei atualmente em tramitação no Congresso Nacional, procedemos a uma divisão arbitrária por assuntos, com o objetivo de estruturar as proposições em grandes grupos.

3.1. Qualidade ambiental

Projetos referentes a políticas, normas, estratégias, programas e projetos relacionados a política ambiental urbana, ao controle das diferentes formas de poluição, à gestão de resíduos e ao ordenamento territorial

Um grande número de projetos (30 proposições) refere-se a temas que adquiriram crescente importância nos últimos tempos. A década de 80 caracterizou-se, do ponto de vista legislativo, por absoluta predominância de temas ligados à chamada “agenda verde”, como se convencionou chamar as matérias ligadas a florestas, biodiversidade, fauna, rios, em detrimento dos temas ligados à “agenda marrom”, que incluem, basicamente, as matérias relacionadas ao meio ambiente urbano. Essa tendência, embora não encontrasse respaldo nas já crescentes taxas de urbanização de nosso País, refletia o imaginário popular – nacional e internacional – no que se refere às questões ambientais e respondia, principalmente, a fortes pressões internacionais em função dos alarmantes níveis de desmatamento da Amazônia.

A constatação de que, hoje, não só o planeta como um todo experimenta uma elevada taxa de urbanização mas que, também, particularmente nos países em desenvolvimento, verificam-se crescentes níveis de degradação ambiental nas grandes cidades impele um novo ciclo de iniciativas de gestão ambiental muito mais direcionadas ao meio ambiente urbano. O conjunto das propostas legislativas no Congresso Nacional reflete essa tendência, com grande número de iniciativas referentes às políticas ambientais urbanas, ao controle das diferentes formas de poluição e à gestão dos resíduos danosos à saúde e ao meio ambiente.

3.2. Economia e meio ambiente

Projetos referentes a políticas, normas, planos e estratégias de proteção ambiental, de relações entre o setor produtivo e a área ambiental, uso de instrumentos econômicos para a proteção ambiental, incentivos fiscais e creditícios, promoção do ecoturismo

Os sistemas tradicionais de regulação ambiental – denominados “comando e controle” – têm os seus méritos, mas uma desvantagem crucial é que eles simplesmente punem os transgressores pelo que fazem de

errado, ao invés de encorajar potenciais poluidores a adotarem posturas ambientalmente saudáveis. Uma forma de fazer isso é estabelecer um sistema no qual os poluidores tenham incentivos não apenas para evitar poluir, mas também para reduzir suas atividades poluidoras e, assim fazendo, receberem algum tipo de ganho que possa ser contabilizado. A grande quantidade de proposições nesse grupo (31) reflete uma tendência global de que questões ambientais sejam incluídas em considerações de ordem econômica e constituem uma expressiva novidade no espectro da atuação do Congresso Nacional na área ambiental. Esse grupo de iniciativas inclui incentivos fiscais e a regulação de diversos aspectos do setor produtivo, como incentivos à reciclagem e a instituição de certificação ambiental.

3.3. Florestas e biodiversidade

Projetos relacionados ao uso das florestas brasileiras, conservação e utilização da diversidade biológica do País, acesso aos recursos genéticos e biossegurança

Trata-se de grupo de iniciativas (30 projetos de lei e três medidas provisórias) que, historicamente, sempre teve destaque no panorama legislativo brasileiro. O Código Florestal, em vigor até hoje, remonta ao ano de 1965. A maior parte das proposições nesse grupo dispõe sobre alterações ao referido Código, o que reflete falta de consenso entre diversos setores da sociedade brasileira sobre essa matéria. Essa divergência, que envolve ambientalistas e ruralistas, tem-se mostrado bastante evidente, já desde 1996, nos inflamados embates em torno das sucessivas reedições de medidas provisórias que visam modificar o Código Florestal.

Um outro importante conjunto de proposições nesse grupo refere-se a instrumentos de proteção da biodiversidade brasileira e de controle de acesso aos recursos genéticos. A percepção de que o Brasil tem sido omissivo na proteção de um patrimônio reconhecidamente aceito como valiosíssimo tem estimulado diversas iniciativas parlamen-

tares que dispõem sobre instrumentos de gestão e controle da biodiversidade. A questão específica de controle do acesso aos recursos genéticos já foi objeto de 4 projetos de lei, para o estudo dos quais foi constituída comissão especial da Câmara dos Deputados, e de uma medida provisória editada pelo Governo em 1998.

3.4. Ecossistemas

Projetos relativos à proposição de criação e gestão das unidades de conservação federais, à proteção e manejo de ecossistemas e ao controle do uso do patrimônio espeleológico

Das 20 (vinte) proposições nesse grupo, 13 (treze), todas de autoria parlamentar, dispõem sobre a criação, transformação ou limites de unidades de conservação. Apesar de tais iniciativas serem, em princípio, positivas (a criação de espaços territoriais a serem especialmente protegidos é instrumento basilar da política ambiental brasileira), elas trazem consigo diversas complexidades que, muitas vezes, extrapolam a capacidade técnica do Congresso Nacional. Com efeito, ainda que não se discuta a questão constitucional da iniciativa legislativa⁷, torna-se virtualmente impossível para o Congresso Nacional, sem a realização de estudos prévios, dispor sobre restrições sociais, econômicas e ambientais, bem como sobre coordenadas geográficas, de áreas que, com frequência, são de interesse quase que exclusivamente local, de pouco impacto regional ou nacional. Além disso, a proposta de criação de unidades de conservação não necessariamente inclui preocupações de ordem ambiental, podendo, muitas vezes, ocultar fortes interesses econômicos, geralmente de proprietários de terras e de empreendimentos na região. Para identificar essa ampla gama de impactos e de interesses, a recente lei que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC (Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000) estabelece que “a criação de uma unidade de conservação deve ser precedida de estudos técnicos e de consulta pública que permitam iden-

tificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade” (art. 22, § 2º). Como o foro para a realização de tais estudos prévios não é o Congresso Nacional, questionamos aqui a validade da iniciativa parlamentar para as proposições que disponham sobre a criação de unidades de conservação, a maioria absoluta desse grupo de iniciativas. Outros projetos dizem respeito a normas de utilização das unidades de conservação, critérios para sua exploração e realização de pesquisas em áreas protegidas.

3.5. Políticas ambientais

Projetos relativos ao aparato institucional da área ambiental, à consolidação da legislação ambiental, programas e planos de proteção ambiental, datas comemorativas, educação ambiental

Esse conjunto de iniciativas (13 no total) refere-se à política ambiental de maneira geral, incluindo a criação de sistemas de informações sobre o meio ambiente, propostas de educação ambiental em diversas esferas e criação de órgãos da administração pública com atuação na área ambiental. Uma dessas proposições refere-se a uma lei de consolidação da legislação ambiental brasileira. Trata-se de proposta recorrente que já contou com iniciativas em diversas instâncias diferentes. Essa última (o Projeto de Lei nº 4.764, de 1998) faz parte dos esforços de grupo especialmente constituído na Câmara dos Deputados para promover a consolidação legislativa de algumas áreas temáticas, mas cujos trabalhos se encontram presentemente esvaziados.

3.6. Fauna e recursos pesqueiros

Projetos referentes à gestão, manejo e conservação da fauna silvestre e exógenas e dos recursos pesqueiros

O Brasil dispõe, desde 1967, de uma Lei de Fauna (muitas vezes, inapropriadamente, conhecida como Código de Caça). Muitos dos preceitos dessa lei foram alterados a partir da aprovação da Lei de Crimes Ambi-

entais, em 1998, o que torna prejudicadas várias das 11 iniciativas incluídas nesse grupo (como, por exemplo, o Projeto de Lei nº 3.272, de 1992, que permite a utilização, caça, perseguição ou apanha de animais silvestres cujo produto destina-se comprovadamente à subsistência). Contudo, há iniciativas que se propõem exatamente a modificar a lei de crimes ambientais em alguns de seus dispositivos referentes à fauna, todas elas de caráter mais restritivo do que a legislação vigente. Há também uma medida provisória que, disfarçada sob organização da Presidência da República, legisla especificamente sobre pesca e transfere do IBAMA para o Ministério da Agricultura as atribuições referentes ao aproveitamento sustentável de determinadas categorias de recursos pesqueiros e à emissão de autorizações para o exercício da pesca comercial, artesanal e da atividade de aqüicultura.

3.7. Licenciamento, fiscalização e controle ambiental

Projetos referentes a diretrizes de licenciamento ambiental e instrumentos de aplicação da legislação ambiental, especialmente os de controle, monitoramento, fiscalização e gestão da qualidade ambiental

Parece consenso, no Brasil, a tese de que, mais do que novas leis ambientais, o País precisa ver cumpridas as normas vigentes. Com efeito, o quadro normativo brasileiro na área ambiental, especialmente nos níveis constitucional e legal, é considerado de qualidade, a despeito de o estado geral do meio ambiente no País induzir à crença de que novos instrumentos legislativos sejam necessários. A percepção de que é necessário o fortalecimento da estrutura – institucional e normativa – de suporte ao cumprimento da legislação ambiental, particularmente no que diz respeito aos instrumentos de licenciamento, fiscalização e controle ambiental, tem ensejado a apresentação de vários projetos de lei (10 em tramitação no momento) que dispõem sobre tais matérias, além da polêmica medida provisória que,

na prática, dá um período de carência à aplicação da Lei de Crimes Ambientais.

3.8. Recursos hídricos

Projetos referentes ao uso e gestão dos recursos hídricos

A aprovação, em 1997, da Lei nº 9.433, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, veio suprir uma antiga lacuna referente à inexistência de instrumentos adequados para uso e gestão da água no País. Desde então, não foram apresentadas novas proposições legislativas na área dos recursos hídricos, havendo apenas duas, anteriores a 1997, que ainda se encontram em tramitação no Congresso Nacional.

4. Propostas de emenda à Constituição

Doze Propostas de Emenda à Constituição (PEC) referentes à área ambiental tramitam no Congresso Nacional, sendo onze de iniciativa parlamentar e apenas uma do Poder Executivo (a que dispõe sobre o patrimônio genético nacional, e que foi apresentada em conjunto com a medida provisória que dispõe sobre acesso a recursos genéticos). Os comentários feitos anteriormente a respeito da dificuldade de aprovação de iniciativas legislativas que não partissem do Poder Executivo mostram-se, aqui, ainda mais apropriados. O rito especial de tramitação das PEC torna sua aprovação um processo político muito mais complexo, requerendo discussão e votação em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional e exigindo, para aprovação, três quintos dos votos dos respectivos membros. Desde a promulgação da Constituição Federal, em 1988, não houve ainda uma só emenda constitucional aprovada que fosse relacionada diretamente à área ambiental.

5. Propostas de fiscalização e controle

O Congresso Nacional pode exercer sua atribuição constitucional de fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta, por meio das

Comissões de Fiscalização e Controle, constituídas tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal. A tais Comissões foram atribuídos amplos poderes de fiscalização e controle, exercidos a partir de Proposta de Fiscalização e Controle (PFC), que pode ser apresentada por qualquer Parlamentar. Apesar de a PFC, teoricamente, ser um instrumento ágil para o exercício da atividade de fiscalização e controle do Congresso Nacional, recente estudo mostra que mais de 60% das PFC apresentadas à Câmara dos Deputados desde 1990 foram arquivadas, por falta de deliberação, ao fim da legislatura em que foram apresentadas⁸. Outras foram declaradas prejudicadas, retiradas pelos autores ou arquivadas com pareceres contrários. Na prática, menos de 5% das PFC apresentadas foram aprovadas e, mesmo assim, não há registro dos respectivos seguimentos por elas sofridos. Assim, embora, em tese, a PFC possua uma potencialidade investigativa e diagnosticadora, a maioria delas tem fenecido por inércia, o que as torna um instrumento inócuo dentro do Congresso Nacional. As PFC em nosso universo de pesquisa (4) originam-se, todas, da Câmara dos Deputados, o que revela a absoluta ausência de iniciativas do Senado Federal no uso desse instrumento para assuntos relativos à área ambiental.

6. Indicações

Na Câmara dos Deputados, uma indicação é uma proposição por meio da qual o Deputado sugere a outro Poder a adoção de providência, a realização de ato administrativo ou de gestão, ou o envio de projeto sobre matéria de sua iniciativa exclusiva. Pode, ainda, sugerir a manifestação de uma ou mais Comissões acerca de determinado assunto, visando à elaboração de projeto sobre matéria de iniciativa da Câmara. No Senado Federal, o alcance da indicação é mais restrito, podendo, apenas, conter sugestão de Senador ou comissão para que o assunto nela focalizado seja objeto de provi-

dência ou estudo pelo órgão competente da Casa, com a finalidade de seu esclarecimento ou formulação de proposição legislativa.

Em qualquer dos casos, a indicação é uma iniciativa que serve especialmente para marcar uma posição política, em particular quando se trata de temas sobre os quais o Congresso Nacional não dispõe de competência para a iniciativa legislativa. No caso particular das indicações sugerindo providências de outro Poder, a prática não permite maiores expectativas de que elas possam redundar em alguma ação concreta por parte dos órgãos aos quais foi dirigida a sugestão. Apesar disso, trata-se de instrumento rotineiramente utilizado no Congresso Nacional (nossa pesquisa identificou 6 indicações da Câmara dos Deputados e 2 do Senado Federal).

7. Requerimentos de informação

Outro instrumento à disposição das duas Casas do Congresso Nacional é o requerimento de informações, que pode ser utilizado para o esclarecimento de assuntos submetidos à apreciação do Congresso Nacional ou atinentes à sua competência fiscalizadora. Esse instrumento tem sido utilizado com frequência (17 ocorrências em nossa pesquisa), mas pouco se pode dizer sobre sua eficácia. Embora, a rigor, a remessa de informações seja obrigação do órgão ao qual o requerimento foi dirigido, há pouco controle do efetivo cumprimento dessa obrigação constitucional, bem como pouca análise crítica sobre o material enviado, o que tende a tornar a resposta dos órgãos consultados meramente burocrática.

8. Comissões especiais, temporárias e de inquérito

A Constituição Federal prevê a criação, no âmbito do Congresso Nacional, de comissões parlamentares de inquérito (CPI), com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, para a apuração de fato determinado e por prazo certo. Embora

os resultados dessas comissões sejam imprevisíveis, não há registro de ações concretas, seja por parte do Poder Legislativo ou por parte do Poder Executivo, a partir dos resultados de CPI do Congresso Nacional, na área ambiental. As CPI, no entanto, podem apresentar grande visibilidade e, indiretamente, induzir ações do Poder Público, do setor privado e da sociedade civil na esfera das investigações. Atualmente, há, no Senado Federal, uma CPI constituída para apurar a atuação de organizações não-governamentais, sob a acusação de que estariam a serviço de nações estrangeiras, atuando sem qualquer controle sobre suas atividades, especialmente na Região Amazônica. Apesar do alarde com que iniciou seus trabalhos, a Comissão, pela ausência de fatos novos, parece ter perdido seu fôlego.

As Casas do Parlamento podem também constituir comissões especiais temporárias. O Regimento Interno da Câmara dos Deputados estabelece que tais comissões podem ser criadas para dar parecer sobre propostas de emenda à Constituição, projetos de códigos ou proposições que versarem sobre matéria de competência de mais de três comissões que devam pronunciar-se quanto ao mérito. Há, atualmente, quatro comissões especiais ligadas a temas da área de meio ambiente em funcionamento na Câmara dos Deputados:

- Comissão de Recursos Genéticos, destinada a apreciar e proferir parecer ao projeto de lei nº 4.842, de 1998, do Senado Federal, que “dispõe sobre o acesso a recursos genéticos e seus produtos derivados e dá outras providências”, e proposições apensadas (projeto de lei nº 4.579/98; projeto de lei nº 1.953/99 e projeto de lei nº 3.634/00) ⁹.
- Comissão da Política Nacional de Resíduos Sólidos, destinada a apreciar e proferir parecer ao projeto de lei nº 203, de 1991, que “dispõe sobre o acondicionamento, a coleta, o tratamento, o transporte e a destinação dos resíduos de serviços de saúde” e 53 proposições apensadas (em fase de audiências públicas).

- Comissão do Asbesto/amianto, destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 2.186, de 1996, dos senhores Deputados Eduardo Jorge, Fernando Gabeira e outros, que “dispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto/amianto, e dá outras providências” e duas proposições apensadas (em fase de recebimento de emendas ao substitutivo).

- Comissão de Alimentos Geneticamente Modificados, destinada a apreciar e dar parecer sobre o Projeto de Lei nº 2.905, de 1997, do Senhor Deputado Fernando Gabeira, que “impõe condições para a comercialização de alimentos geneticamente modificados”, e 18 proposições apensadas (em fase de audiências públicas).

9. Análise

Não é necessária uma visão muito aprofundada sobre o conteúdo das proposições legislativas relativas à área ambiental, em tramitação no Congresso Nacional, para que se possa proceder a uma análise sobre o conjunto de informações apresentadas nesse estudo. A primeira constatação, já mencionada anteriormente, é que a quantidade de proposições induz a uma falsa percepção de um papel que, efetivamente, o Congresso não tem na área ambiental. A maioria das iniciativas sofre os efeitos de um processo legislativo bastante lento e, na maior parte das vezes, inócuo. Os debates mais complexos, bem como as maiores chances de transformação em normas jurídicas, ocorrem nas matérias de iniciativa do Poder Executivo. Para as demais, com raríssimas exceções, resta uma tramitação ofuscada, sem propiciar debates ou suscitar interesse, seja da parte dos próprios parlamentares, da sociedade civil ou da mídia. O destino dessas proposições é, geralmente, o arquivamento ou a apensação a outra iniciativa mais antiga ou de caráter mais abrangente.

Os projetos de lei de autoria parlamentar são, geralmente, iniciativas isoladas, seja

para atender a uma necessidade de produção legislativa – meramente quantitativa –, seja para satisfazer os interesses de grupos que oferecem sustentação política ao autor. São privilegiadas as matérias de interesse local ou de impacto circunstancial, em detrimento de discussões de longo prazo que oferecem limitado retorno político aos parlamentares. Os autores desses projetos ignoram, assim, casual ou intencionalmente, que a tramitação de uma proposição no Congresso Nacional, se visa efetivamente à sua aprovação, requer acompanhamento, negociação, articulação, que possam dar continuidade técnica e política à proposta. O resultado prático é o entupimento dos canais legislativos com grande quantidade de matérias que ocupam, de maneira pouco efetiva, a agenda do Congresso Nacional.

O nicho ambiental no Congresso Nacional tem sido ocupado, assim, por poucos parlamentares comprometidos com o meio ambiente, que não só são os autores das proposições legislativas mais relevantes, como também, aos quais é designada a relatoria das matérias ligadas à área, perpetuando o confinamento da questão a um grupo restrito identificado como simpatizante da área ambiental. Essa prática limita as possibilidades de “contaminação” de um grupo maior de parlamentares, que se mantêm alheios a discussões tidas como técnicas, que devem ser deixadas aos “especialistas”. A ausência, na maioria dos debates, de envolvimento mais expressivo da sociedade civil organizada não estimula e não provoca os parlamentares a qualquer comprometimento maior com as matérias relativas ao meio ambiente, com exceção de casos pontuais como a discussão, ainda em curso, das alterações ao Código Florestal.

O excesso de iniciativas parlamentares encontra respaldo em uma nova cultura que valoriza e torna politicamente atrativa a defesa do meio ambiente. Essa postura é estimulada pela mudança conceitual do discurso ambientalista, que, até a década de 80, era marcadamente pautado pelo que

chamamos de “agenda verde”, uma abordagem mais voltada para a defesa da natureza propriamente dita. A década de 90, especialmente após a realização da Conferência do Rio, em 1992, traz as idéias de “desenvolvimento sustentável” para a ordem do dia, com seu discurso palatável que visa conciliar o desenvolvimento econômico com a conservação da base de recursos naturais e a proteção do meio ambiente, com forte apelo aos setores empresarial, político e público. A incorporação desse discurso tornou, indubitavelmente, cada vez mais atrativa a apresentação de proposições que visam à defesa do meio ambiente, ainda que, na prática, esse discurso esteja longe de ser implementado, haja vista a prática política que norteia as discussões no Congresso Nacional, a importância que o meio ambiente tem para o “cidadão médio” brasileiro, o reduzido poder político da área ambiental no âmbito do Poder Executivo e as ações mais discursivas do que práticas do setor privado na defesa do meio ambiente.

Notas

¹ Essas bases de dados estão também disponíveis no sítio do Senado Federal na Internet, vide <http://www.senado.gov.br>.

² Thesaurus é um livro de referência em que palavras com significados semelhantes são agrupadas em conjunto.

³ Considera-se prejudicada a discussão ou a votação de qualquer projeto idêntico a outro que já tenha sido aprovado ou rejeitado na mesma sessão legislativa, ou transformado em diploma legal.

⁴ Recente pesquisa Vox Populi, encomendada pela Campanha SOS Florestas, integrada por 287 entidades ambientais, apontou que 94% dos brasileiros não votariam em um Deputado ou Senador que defendesse o aumento da área de desmatamento das florestas do Brasil e que 92% acham que deveriam ser feitas mudanças na lei para ampliar a área de proteção das florestas. Ainda que se questione o resultado dessa pesquisa como efetivo nos resultados eleitorais, ele provoca, no mínimo, maiores cuidados entre aqueles que propugnam medidas menos restritivas para o uso dos recursos naturais.

⁵ BERNARDO, Maristela Bezerra. *Congresso Nacional, meio ambiente e desenvolvimento sustentá-*

vel no pós-Rio 92. Senado Federal, 1997, mimeo, elaborado por solicitação do Gabinete da Senadora Marina Silva.

⁶ Espera-se que essa situação se modifique a partir da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, que altera os ritos de tramitação de medidas provisórias no Congresso Nacional. Ainda de interesse para o nosso estudo, cabe destacar que “as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”.

⁷ De acordo com a Constituição Federal, art. 61, inciso II, *e*, é de iniciativa privativa do Presidente

da República as leis que disponham sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública.

⁸ GAIGER, Júlio M.G. O Congresso e as propostas de fiscalização e controle. *Cadernos Aslegis*, v.5, n.13, p. 23-27, jan./abr. 2001.

⁹ Essa Comissão jamais teve seus trabalhos iniciados e nem há razão para que o sejam, uma vez que a medida provisória que dispõe sobre acesso a recursos genéticos tem centralizado as discussões em torno da matéria. Trata-se, portanto, de comissão totalmente inócua.