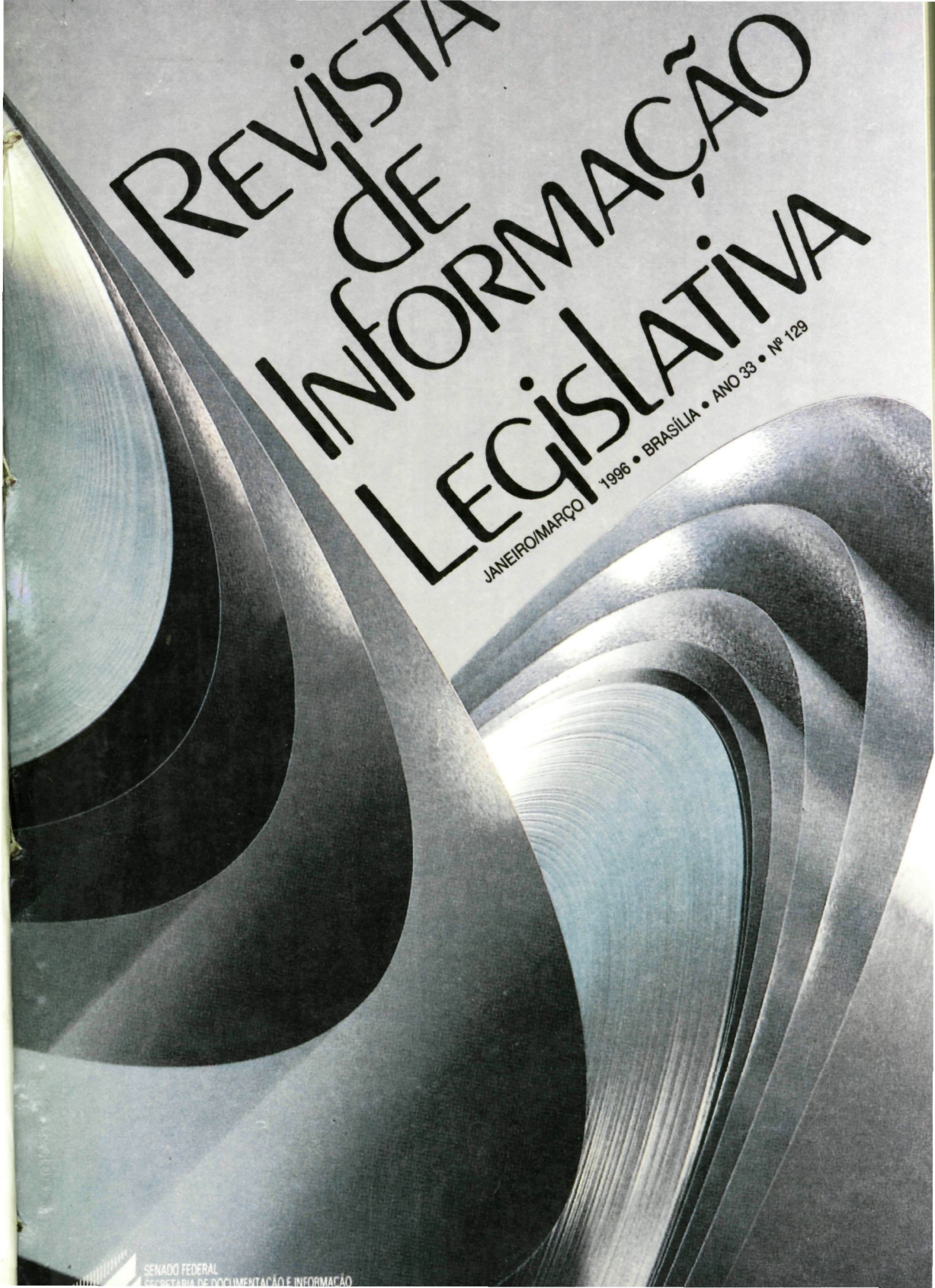
Revista de Informação Legislativa

JANEIRO/MARÇO 1996 • BRASÍLIA • ANO 33 • Nº 129



SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 129
janeiro/março – 1996

Editor:
João Batista Soares de Sousa, Diretor

Revista
de
Informação
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

ISSN 0034-835-x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III

Praça dos Três Poderes

70.165-900 – Brasília, DF

EDITOR

Diretor: João Batista Soares de Sousa

REVISÃO DE ORIGINAIS

João Evangelista Belém e Angelina Almeida Silva

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Dulce Machado, Kairala Filho

COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO

Centro Gráfico do Senado Federal

CAPA

Paulo Cervinho e Cícero Bezerra

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

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l´échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

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

Trimestral.

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 33 · nº 130 · abril/junho · 1996

Sérgio Sérvulo da Cunha	Nota breve sobre o efeito vinculante *5*
Antônio Chaves	O Direito Autoral moderno e a obra cinematográfica em diferentes mídias *17*
Uadi Lamêgo Bulos	Da reforma à mutação constitucional *25*
Gustavo Henrique Caputo Bastos	A nova Lei dos Partidos Políticos *45*
Juarez Freitas	Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação *51*
Eduardo Talamini	A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo *67*
Anderson Cavalcanti Lobato	O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais *85*
José Carlos de Oliveira	O Estado regulador nas concessões de serviços públicos *99*
José Reinaldo de Lima Lopes	Crédito ao consumidor e superendividamento. Uma problemática geral *109*
Antônio Souza Prudente	A antecipação da tutela na sistemática do Código de Processo Civil *117*
Antônio Fonseca	Proteção legal do *chip*. Um modelo de lei para os países do Mercosul *129*
Ivan Lira de Carvalho	A criminalização de ilícitos praticados por particular contra a administração pública. O descaminho de mercadorias *141*
I.M. Lobo de Souza	O conceito de agressão armada no Direito Internacional *145*
Adilson Abreu Dallari	Lei orçamentária - Processo legislativo. Peculiaridades e decorrências *157*
Celso Antônio Bandeira de Mello	Inconstitucionalidade da efetivação de servidores públicos sem concurso público a título de incluí-los no Regime Jurídico Único *163*

Sílvio Dobrowolski	Poder Judiciário: independência, democratização e controle social *169*
Maria Coeli Simões Pires	Política pública de cultura. Algumas condicionantes ideológicas, jurídicas e administrativas e alternativas metodológicas *179*
Róbison Gonçalves de Castro	Sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal *191*
José de Farias Tavares	Procuratura da infância e da juventude *199*
José Pitas	Título executivo extrajudicial. Marco histórico da transformação da Justiça do Trabalho *209*
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes	Procedimentos para a contratação direta (art.26) *213*
Arnoldo Wald	A recente evolução da ação civil pública. Usos e abusos. Análise de sua patologia *223*
Maria do Carmo Guerrieri Saboya Reis	Anotações sobre o Poder Judiciário americano *237*
Christian Guy Caubet	A hidrovia Paraguai-Paraná em seu contexto jurídico *249*
José Carlos Buzanello	Constituição política em Hermann Heller *259*
Fábio Maria De-Mattia	A interpretação no Direito Agrário *267*
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	A advocacia de Estado e as novas competências federativas *275*
Jarbas Maranhão	O estadista Agamemnon Magalhães *281*
Luiz de Lima Stefanini	Crime político *267*
Maria Claudia Crespo Brauner	Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de Família francês e brasileiro *299*
Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves	Direito à tutela jurisdicional *311*

Nota breve sobre o efeito vinculante

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

SUMÁRIO

1. Conceitos preliminares. 2. O que é interpretação. 3. A jurisprudência. 4. O Poder Judiciário. 5. Força obrigatória (efeito vinculante) das decisões judiciais. 6. Passado e futuro do Supremo Tribunal Federal. 7. Efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal. 8. Conclusão.

1. CONCEITOS PRELIMINARES

No sistema jurídico brasileiro, a primeira (e, em certo sentido, a única) fonte do direito é a lei.

Lei é preceito geral e abstrato, emanado do órgão constituído, com esse objetivo, pelo povo.

A força obrigatória (por outra: o efeito vinculante) da lei tem fundamento ético e político. Nasce da presunção de que o Poder Legislativo, como representante do povo, elabora as normas mais adequadas (justas) em benefício da integralidade desse povo. A lei, modernamente, não obriga porque provém da autoridade, mas porque a autoridade provém da lei.

Ocorrendo o fato previsto abstratamente na lei, ela incide automaticamente. Entretanto, pode acontecer de não ser obedecido o preceito, caso em que os prejudicados, os interessados, ou os encarregados de guardá-lo podem exigir seu cumprimento.

É o Poder Judiciário que, provocado, realiza a mediação entre o preceito abstrato da lei e sua aplicação ao caso concreto, na hipótese de descumprimento, divergência, ou conflito.

Essa não é uma tarefa automática. A sentença não é um produto mecânico da lei. Ao desempenhar sua função, precisa o Judiciário:

a) distinguir, dentre as leis existentes, qual ou quais contemplam, abstratamente, aquele fato determinado; ou seja, identificar a lei que incidiu;

Sérgio Sérvulo da Cunha é Advogado.

b) examinar o fato concreto, para verificar se ele corresponde, efetivamente, àquela determinada previsão legal;

c) avaliar o exato sentido e alcance da lei em face daquele fato concreto (ou seja, interpretar a lei).

2. O QUE É INTERPRETAÇÃO

Segundo uma opinião ingênua, a lei prescinde de interpretação. A apreensão do seu sentido (sua compreensão) seria imediata.

Uma *nuance* algo mais elaborada dessa opinião ingênua afirma que *in claris cessat interpretatio*: sendo claro o texto da lei, dispensaria interpretação. Entretanto, como saber se algo é claro? A afirmação de que um texto é claro supõe sua interpretação (sua compreensão), dentro do respectivo contexto. Aplicar a lei é aplicar todo o direito, o qual, segundo Pontes de Miranda, "é mais do que a lei". Diríamos: na lei, mais do que a lei em si mesma, está todo o direito.

Esse equívoco sobre a prescindibilidade da interpretação contém pressupostos e projeções ideológicos. Justiniano quis impedir todo comentário ao seu *corpus juris*, e o mesmo pretendeu Napoleão com respeito ao seu Código Civil; a lei portuguesa de 18 de agosto de 1769, sob o nome de "boa razão", estabelecia limites à opinião dos doutores, e o código prussiano de 1794 proibiu aos juízes a interpretação. As compleições autoritárias acreditam ser possível moldar o tempo, constrangendo-o nos limites estreitos de seus enunciados de vontade; buscam a identificação entre a lei física (que incide sempre, independentemente de aplicação) e a norma jurídica. A ser assim, a norma se transformaria em mandado; os cidadãos em súditos; e o homem em robô. Porque, mesmo na obediência a uma ordem, existe a mediação da legalidade, da consciência e da liberdade.

> "Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu 'texto', ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre; porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa". (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1993, p. 22).

Por isso, onde se instituiu um Poder Judiciário independente do Executivo, não prosperaram as tentativas, deste, de constranger a liberdade interpretativa, mesmo que fosse através de medidas relativamente suaves, como regras de interpretação incorporadas aos textos legais – também sujeitas a interpretação – ou a edição de leis interpretativas.

> "Nem a regra é jamais tão inequívoca e exatamente precisa, que não fossem possíveis dúvidas sobre sua aplicabilidade a este ou aquele caso determinado" – diz Karl Larenz – "nem existe na lei (ou no *corpus juris*), a par de cada caso que acontece, uma regra que lhe possa fazer jus. Sabemos o que faz o juiz, em tais casos: interpreta a regra, restringindo-a ou estendendo-a; encontra uma nova regra, que resulta do nexo de sentido da ordem jurídica, das idéias básicas da lei ou de uma decisão precedente, dos critérios de valor já reconhecidos na ordem jurídica ou na consciência geral". (*Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fund. C. Gulbenkian, 1969).

3. A JURISPRUDÊNCIA

Daí que, a par do ordenamento jurídico considerado em si mesmo (o conjunto das normas jurídicas), vai-se formando um outro corpo, contendo o repertório das decisões judiciais proferidas com base nesse ordenamento.

Cada uma dessas decisões costuma ser resumida numa ementa, que é, tal como a lei, também um enunciado geral e abstrato, apenas com um nível de generalidade inferior, pois referido a um caso particular de abrangência da lei, um subconjunto do conjunto abrangido hipoteticamente pela lei.

No sistema jurídico brasileiro, à parte algumas exceções[1], as decisões judiciais não possuem força obrigatória (ou efeito vinculante) a não ser com relação às partes envolvidas no processo. Seu efeito não é universal, ou em relação a todos (*erga omnes*), como acontece com a lei. Assim, um juiz pode recusar a interpretação dada à lei, em outro processo, por outro juiz ou tribunal, mesmo que se trate do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, é grande o prestígio das decisões dos tribunais, que costumam ser acompanhadas pelas instâncias inferiores, seja pela sua natural autoridade – sobretudo quando reiteradas –, seja porque todas as decisões das instâncias inferiores são reformáveis, mediante recurso, pelas superiores.

[1] Merecem exame separado a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e as ações coletivas.

A jurisprudência é um produto coletivo. Toda lei nova é como um sapato novo que se vai amoldando ao pé através das variadas interpretações – disparatadas umas, parciais outras – que recebe. Esse é um processo de descoberta através do qual, em cotejo com a multiplicidade dos fatos, vai-se desdobrando a potencialidade normativa da lei, alcança uma certa sedimentação, e tenderia à cristalização, não fosse a inteligência da lei tão mutável quanto a própria realidade.

O enunciado legal em sua rigidez, a flexibilidade de suas infinitas aplicações e a condensação através dos enunciados jurisprudenciais compõem um sistema em que as exigências da liberdade individual se harmonizam com a função decisional do direito.

Somente em sentido formal se pode dizer que a lei existe a partir de sua promulgação. É no jogo social, nesse processo cultural de construção, que ela adquire vida.

Parece correta a asserção de Gadamer:

> "Todo juízo sobre algo pensado em sua individualidade concreta – que é o que exigem de nós as situações de atuação em que nos encontramos – é em sentido estrito um juízo sobre um caso especial. Isso significa que o julgamento do caso não aplica meramente o parâmetro geral, segundo aquele que julga, mas que contribui por si mesmo para determinar, completar e corrigir aquele parâmetro". (*Verdad y método*. Salamanca: Ed. Sígueme, 1993, p. 72).

A jurisprudência não é, pois, a decisão isolada de um tribunal: é uma espécie de consolidação do saber difuso, um certo consenso interpretativo, progressivo e inacabado do ordenamento.

4. O Poder Judiciário

"Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente", é o que diz a Constituição brasileira (art. 1º, parágrafo único).

Se os juízes não são eleitos, de onde advém sua legitimidade?

O princípio da maioria é tributo que pagamos à nossa imperfeição; mas entre a edição da lei (produto procedimentado da maioria) e sua aplicação ao caso concreto na hipótese de descumprimento medeia a intervenção aristocrática do Judiciário.

O Judiciário não representa o povo. Resulta de uma concepção ideal: a de que, não estando ligado a nenhum interesse, ser-lhe-á mais fácil aplicar imparcialmente a lei, segundo os critérios da justiça.

São pois diversos os princípios que presidem à gênese desses dois poderes, que acabam se conjugando no processo de criação do direito. O Legislativo, guardadas suas limitações constitucionais, atua segundo interesses e critérios políticos, ou seja, com uma quase absoluta discricionariedade. O juiz, ao decidir, está vinculado à norma elaborada pelo Legislativo. É dessa subordinação que nasce sua legitimidade formal. Bem se aperceberam disso países da *common law*; ali, os juízes têm poder discricionário, que lhes permite, ao decidir, criar a própria norma. Mas, em regra, são eleitos pelo povo.

Impossível haver Judiciário genuíno que não seja independente. O magistrado, qualquer que seja o seu grau, não é funcionário público, mas agente político, que no exercício da função jurisdicional age subordinado apenas à lei. Inexiste subordinação entre o juiz de primeira instância e o tribunal a que esteja administrativamente vinculado. A expressão "tribunal superior" se explica apenas processualmente, na medida em que lhe cabe apreciar recursos interpostos contra decisão do "tribunal inferior". Mas não pode, aquele, interferir previamente no desempenho jurisdicional deste, a não ser pelo poder persuasivo de sua jurisprudência.

Dessa independência, e dos valores que visa defender, decorrem as chamadas garantias da magistratura, prerrogativas postas a serviço do jurisdicionado. O juiz não pode ser removido, contra sua vontade, do posto onde se encontra. No Estado democrático de direito não há juiz *ad hoc*, ou tribunal de exceção (v. *Constituição da República*, art. 5º, XXXVII). Quem decide os pleitos não é um delegado do poder, mas um "juiz natural", previamente situado segundo as normas de competência e de organização judiciária; a impessoalidade do juiz natural reflete o caráter abstrato da lei, na busca da isonomia.

O juiz não atua *ex officio* (sem ser provocado), nem pode escolher as causas que vai julgar; em suma: não pode arrastar o cidadão à sua jurisdição. Julga apenas as causas que lhe são distribuídas, segundo as normas prévias e gerais de competência e de organização judiciária. A garantia do juiz natural impede que se estabeleça, entre o magistrado e o cidadão, um vínculo invisível de arbítrio.

5. Força obrigatória (efeito vinculante) das decisões judiciais

A coisa julgada, proclama um velho ditado, faz do branco preto e do quadrado redondo. Os profissionais do direito têm a consciência de que as decisões judiciais podem violentar a realidade. Sabem também, entretanto, que as controvérsias não se podem perpetuar: é preciso pôr-lhes um termo, em determinado momento, mediante uma decisão irrecorrível.

Os efeitos dessa decisão, porém, são circunscritos àqueles que puderam expor suas razões em juízo, fazer provas, debater o direito e os fatos, e recorrer das decisões contrárias.

> "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (Constituição da República, art. 5º, LV).

É impossível, em face desse direito fundamental, proferir-se decisão judicial cuja execução alcance quem não foi litigante, quem não teve a oportunidade de defender-se, fazer prova, expor suas razões, discutir o fato e o direito.

A força obrigatória (efeito vinculante) das decisões judiciais, o alcance executório da coisa julgada, restringe-se portanto aos que foram parte no respectivo processo. Mesmo porque "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (Constituição da República, art. 5º, XXXV).

Já ocorreu, porém, a experiência de se conceder, às decisões dos tribunais, um outro tipo de efeito vinculante, equivalente ao da força obrigatória da lei.

É, por exemplo, o que faziam em Portugal os "assentos" da Casa da Suplicação, conforme disposição das Ordenações Manuelinas e das Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil mesmo após a independência. O Decreto nº 2.684, de 23.10.1875, dava força de lei, no Império, aos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa e competência ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros (v. RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil*. Jacintho Ribeiro dos Santos, 3. ed. 1915, p. 104, 303 e 305). O Decreto nº 6.142, de 10.3.1876, regulava o modo pelo qual deviam ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça.

Os assentos persistem hoje em Portugal, fixados ao cabo de procedimentos para uniformização da jurisprudência. José de Oliveira Ascensão (*O Direito - Introdução e teoria geral*, 7. ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1993. p. 306) considera também como "fontes do direito em Portugal os acórdãos com força obrigatória geral. Em três lugares são estes previstos pela Constituição: no art. 281-1-*a*, referente à fiscalização abstrata da inconstitucionalidade ou da ilegalidade pelo Tribunal Constitucional; no art. 281-3, referente à mesma matéria, mas agora no pressuposto de uma mesma norma ter sido já declarada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos; e o art. 122-1-*g*, que a todos ultrapassa em generalidade, ao mandar publicar no jornal oficial as decisões do Tribunal Constitucional, bem como as dos outros tribunais a que a lei confira força obrigatória geral".

Para Canotilho, "os assentos autenticamente interpretativos das normas legais são hoje inconstitucionais, porque são verdadeira *legislatio*, violando o princípio da tipicidade das leis" (*Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1986. p. 727). O Professor A. Castanheira Neves dedicou, a essa matéria, uma obra primorosa – *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais* (Coimbra Edit., 1983). Sustenta, aí, que os assentos possuem as notas materiais e formais das disposições legislativas (p. 398), sendo anômala, e contrária a princípios constitucionais, essa função do Supremo Tribunal Federal (p. 407). Isso deflui, em parte, da exigência da "não-politização da Justiça, como condição capital do Estado de direito e para que os tribunais possam ser o jurídico 'contrapoder do político'. Tem pois decerto razão Arndt (*Gesetzrecht und Richterrecht*) quando afirma que a 'legislação judicial' mais não é afinal do que arbítrio" (p. 619).

Houve duas tentativas frustradas de ressuscitar a figura dos assentos no Brasil. A primeira, com o anteprojeto de uma Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, elaborado por Haroldo Valladão em 1961[2], e a segunda, em 1964, com o anteprojeto de Código de Processo Civil redigido por Alfredo Buzaid.[3]

Vítor Nunes Leal refere-se a essas tentativas, e as repele, ao justificar a criação da

[2] "Art. 7º - O Supremo Tribunal Federal, no exercício das atribuições que lhe confere o art. 101, III, *d*, da Constituição Federal, uma vez fixada a interpretação da lei federal pelo Tribunal Pleno, em três acórdãos, por maioria absoluta (Constituição Federal, art. 200), torna-la-á pública, na forma e nos termos determinados no Regimento, em Resolução que os tribunais e os juízes deverão observar enquanto não modificada segundo o mesmo processo, ou por disposição constitucional ou legal superveniente".

[3] Arts. 516 a 520: possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal, ou qualquer dos tribunais de justiça,

Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> "O método que o Supremo Tribunal Federal incorporou na Súmula – para documentar, de modo formal, e simplificar seus julgamentos – refletia uma posição equilibrada, isto é, sem qualquer excesso. Como tive ocasião de observar, de público, em Belo Horizonte, em 12.8.64, a Súmula realizou o ideal do meio-termo, quanto à estabilidade da jurisprudência (...), ela ficou entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa da Suplicação, 'para a inteligência geral e perpétua da lei' e a virtual inoperância dos prejulgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da justiça em todos os graus mas evita a petrificação, porque a Súmula regula o procedimento pelo qual pode ser modificada (...). Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e juízes. Deverão eles procurar argumentos novos, ou aspectos inexplorados nos velhos argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica. Com essa precaução, a Súmula substitui a loteria judiciária das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos profissionais do direito." (Passado e futuro da Súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, 145/10).

Essa posição de Vítor Nunes Leal é relembrada no acórdão proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar em 19.2.92 o pedido de medida cautelar, na ação direta de inconstitucionalidade nº 594 (*RTJ* 151/20), principalmente nos votos dos eminentes Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. A propósito da natureza da Súmula, discorreu-se nesse acórdão sobre o efeito vinculante das decisões judiciais, seja na forma de assentos, de prejulgados, ou de representações interpretativas. O primeiro desses Ministros enfatiza:

> "A Súmula, que não obriga e que, por isso, não é ato normativo, realiza o ideal do meio-termo acima indicado, que o seu criador imaginou";

e refere passagem da já mencionada conferência proferida em Belo Horizonte:

> "Firmar a jurisprudência de modo rígido não seria um bem, nem mesmo viável; a vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito".

O Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, lembra que, na República,

> "o primeiro texto positivo a emprestar força normativa geral à interpretação judicial da lei foi o do art. 902, § 1º, da CLT, que fazia compulsório para os Tribunais Regionais e as Juntas o respeito aos prejulgados do Tribunal Superior do Trabalho. Significativamente, a norma fora editada sob a Carta do Estado Novo, infensa à ortodoxia do dogma da separação dos Poderes e ao corolário da indelegabilidade da competência de um a outro deles".

E acrescenta:

> "O momento mais inequívoco de outorga de força normativa a uma decisão judiciária ocorreu, no entanto, por via da outorgada Emenda Constitucional nº 7/77, com o instituto da representação do Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal para interpretação em tese de leis ou atos normativos federais ou estaduais. Cuidava-se – pude afirmar certa feita (Proc. PGR 2.460/87, em Parecer do Procurador-Geral da República, 1985-1987, ed. 1988, p. 547) – de medida através da qual, rompendo as linhas demarcatórias da distinção entre as funções estatais, confia-se ao Supremo Tribunal Federal tarefa que, substancialmente, é menos de jurisdição do que legislativa (...), nela não se concretiza, como é próprio da sentença judicial, a norma individual de um caso concreto, mas norma geral – seja, embora, a título de interpretação de disposição legal preexistente – para reger compulsoriamente a solução de casos futuros, vinculando à sua observância (...) todos os demais órgãos da jurisdição".

O princípio da separação dos poderes (Constituição de 1988, art. 2º, art. 60-§ 4º-III; Ordenação de 1967-1969, art. 6º, art. 10-VIII-*c*) reclama um aprofundamento doutrinário. É perigoso para a democracia que sua aplicação permaneça, como até aqui, ao sabor das subjetividades, bem como das tendências hegemônicas de um ou outro dos poderes. Três exemplos dessas tendências:

---

em processo para uniformização de jurisprudência, possam fixar a interpretação da norma jurídica, baixando em seguida assento, com força de lei a contar de 45 dias após sua publicação.

a) É inconstitucional, em face do princípio da separação, harmonia e independência dos poderes, a prática das medidas provisórias, que usurpa competência constitucional do Legislativo e o subordina ao Executivo. Como o Judiciário não julga práticas, mas tópicos – elementos das práticas – deveria ter fechado a porta pela qual se insinua essa prática: a reiteração abusiva da medida provisória. Como reclamar depois que a Constituição é analítica, se o Judiciário não tem a coragem de dar vida aos seus princípios.

b) O que parece minúcia incabível em texto constitucional (os tribunais devem observar, na redação de seus regimentos, as normas de processo e garantias processuais das partes – art. 96-I-*a*) precisou ser ali colocado em face da incontinência do Judiciário.

c) O elastério ilícito da imunidade parlamentar (Constituição da República, art. 53) mediante lei concessiva de anistia, por crime eleitoral, a membros do próprio Legislativo.

Entretanto – não obstante os argumentos em contrário, entre eles o de Castanheira Neves na obra acima referida –, não me parece haver invasão de competência normativa originária quando o Judiciário explicita norma legal, ainda que o enunciado explicitador ganhe força obrigatória. Parece clara a analogia com os regulamentos, feitos pelo Executivo "para fiel execução das leis" e que possuem força obrigatória geral. Aliás, isso já é, em parte, o que acontece hoje no controle difuso de constitucionalidade, com o concurso do Senado (v. Constituição da República, art. 52-X).

Assim, para justificar a concessão, às decisões de nossos tribunais, de força obrigatória geral (efeito vinculante), é desnecessário aludir ao sistema dos precedentes (*stare decisis*), vigente nos países de *common law*. Aí, as decisões judiciais baseiam-se em decisões judiciais anteriores. Para conhecer e praticar o direito norte-americano, por exemplo, é necessário – antes de conhecer normas, como aqui – conhecer a infinidade de decisões tomadas nos casos paradigmáticos (*leading cases*).

Não foi à toa que o juiz Holmes proferiu sua frase célebre: "as predições do que os tribunais farão efetivamente é o que eu chamo direito". O sistema de precedentes, de visibilidade e certeza mínimas, é uma teia de arabescos técnicos que torna impossível o conhecimento do direito pelo leigo e alarga a faixa de imprevisibilidade das decisões.

A produção judicial do direito – observada sob o ponto de vista evolutivo – corresponde à fase histórica da democracia direta, ou da república popular. Em Roma, o termo "magistrado" se aplicava à autoridade administrativa eleita pelo povo e encarregada também de aplicar a lei. Foi o Império que trouxe as codificações, o enrijecimento das estruturas, o sistema de dizer o direito, no caso concreto, a partir do *dictum* autoritário.

Hoje, nos países de *common law*, nota-se movimentação semelhante, na direção do sistema da fonte legal. É cada vez maior, aí, a importância do *statutory law*, e busca-se mesmo, para o direito, uma *statutory basis*.

Seria difícil afirmar, peremptoriamente, que o sistema dos precedentes seja regressivo com relação ao sistema da fonte legal e que seu movimento na direção deste obedece a uma lei social de evolução do direito, atuando já agora no contexto da sociedade de massas, e segundo os parâmetros do constitucionalismo, que busca reconciliar o direito com a democracia.

O importante, agora, parece assinalar que as diferenças substanciais entre o nosso e aquele sistema inibem o implante, aqui, da decisão judicial originariamente normativa; e registrar que as mudanças observadas no sistema dos precedentes talvez decorram, em grande parte, das mesmas forças que atuam hoje, no Brasil, em favor do efeito vinculante: as forças concentradoras do poder.

Pois o resultado do efeito vinculante seria a concentração de poder nas cúpulas, ao invés de sua difusão por todo o corpo judiciário.

6. Passado e futuro do Supremo Tribunal Federal

Em 12 de agosto de 1964, falando aos rotarianos mineiros, o Ministro Vítor Nunes Leal queixava-se da pletora de processos no Supremo Tribunal Federal, cerca de 7.000 decisões por ano:

> "podemos ter uma idéia do aumento do serviço quando observamos que, em 1950, foram julgados 3.511" (Atualidade do Supremo Tribunal. *Revista de Direito Processual Civil*, 5/71, Saraiva, 1966).

Objetivando um sistema de "liberdade garantida", e não de "liberdade tolerada", instalava o eixo da reflexão sobre o futuro da Corte Suprema:

> "Antes de se pensar em reduzir a nossa competência, devemos esgotar as possibilidades de organizar, adequadamente, o nosso trabalho".

Referindo-se ao poder de que dispõe a Suprema Corte norte-americana, de só julgar os casos que entenda relevantes, apresentava uma outra fórmula, mais adequada à nossa realidade:

> "Não temos a prerrogativa de escolher os casos de relevância jurídica, mas poderíamos alcançar, indiretamente, resultados comparáveis. Bastaria simplificar o exame dos processos rotineiros, não mediante vaga alusão à nossa jurisprudência, mas com precisa indicação dos precedentes em que a matéria foi mais amplamente apreciada. (...) Firmar a jurisprudência, de modo rígido, não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito."

Esse objetivo alcançou-se com a edição, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, a partir de 13.12.63, das súmulas de sua jurisprudência, enunciados sintetizando as decisões em casos semelhantes e que poderiam ser cancelados ou revistos pelo próprio plenário (v. arts. 102 e 103 do Regimento Interno do STF). Até hoje foram editadas 621 súmulas, das quais vieram a ser canceladas 6, e revogadas formalmente 4, embora muitas tenham sido revogadas pela legislação superveniente, e várias superadas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que a partir de sua criação (1988) passou a apreciar matéria anteriormente entregue à competência do Supremo.

Decorridos alguns anos, entretanto, e em pleno ciclo autoritário, o Supremo enveredaria por caminho que repugnava ao criador da Súmula.

A Emenda Constitucional nº 1/69 – Carta outorgada por junta militar – permitiu-lhe indicar, em seu Regimento Interno, as causas que escolhesse admitir pela via do recurso extraordinário, conforme sua natureza, espécie ou valor pecuniário.

> "Vem então" – relata o Ministro Sepúlveda Pertence (Competência recursal do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Público*, 93/188, jan./mar. 1990) – "a longa história das restrições regimentais, das várias emendas regimentais, que mudam a técnica, começam com rol de exclusão de causas, pela natureza, pelo seu valor – este um capítulo realmente lamentável na história do Tribunal em matéria de recurso extraordinário, onde o relevo é a tese: selecionar as causas pelo seu valor, que não funciona sequer como forma de seleção econômica, porque muitas vezes a causa de pequeno valor é causa de grande valor econômico".

A Emenda Constitucional nº 7, de abril de 1977, acrescentou àquelas notas do art. 119 parágrafo único da Carta (natureza, espécie, valor pecuniário) a "relevância da questão federal".

Essa Emenda Constitucional nº 7, institucionalizando uma reforma do Judiciário inspirada em trabalho de uma comissão especial de ministros do Supremo Tribunal Federal (os Ministros Thompson Flores, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmin), foi o famigerado *pacote de abril*, para cuja edição, pelo General Geisel, foi necessário fechar o Congresso.

Nascia a partir daí a *argüição de relevância*, um procedimento paralelo ao recurso extraordinário, objetivando sua admissão. Para apreciar as argüições de relevância, reunia-se o Conselho do STF em sessão secreta.

O grande advogado Theotonio Negrão, devoto da minúcia, teve a pachorra de radiografar a sessão do Conselho do STF no dia 12.8.87:

> "começou às 17:30 e 'julgou' 419 argüições de relevância. Se a sessão terminou às 19 horas e não teve interrupção, cada argüição foi, em média, julgada em 12 segundos e 88 centésimos de segundo. Experimente ler o número da argüição, o nome do relator e as partes; ... fiz a experiência, cronometrando: deu 9 segundos e 8 décimos".

A argüição de relevância nasceu no mesmo berço de dois outros instrumentos autoritários: a avocatória e a "representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual".

Mediante a avocatória, entregava-se ao Supremo a faculdade de atrair, para seu julgamento, causas processadas perante quaisquer juízes ou tribunais. De um só jato, feria-se a independência da magistratura, o princípio do juiz natural e a garantia dos jurisdicionados. O pacote de abril transformava o Supremo em tribunal de exceção, que para prevenir "imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas", e a pedido do Procurador-Geral da República, poderia suspender os efeitos de qualquer decisão judicial proferida no país e avocar o respectivo processo. Consagrava-se, com essa medida, a completa subversão do sistema judiciário brasileiro.

Quanto à *representação interpretativa*, a emenda regimental nº 7 (*DJU* de 28.8.78) traçalhe os contornos e a finalidade. Veja-se seu art. 9º:

"A partir da data da publicação da ementa do acórdão no *Diário Oficial* da União, *a interpretação nele fixada terá força vinculante*, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado".

Assim, a partir da Emenda Constitucional nº 7, de abril de 1977, combinada com a Emenda nº 7, de agosto de 1978, ao regimento interno do STF, passaram a ter *efeito vinculante* às decisões dessa Corte, proferidas em processos de natureza não-contenciosa (sem partes, contraditório, ou defesa), iniciados mediante representação do Procurador-Geral da República.

"A eficácia que a Corte, no primitivo tratamento regimental do instituto, emprestou à solução da representação interpretativa foi inequivocamente a de um ato normativo geral, e não o de uma decisão judicial ou de uma simples súmula de sua jurisprudência preexistente". (Ministro Sepúlveda Pertence, *RTJ* 151/35).

Já a Constituição de 1988 foi sábia. Ao invés de manter essas medidas, restritivas do acesso à jurisdição e do controle difuso da constitucionalidade, praticamente bipartiu o Supremo Tribunal Federal. Criou a seu lado o Superior Tribunal de Justiça, com no mínimo trinta e três ministros, a quem entregou grande parte da anterior competência do Supremo; este ficou transformado – ou pelo menos posto no caminho de se transformar – numa Corte Constitucional, destinada a exercer apenas o controle de constitucionalidade, seja ao modo concentrado (mediante a ação direta de inconstitucionalidade), seja ao modo difuso (através do recurso extraordinário).

Num primeiro momento, após a Constituição de 1988, caiu o número de processos distribuídos no Supremo Tribunal Federal (de 18.674, em 1988, para 6.622, em 1989). Isso, certamente, devido à indefinição das novas regras e ao desvio de parte de sua competência para o Superior Tribunal de Justiça. Mas voltou a subir, em seguida: 16.777 em 1990, 19.349 em 1991, 27.656 em 1992, 27.205 em 1993, 25.813 em 1994. Em entrevista publicada na *Folha de São Paulo*, em 11.9.94, o Ministro Sepúlveda Pertence explicava esse fenômeno:

"A abertura para as demandas coletivas e a amplitude do controle direto da constitucionalidade das leis despertaram uma grande esperança e praticamente uma descoberta do Judiciário, como agente não apenas de decisão dos interesses clássicos, mas de demandas coletivas e conflitos políticos. Mas veio a fase do refluxo, quando se percebeu que a máquina era incapaz de atender à explosão da demanda".

A alternativa que se põe, assim, parece estar entre reprimir a demanda (crescente devido à abertura democrática) ou reformar a máquina. A escolha está entre o sistema de *liberdade garantida*, preconizado pelo Ministro Vítor Nunes Leal, e o sistema da liberdade meramente tolerada.

Se preferirmos reformar a máquina, a primeira intervenção consiste em transferir, para o Superior Tribunal de Justiça (cuja composição é de *no mínimo* trinta e três ministros) matéria de natureza extraconstitucional ou não estritamente constitucional, que restou na competência do Supremo. Assim, por exemplo, toda ela, ou boa parte da referida nos arts. 101-I-*g*, *h* e *i*, e 102-II- *a* da Constituição. Em estudo publicado na *Revista de Direito Administrativo* (183/2, jan./mar. 1991), queixava-se o Ministro Luiz Octavio Gallotti:

"A atribuição da competência originária para o julgamento de *habeas corpus* (art. 102-I-*i* da Constituição) quando o coator seja tribunal diretamente sujeito à sua jurisdição – e esta categoria compreende, além dos tribunais superiores, todos os regionais federais, bem como os estaduais de justiça, de alçada e de justiça militar – ocupa hoje, em média, quase duas horas do tempo das sessões de cada uma das Turmas. Foram em número de 349 os pedidos de *habeas corpus* julgados, no primeiro semestre de 1991, pelo Supremo Tribunal. Consiste, assim, em considerável desvio da missão precípua de controle constitucional".

Em 1993, o STF recebeu cerca de 1.000 ações desse tipo.

"Os ministros propõem que os recursos só cheguem ao STF nas hipóteses em que o réu for derrotado no STJ" (*Folha de São Paulo*, 2.1.94).

A segunda e maior intervenção consiste na criação das *súmulas administrativas*, simétricas às súmulas do STF.

Parte considerável (de 70% a 80% ou mais) dos processos julgados pelos nossos tribunais superiores e pelos tribunais regionais federais envolvem interesse do poder público e, em dose maior, da União.

Pode-se afirmar sem receio de erro que hoje, no Brasil, é o próprio Estado que entope os tribunais. Isso decorre de certas anomalias costumeiras no exercício da função pública (a indústria da inconstitucionalidade, o calote institucionalizado) e de alguns fatores justificáveis, como a indisponibilidade do interesse público em juízo, que impede a realização de acordo e obriga a Administração a utilizar todos os recursos possíveis. Daí advém a repetitividade inócua da maior parte desses recursos – de que tanto se queixa, com razão, a magistratura – assim como os dilemas de consciência que afligem advogados da União e procuradores autárquicos, especialmente do INSS, obrigados a interpor recursos meramente protelatórios, retardando o pagamento, pelo Estado, de prestações de natureza alimentar.

A existência das súmulas do STF dissuade particulares de recorrerem, mas não tem a mesma eficiência com respeito à atuação do Estado em Juízo.

Recentemente, o Ministro da Previdência e Assistência Social baixou a Portaria nº 2.054, de 22.5.95, determinando à sua Procuradoria Geral que desista de todos os recursos pendentes em que se esteja discutindo exclusivamente matéria de direito relativa à interpretação dos §§ 5º e 6º do art. 201 da Constituição, a cujo respeito o Supremo firmou interpretação reiterada e unânime.

Na mesma linha o Decreto presidencial nº 1.601, de 23.8.95, com duplo objetivo: a) dispensando a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional de interpor recurso quando a decisão versar, no mérito, sobre determinadas matérias, que enumera; b) autorizando o Procurador-Geral da Fazenda Nacional a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro da Fazenda, outras matérias em relação às quais é de ser dispensada a interposição de recursos, em face da jurisprudência reiterada e uniforme do STF e do STJ.

Uma terceira intervenção possível – esta independentemente de se revogar o disposto na alínea *p* do art. 102-I da Constituição – consistiria em se evitar apreciar pedidos de medida cautelar em ações diretas de inconstitucionalidade, apreciando-se desde logo o mérito.

A adoção dessas providências tornaria dispensável outra intervenção, consistente no aumento do número de ministros do Supremo Tribunal Federal, que, não obstante algumas desvantagens, talvez se torne necessária no futuro.

7. Efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal

É possível visualizar, desde já, alguns dos resultados, caso se prefira a alternativa da *liberdade tolerada*, mediante a repressão da demanda através da força obrigatória de algumas das decisões do Supremo, nos casos e ao modo que venha a ser especificado:

a) As decisões em matéria constitucional – portanto interpretativas da Constituição – não terão força de lei ordinária, mas força de norma constitucional.

b) Causas decididas em única ou última instância de modo contrário à Constituição admitem hoje recurso extraordinário. O mesmo virá a acontecer (admissibilidade de recurso extraordinário) nas causas cuja decisão contrarie a norma judicial-constitucional.

Entretanto, do mesmo modo como a existência da Constituição não evita, de *per si*, decisões que lhe sejam contrárias, a existência de normas judiciais-constitucionais não evitará, de *per si*, que juízes decidam contra elas, o que provocará recursos interpostos contra essas decisões.

Ao estudar o siginificado dos precedentes para a interpretação do Direito, diz Larenz:

> "O juiz está na nossa ordem jurídica vinculado às leis e ao direito consuetudinário, mas é livre na interpretação da lei e no desenvolvimento do Direito conforme ao seu sentido. Nessa tarefa só tem de seguir a sua própria convicção, formada conscienciosamente. Daí resulta que o que pode 'vinculá-lo' não é o precedente enquanto tal, mas sim e só a interpretação ou concretização 'correta' da norma, que nele porventura se exprima. Se a interpretação ou concretização da lei contida no precedente é correta, porém, é ponto que cada juiz há de, em princípio, decidir por si próprio e em cada novo caso, visto que o precedente não lhe pode tirar a responsabilidade pela correção da sua decisão. O juiz não tem pois apenas o direito, está até obrigado a divergir de um precedente, sempre que chegue à convicção de que ele traduz uma incorreta interpretação ou desenvolvimento da lei, ou de que a questão, então corretamente resolvida, deve hoje – mercê de uma mudança de significado da norma ou de uma alteração fundamental das circunstâncias relevantes para a sua interpretação – ser resolvida de outro modo."

O chamado *efeito vinculante*, portanto, do ponto de vista processual, não faz mais do que fazem hoje as súmulas: restringe o universo interpretativo aberto às partes e juízes, que ficam referenciados por aquela interpretação superior e prévia. A diferença praticamente relevante entre a súmula e o efeito vinculante reside, pois, no caráter político deste.

O efeito vinculante funciona plenamente – como bem se tinham apercebido os autores do pacote de abril – quando acoplado à avocatória. Esta sinaliza previamente a todo o corpo da magistratura: o juiz divergente poderá ser privado da sua jurisdição. Completa-se assim o cerco mecânico do Judiciário, em que todo o corpo se transforma em obediente instrumento da cúpula.

Durante a XII Conferência Nacional da OAB, realizada em Porto Alegre em outubro de 1988, o dr. Roberto A. O. Santos advertia:

> "O problema político consistirá em que, para a defesa e execução da nova Carta, estamos mantendo um modelo de organização do Judiciário que funcionou adequadamente no regime anterior, de Estado autocrático e prepotente, que obtinha fácil apoio na Justiça (e no Congresso) para usurpar esferas de poder que a sociedade não lhe conferira. Como tal modelo não é neutro em relação a seus resultados, teme-se que as instituições judiciárias de novo se tornem palco de capitulações políticas decisivas, que resultem na inviabilização da democracia no país". (Burocracia judiciária e democracia. *Anais da XII Conferência da OAB*).

No dia 25 de janeiro de 1995, a *Folha de São Paulo* publicava artigo do Ministro da Justiça, Nelson Jobim, propondo a adoção, a par do "efeito vinculante de todas as decisões do STF em matéria constitucional", de uma outra "inovação", o "incidente de inconstitucionalidade, que permitirá provocar o STF de forma qualificada sobre tema constitucional, quando se configurar controvérsia relevante nas instâncias ordinárias e houver perigo de grave lesão à ordem ou à segurança públicas".

Segundo nossa experiência judiciária, haveria perigo de grave lesão à ordem (e às finanças públicas, nos termos do pacote de abril) numa decisão que concedesse 147% de reajuste a aposentados, ou que forrasse alguém contra o confisco de sua poupança.

O fato é que, se adotadas essas duas providências – e dado que a *representação interpretativa* foi recriada pela Emenda Constitucional nº 3 na forma da modernosa ação declaratória de constitucionalidade –, teríamos restaurado o tripé de abril. Porque o bonito nome *incidente de inconstitucionalidade* encobre nada mais nada menos que a avocatória.

A avocatória é instrumento de Direito Administrativo. Com ela, a autoridade competente pode saltar etapas do processo administrativo, chamando desde logo para si matéria que dependesse de diligência, parecer ou decisão de um subordinado. Condição da avocatória, como se vê, é que exista subordinação hierárquica entre quem avoca e aquele em cuja alçada esteja a questão.

Com o pacote de abril de 1977, o general Geisel incumbiu ao Supremo Tribunal Federal o julgamento das "causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido".

Mesmo no contexto de uma Carta outorgada, essa avocatória judicial tinha contornos estranhos, ofensivos a princípios cardeais da administração da justiça. O Poder Judiciário é exercido por juízes singulares e por tribunais. Mas, à parte os casos de competência originária destes, exerce-se propriamente pelos juízes. O juiz é agente político no qual se concentra a soberania: entre ele e tribunal de sua circunscrição inexiste subordinação ou vínculo hierárquico. E como, de regra, as partes não são obrigadas a recorrer, pode-se dizer que no juiz singular reside a garantia constitucional da prestação jurisdicional. A possibilidade de recorrer, levando seu pleito a um tribunal, é reforço dessa garantia, que os tribunais exercem subsidiariamente. No juiz singular, a cuja presença comparecem as partes, diante do qual se produzem as provas e se deduzem as razões dos litigantes, é que o Estado democrático de direito, segundo a ordem constitucional brasileira, depositou a garantia de conhecimento do litígio e realização do direito material. Normalmente, o litígio pode extinguir-se na primeira instância, ou perante o tribunal competente para julgar o respectivo recurso. Qualquer recurso ulterior é recurso extraordinário, de tal sorte que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ao apreciá-lo, têm em conta menos o direito subjetivo das partes do que a custódia do ordenamento jurídico.

Estes os pontos em que a avocatória agride princípios estruturais da administração da justiça: primeiro, subtrai competência ao juiz singular, agente político independente; desse ponto de vista a avocatória é medida excepcional. Segundo, subtrai ao cidadão o direito de ser julgado pelo juiz natural, no juízo de sua circunscrição, onde em regra tem domicílio, acesso à defesa e às provas; subtrai também a esse cidadão o direito ao duplo grau de jurisdição, isto é, o direito de ver a decisão do juiz singular contrastada por outro órgão judicial; sob esse aspecto a avocatória é anômala. Terceiro, ela entrega imediatamente o conhecimento do litígio a uma Corte habituada a decidir apenas sobre direito em tese e a julgar somente nos estritos limites de recurso extraordinário; sob esse ponto de vista a avocatória é totalitária, pois entrega ao imperial avocador uma competência universal, que não está incluída previamente em nenhum dos ítens da sua competência material comum (veja-se a enumeração da competência do STF no art. 102 da Constituição da República). Por último, a avocatória ofende ao princípio da racionalidade objetiva; em nosso sistema judiciário, apenas o jurado, no júri popular, está dispensado de fornecer as razões de seu veredito; elas podem, assim, ser de ordem puramente subjetiva. Fora daí, qualquer juiz ou tribunal, em nosso sistema judiciário, deve revelar as razões de sua decisão, motivadamente, segundo a ordem de conseqüência legal. Ainda quando as circunstâncias que indicam "imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas" fossem mensuráveis objetivamente, e segundo normas pré-estabelecidas, obviamente a decisão da qual não caiba qualquer recurso – esse o caso da avocatória – estaria, na prática, dispensada de motivação cabal.

Durante o processo constituinte, a Ordem dos Advogados do Brasil propôs extirpar a avocatória do nosso sistema judiciário, o que se fez mediante iniciativa do Deputado Michel Temer. Não se tratava de mero preconceito, tampouco de desconfiança com relação aos tribunais superiores. Tanto assim que, por empenho da própria OAB, incluiu-se na competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a reclamação "para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões" (confiram-se arts. 102-I-*l* e art. 105-I-*f* da Constituição da República). Temos, na reclamação, instrumento democrático de controle judicial em caso de usurpação de competência por parte de juiz singular ou tribunal. Alguém diria que essa reclamação não basta para coibir abusos do juiz singular. Para quem pensa dessa forma, parece intolerável o abuso praticado, por juiz singular, contra interesse do governo, embora já não aconteça o mesmo quando se trata de abuso contra a cidadania.

Acresce que, para corrigir abusos do juiz singular, o direito pretoriano já consagrou hoje, largamente, o mandado de segurança contra decisão judicial. Trata-se de medida que está ao alcance tanto da cidadania quanto da autoridade pública.

Se é assim, se já temos medida judicial objetiva, sistemática, coerente e satisfatória, para a proteção do interesse público na eventualidade de dano irreparável, por que criar-se a avocatória?

A avocatória permite que, em causas de qualquer natureza (civil, tributária, criminal, eleitoral etc.), um órgão de poder, por ato de império, suprima as instâncias comuns, ordinárias, e, invocando razões de Estado, se auto-institua discricionariamente, e caso a caso, como instância única e irrecorrível de julgamento. Isso, que representa a suma do arbítrio, corresponde a encartar um ato institucional dentro da própria Constituição. Menos autocrático era o Tribunal de Segurança Nacional, que tinha pautas genéricas e pré-definidas de competência.

8. Conclusão

A solução para o acúmulo de processos no Supremo Tribunal Federal não se encontra na outorga de efeito vinculante a suas decisões.

É possível aliviar-se a pauta do Supremo com medidas de outra natureza, sem ofensa ao nosso sistema jurisdicional, às garantias dos jurisdicionados e ao equilíbrio dos Poderes.

Dentre as providências alternativas acima sugeridas, ressalta a das súmulas administrativas. Mas há providência mais simples e expedita do que essa, que seria permitir-se aos advogados da União e aos procuradores autárquicos, mediante preceito legal, deixarem de recorrer sempre que, no recurso, deva rediscutir-se exclusivamente matéria já sumulada.

Isso equivaleria, na prática, a tornar vinculantes as decisões do Supremo, porque os advogados deixariam invariavelmente de recorrer contra a súmula, só o fazendo quando vislumbrassem a possibilidade de derrubá-la. Isso não constrange, não ofende a liberdade de

juízes e advogados; tampouco restringe o acesso das partes à Justiça; nem expõe a risco o interesse público, porque só se deixaria de recorrer contra decisão sumulada.

Parece assim de todo razoável que se acrescente, onde couber:

> "Art. - Os procuradores da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, podem deixar de interpor recurso para os Tribunais Superiores, nos processos em que oficiem, sempre que o mesmo deva exclusivamente rediscutir tese já sumulada por um desses tribunais".

O Direito Autoral moderno e a obra cinematográfica em diferentes mídias

ANTÔNIO CHAVES

SUMÁRIO

1. Apanhado histórico. 2. Proteção da obra cinematográfica. 3. Autor, co-autores e demais participantes da criação cinematográfica. 4. Importância econômica do vídeo. 5. Filmes cinematográficos versus *videocassetes. 6. Locação* versus *venda de vídeos. Vendas* versus *antenas parabólicas. 7. Uma nova forma de distribuição de obras musicais: por computador. 8. Multimídia. Sistemas audiovisuais. Sua interatividade.*

1. APANHADO HISTÓRICO

Uma síntese da evolução do Direito de Autor desde os primórdios até os dias de hoje foi por nós focalizada às páginas 39 até 74 em *Criador da Obra Intelectual*, S. Paulo, Ltr., 1995, 294 páginas.

Aí consignamos, com melhor doutrina, que a tecnologia entra na nossa vida diária interferindo profundamente no setor da propriedade intelectual, tanto na criação da obra, como na sua difusão e utilização econômica.

Basta lembrar a tecnologia digital, as gravações e reproduções, a colonização das obras cinematográficas, os satélites de comunicação, o que tudo afasta cada vez mais o autor da sua obra, tornando árduo o controle do seu direito de participação nos lucros que o aproveitamento da mesma possa proporcionar.

Para superar a condição de servidão a que está submetido o criador de obras intelectuais, recomenda o grande especialista italiano Mario Fabiani que conduzam o legislador e o intérprete da lei um minucioso exame dos novos diferentes modos de utilização da obra, a fim de encontrar soluções apropriadas a cada tipo de aproveitamento.

Antônio Chaves é Advogado e Professor de Direito da USP.

2. Proteção da obra cinematográfica

Evitam os autores uma conceituação do que seja obra cinematográfica. Bem se compreende semelhante cautela, tão diversas são as modalidades de obras que podem ser adaptadas ao cinema, tão diferente é uma produção de outra, de acordo com o seu gênero, dramático, literário, romanceado, esportivo, reportagem, publicitário etc., tão variada pode ser a contribuição dos que participam de sua leitura.

Limitam-se quando muito, como faz Piola Caselli, a lembrar que tal obra figura como uma categoria separada de arte, porque, devido à complexidade de seu conteúdo, reproduz e transforma elementos de letras e artes diversas, especialmente da literatura, da arte musical e das artes figurativas.

Realça a importância particular da diferença entre obras cinematográficas e obras literárias, insurgindo-se contra a tendência errônea dos literatos de considerá-las como uma subclasse destas, dando-se ao roteiro uma importância fundamental, enquanto o processo sucessivo de adaptação cinematográfica viria a ter um caráter subordinado e de execução, semelhante ao processo necessário para levar um drama ou uma comédia ao proscênio de um teatro. A cinematográfica, por outras palavras, seria uma obra dramática exibida, executada em cinematografia.

Demonstra que semelhante concepção está em absoluto contraste com o processo criador do filme moderno, no qual a parte literária não aparece como um elemento da obra cinematográfica, uma vez que sofre um processo de elaboração e de transformação, mediante as operações da sua encenação, montagem, retomada e outras operações acessórias, indispensáveis para transformar a obra literária num filme cinematográfico.

As leis também não dão o conceito do que seja obra cinematográfica, contentando-se mesmo as melhor elaboradas em declarar quem é seu autor.

Mas não é preciso aprofundar a pesquisa: basta unir os elementos já alinhados para que se chegue à conclusão de que – se o fato de se tratar de obra encomendada não retira as prerrogativas inerentes à autoria de quem a compôs; se a obra cinematográfica encontra a mesma proteção que é dispensada a qualquer outra criação intelectual; se a obra cinematográfica é por sua vez protegida como qualquer outra – a produtora do filme é a legítima detentora dos direitos autorais relativos à sua criação, que lhe asseguram, com exclusividade, o aproveitamento da idéia em qualquer outra modalidade de utilização que não tenha sido expressamente cedida.

3. Autor, co-autores e demais participantes da criação cinematográfica

Quem pode ser qualificado como autor de uma obra cinematográfica?

Eis aí questão que, ressalvados raríssimos casos, resulta das mais embaraçosas, à vista do grande número de pessoas que tomam parte numa produção cinematográfica e da dificuldade de determinar o papel mais ou menos relevante que cada uma delas desempenha na sua elaboração, tendo pois direito a serem considerados como autores, autores paralelos, ou colaboradores, e em que proporção deva entre eles ser atribuída a compensação adequada.

Como nas demais manifestações artísticas, na obra cinematográfica há que reconhecer aos seus autores direitos pecuniários e direitos de natureza extrapatrimonial, a exploração daqueles dependendo de autorização expressa, e estes devendo igualmente receber sanção eficaz.

Dispõe a lei francesa de 11.3.1957, art. 14, alínea *1*, terem a qualidade de autor de uma obra cinematográfica "a ou as pessoas físicas que realizam a criação intelectutal dessa obra", distinguindo o art. 17 o *produtor* de uma obra cinematográfica: "é a pessoa física ou moral que toma a iniciativa e a responsabilidade da realização da obra". Considerando as *produções cinematográficas* como "obras de colaboração", incluiu como co-autores todas as pessoas físicas que concorrem para a realização da obra.

"Produtor cinematográfico", define o art. 4º, X, *b*, da lei pátria, é "a pessoa física *ou jurídica* que assume a iniciativa, a coordenação e a responsabilidade da feitura da obra de projeção em tela".

A definição compreende mais do que o pretendido, pois os *slides* também podem ser projetados em tela, sem que ninguém pretenda, por isso, qualificá-los como obra cinematográfica.

Pondera Robert Plaisant que, se a aplicação do direito de autor às obras cinematográficas não oferece dificuldades em seu princípio, as modalidades se apresentam como grandemente complexas. Isto decorre do fato de que a obra cinematográfica ostenta particularidades específicas:

> "Originalidade essencial do cinema, considerado sob o ponto de vista que

nos interessa, decorre, de um lado, das condições nas quais é elaborada a obra cinematográfica; de outro lado, das condições nas quais esta mesma obra é difundida.

Salvo exceções muito raras, as obras literárias e artísticas que não sejam criações cinematográficas nascem de um esforço individual. Existem, sem dúvida, obras coletivas, mas este caso permanece muito limitado. As obras compostas e de colaboração conservam seu caráter individual pelo fato de o número dos co-autores ser muito limitado: dois, três no máximo.

Ao contrário, a criação da obra cinematográfica exige um numeroso pessoal produtor: diretor de produção, *metteur en scène*, cenarista, dialogista..."

Acrescenta não serem freqüentes as dificuldades que suscitam a colaboração em geral porque as obras em colaboração não são muito numerosas.

Não é o que ocorre com as obras cinematográficas em particular. O número e a complexidade das dificuldades cresce em progressão geométrica, em contraste com a progressão aritmética dos participantes.

Finalmente, as colaborações em matéria de obra cinematográfica são episódicas, limitadas o mais das vezes a uma só obra, porque os participantes têm formação, profissões, pontos de vista e às vezes interesses muito diferentes, contrariamente ao que ocorre com freqüência em matéria de uma obra de colaboração, em que o aproveitamento da mesma é, ao mesmo tempo, intensivo e de curta duração, colocando em jogo grandes capitais e importando em graves riscos de lucro ou de perda.

Nem os tratadistas, nem os diplomas legislativos puseram-se de acordo na enumeração dos participantes. Marcel Plaisant indica: o produtor, o realizador, o roteirista, o dialogista, o *metteur en scène*, o compositor musical, os artistas, os executantes, os técnicos de tomadas de vista e som.

Alain Le Tarnec, depois de ponderar que a questão de saber quais são aqueles que, participando da elaboração de um filme, têm a qualidade de autor foi sempre considerada tanto mais delicada porquanto depende, em grande parte, das circunstâncias de fato, sem que seja possível, *a priori* e *in abstracto*, dizer que tal ou qual colaborador, tendo participado a uma obra cinematográfica, terá esta qualidade durante toda a duração da mesma, pousa o princípio de que aquele que contribui à criação de uma obra é por este fato investido da qualidade de co-autor.

É nesse sentido que dispõe o art. 14 da lei francesa de 11.3.1957, atribuindo a qualidade de autor de uma obra cinematográfica à ou às pessoas físicas que realizam a criação intelectual desta obra.

Presume, salvo prova em contrário, co-autores de uma obra cinematográfica realizada em colaboração os autores:

1º) do roteiro;

2º) da adaptação;

3º) do texto falado;

4º) das composições musicais com ou sem palavras, especialmente realizadas para a obra; e

5º) o realizador.

Quando a obra cinematográfica é retirada de uma obra ou de um roteiro preexistentes ainda protegidos, os autores da obra originária são assimilados aos autores da obra nova.

Vale também para o nosso direito a observação de Alain Le Tarnec, nº 265, de acordo com a qual trata-se de uma lista apenas indicativa.

> "Qualquer outra pessoa, como o produtor, por exemplo, que tenha contribuído à criação intelectual entraria naturalmente no círculo dos co-autores. E, inversamente, qualquer personagem citado nessa enumeração que não tenha feito ato de criação seria, salvo prova contrária, dele excluído. Existe aí uma manifestação de grande flexibilidade legislativa: a disposição precitada serve de fio orientador ao juiz, sem todavia encerrá-lo em limites rigorosos."

Importa assinalar que essas considerações dizem respeito a filmes de certa extensão, que em geral exigem obra realizada em colaboração, cada um dos participantes desempenhando funções de grande relevo: não de filmes rápidos como os publicitários, que nem sequer poderiam existir se o cliente não fornecesse a idéia, o plano, os elementos básicos para a sua feitura.

Como conceber, nesses casos, que o próprio cliente, por ter dado rápidas indicações, possa ser considerado colaborador, ou mesmo co-autor da obra?

4. Importância econômica do vídeo

Para ressaltá-la basta lembrar o relato provindo de Los Angeles para o *Jornal do Vídeo*

de agosto de 1991, p. 147: os negócios, em termos mundiais, haviam atingido a impressionante cifra de US$ 21,5 bilhões no ano anterior:

> "Na maioria dos países, as locações suplantam o *sell-through*, mas a venda direta ao consumidor por preços mais acessíveis (razão das grandes quantidades vendidas por título) está crescendo principalmente na Europa. Na França, por exemplo, o *sell-through* já é maior do que o setor de locações (US$ 562 milhões do *sell-through* e US$ 177 milhões em locações). Segundo pesquisas de empresas do Reino Unido, a tendência para os anos futuros é um aumento crescente da fatia do mercado mundial de vídeo para a Europa Ocidental. Em 1990, ela foi de 22,8%, mas em 1995 deverá estar na casa dos 27,2%. A Europa Oriental, depois da Glasnost e Perestroyka, também está mostrando um grande crescimento. Em 1990, o faturamento foi de US$ 20 milhões e, para 1995, a previsão é de US$ 700 milhões.
>
> Os Estados Unidos têm a maior fatia mundial, com 44% e faturamento de US$ 9,4 bilhões (outras pesquisas indicam o valor de US$ 11 bilhões). As locações atingiram US$ 6,6 bilhões, e o *sell-through*, US$ 2,8 bilhões. Vêm a seguir o Japão com 19% (US$ 4,1 bilhões) e o Reino Unido com 8% (US$ 1,7 bilhão).
>
> Após o Reino Unido, que alcançou US$ 1 bilhão em locações e US$ 704 milhões em *sell-through*, vem a Alemanha (US$ 682 milhões em locações; US$ 201 milhões em *sell-through*), a Holanda (US$ 142 milhões em locações; US$ 42 bilhões em *sell-through*) e a Suíça (US$ 110 milhões em locações; US$ 31 milhões em *sell-through*).
>
> Na Itália, o mercado de vídeo teve um crescimento de 34,5%, para um volume total de US$ 200 milhões. O mercado de *sell-through* italiano cresceu 84% em volume em 1990, com os membros da Univideo, associação que reúne as distribuidoras mais importantes do país, vendendo 11,6 milhões de cópias (6,3 milhões em 1989). A Disney, quando se fala em *sell-through*, está sempre bem classificada. Até 31 de abril, havia vendido 630 mil cópias de "A Dama e o Vagabundo" (*The Lady and the Tramp*). Na lista atual dos 20 vídeos mais vendidos, todos, com exceção de 'Carreras, Pavarotti, Domingo' que é da PolyGram, são da Disney. Esta empresa teve 44% do faturamento do *sell-through* e 41,6% em volume de vendas em 1990. No geral, incluindo o setor de locação, a Disney tem 20,8% do total de vendas e 19,5% do faturamento."

Não causa surpresa, nestas condições, que interesses envolvendo tantos bilhões de dólares deflagrem uma "guerra" de imagens.

Refere, de Paris, Reali Júnior, para *O Estado de São Paulo* de 11 de março de 1994, p. B-6, que no dia anterior, agindo sob pressão de importantes *lobbies*, Mickey Kantor, principal responsável pelas questões comerciais norte-americanas, não se conformando com a exclusão no acordo do Gatt, em Genebra, do audiovisual, não satisfeito em controlar quase 80% do mercado europeu, denuncia o protecionismo europeu e durante um debate comercial voltou a ameaçar utilizar as leis comerciais americanas para obrigar os europeus a abrirem ainda mais seu mercado.

> "Seu objetivo é acabar com a política européia que impõe cotas para os produtos estrangeiros como forma de proteger sua indústria, citando também o comportamento de alguns países, entre eles a França, que dá apoio oficial à sua indústria audiovisual, como o cinema e a televisão, financiando inúmeros projetos. Para Kantor trata-se de uma posição extremamente protecionista, além de construir uma concorrência desleal."

5. Filmes cinematográficos versus videocassetes

Embora constitua um fenômeno universal a volta do público às salas de cinema, que há poucos anos delas desertavam a tal ponto que muitas tiveram de fechar, sofrem elas uma concorrência que vem se avolumando com o correr dos anos: a venda de videocassetes, incrementada no mundo inteiro.

> "Alguns vídeos como *E. T.* e *Batman* venderam mais de 13 milhões de cópias e, subitamente, no final da década, o vídeo estava gerando mais lucro aos grandes estúdios do que a bilheteria dos cinemas. Dos US$ 11 bilhões de negócios realizados em vídeo por ano, as vendas (não locações) já significavam um quinto do

total. Chegou-se ao cúmulo de dizer que o que se gastava na publicidade, por ocasião do lançamento dos filmes, tinha, acima de tudo, o objetivo de promover o futuro vídeo desses mesmos filmes."

É o que informa o *Jornal do Vídeo*, de junho de 1991, p. 130, acrescentando que:

> "nem todos os filmes servem para *sell-through* ou venda direta ao consumidor. Calcula-se que, de cada cem filmes das *majors*, só dez ou quinze servem para *sell-through*. Quando a *Paramount Home Video* programou o lançamento de *Ghost*, foi averiguado se valia mais a pena vendê-lo para as locadoras por um preço mais alto ou se seria melhor passá-lo diretamente ao público. Como a Guerra do Golfo e a recessão conseqüente, na época, poderiam atrapalhar a vendagem pelo *sell-through*, foi decidido que o melhor seria vendê-lo às locadoras, mas as pessoas que quisessem comprá-lo como fita usada poderiam esperar até junho e adquiri-la por um preço que ficaria entre US$ 15 a US$ 25.
>
> Sempre se vendeu fita usada ou 'já vista anteriormente', como se diz nos Estados Unidos, mas os estúdios agora fazem propaganda direta do assunto. É também uma maneira de fazer com que as locadoras comprem mais cópias de cada título."

6. Locação versus venda de vídeos. Vendas versus antenas parabólicas

O mercado de locação de vídeos, depois de um período de grande expansão, começa a retrair-se diante do surto de duas espécies de competição: a venda direta ao consumidor (*sell-through*) e a das antenas parabólicas.

Numa notícia relativa à Europa, mas que pode ser generalizada, informava o mesmo exemplar do *Jornal do Vídeo*, p. 132, terem as distribuidoras conseguido vender apenas

> "17,5 milhões de cópias em 1990 (18% a menos que em 1989) para locadoras, sendo que as maiores baixas foram no Reino Unido e na Espanha. O valor do mercado para os distribuidores foi de US$ 1,6 bilhão (12% a menos do que em 1989), sendo que os consumidores gastaram US$ 2,7 bilhões alugando fitas em 1990.
>
> A previsão é de que as locações vão se estabilizar em 20 milhões de cópias vendidas às locadoras, enquanto o *sell-through* continuará crescendo até 1993, podendo atingir 180 milhões de unidades. Em 1993, prevê-se que o mercado locador deverá gerar US$ 1,6 bilhão dos negócios de vídeo. Há variações de país para país, mas o fantasma do mercado de vídeo tem sido a televisão a cabo e por satélite, de extraordinário crescimento.
>
> No Reino Unido o mercado tem-se solidificado com cadeias de locadoras, mas a competição com os canais por satélite tem sido grande. Uma pesquisa feita em janeiro de 1991, pela empresa BIS Strategic Decision, concluiu que 10% dos proprietários de equipamento de videocassete haviam comprado uma antena parabólica. Deste total, 75% dos compradores responderam que a antena havia diminuído sua vontade de alugar fitas. Fica demonstrada, assim, a concorrência entre locação de vídeo e TV por satélite.
>
> No setor de *sell-through*, há dois mercados definidos: 75% dos compradores compram fitas para si mesmos e 48% compram para dar de presente. Dos vídeos vendidos no Reino Unido, 65% são filmes, 39% são vídeos musicais (nos outros países este índice é bem menor, o que se explica pelo fato de o Reino Unido ter uma grande cultura musical) e 54% pertencem a outras categorias.
>
> A penetração de VCR no Reino Unido é de 71%, com 15,9 milhões de aparelhos em uso. As distribuidoras despacharam 6,2 milhões de unidades para as locadoras e 40 milhões de cópias foram vendidas diretamente ao consumidor. Uma fita custa em média US$ 66, para o dono da locadora, e US$ 14, para o consumidor final (*sell-through*)."

7. Uma nova forma de distribuição de obras musicais: por computador

Dois estudantes de um curso de computador, em Santa Cruz, Califórnia, Bob Lord e Jeff Patterson, ao que informa pela imprensa de 1.8.1994 James Daly,

> "criaram o *Internet Underground Music Archive*, um quadro de avisos computadorizado que funciona como alternativa aos métodos de distribuição musical existentes.
>
> Os ouvintes recebem as informações da banda e podem fazer pedidos de músicas.

Cuidando dos aspectos legais, obtêm dos autores das bandas a concordância sem abrir mão do pagamento dos direitos de uma música em troca de divulgação internacional. Um dos planos seria fazer com que os artistas doassem curtas gravações, sendo recompensados com músicas inteiras ou álbuns, através do sistema de crédito de pagamento por transferência. 'Assim, conseguiremos formar um verdadeiro empreendimento'".

Em artigo sobre a cultura midiática, chama atenção o Prof. Zeljko Loparik, titular de História da Filosofia da Unicamp, na *Folha de São Paulo* de 18 de julho último, p. 1-3, sobre o fato da nossa cultura ter virado produto industrial e objeto de consumo de massa.

Lembra que

Heidegger substituiu a questão do modo de produção e consumo por uma mais fundamental ainda, a do modo de existir da cultura. Ele chamou atenção para a cultura dos magazines ilustrados. Ainda se disse pouco sobre essa forma de existência da cultura e suas leis.

Anota que

além da metaforização propagandística, há o deslocamento temporal: o caráter de clássico da obra não remete mais à história. Na Antigüidade, uma obra só se tornava clássica muito tempo depois da morte do seu autor. Na nossa época, a mídia anuncia hoje quais obras e de que autores vivos terão amanhã o *status* de clássicos.

Tal projeção do futuro é feita sem levar em conta as avaliações das comunidades geradoras e guardiãs da vida cultural, às quais caberia, de acordo com a tradição, decidir sobre o seu lugar numa escala de valores. A linguagem usada é factográfica e trabalha, no essencial, com dois valores: bom e ruim. Na medida em que ela predomina, essas comunidades ficam privadas do principal instrumento de fazer prevalecer a sua autoridade intelectual: o discurso matizado e argumentativo.

Os elogios ou as críticas veiculados pela mídia têm a peculiaridade de só serem questionáveis eficazmente na própria mídia.

Diante do público em geral, as resenhas das revistas especializadas pouco ou nada podem mudar na reputação midiática, boa ou má, de uma obra.

8. Multimídia. Sistemas audiovisuais. Sua interatividade

Por mídia entendemos veículos, meios ou suportes materiais de comunicação ou mensagem, perceptíveis pelo ouvido, pela vista ou por ambos os sentidos em conjunto. Multimídia será então o conjunto de todos esses meios colocados à percepção do público.

Iniciaram-se eles com os discos, passaram para os filmes mudos, que evoluíram para os sonoros, e hoje multiplicam-se pelos cassetes, videocassetes e similares.

Mas atualmente já passamos outro estágio: o dos sistemas audiovisuais interativos, em que um ou vários daqueles elementos se integram através de computadores dando estabilidade ao fluxo dessas informações, principalmente as que se baseiam na imagem de pessoas ou coisas, permitindo seu retorno, sua complementação, sua composição, seu aperfeiçoamento ou deformação.

Abordando *I sistema audiovisivi interattivi per la didattica* na revista especializada *Cinema d'Oggi*, de 27.6.1991, p. 13, lembra Anselmo R. Paolone fundar-se um sistema audiovisual interativo na possibilidade de controle computadorizado de imagens registradas num videodisco, e de integração oportuna das mesmas com imagens gráficas e com escritos programados e produzidos pelo mesmo computador.

Apresenta-se uma série de componentes que tornam possível a realização de um ou mais produtos denominados "sistemas de videodisco", os quais podem por sua vez tornarem-se partes de sistemas de produtos mais complexos.

Acompanha a evolução dos primeiros videodiscos, usados quase que exclusivamente para a reprodução de seqüências filmadas, passando, depois, para valorizar suas características peculiares, a serem inseridos num sistema de gestão computadorizada, tornando-se assim principal fonte de informações articuladas. Hoje é atribuído à memória central do computador o papel de cérebro, de depositário das instruções e dos objetivos.

Classifica os componentes em *hardware* e *software*.

Quanto ao primeiro, assinala serem os videodiscos um elemento de composição da família

dos discos óticos: suportes sobre os quais são gravadas informações que são lidas por meio da tecnologia *laser*.

Do tipo de codificação das informações inseridas nos discos óticos depende sua utilização e sua denominação comercial. Assim, no *Compact Disk* são codificadas informações audiodigitais; o CD ROM é utilizado como suporte de informações alfanuméricas e gráficas digitais.

Para obter a leitura das informações videocodificadas podem ser utilizados dois sistemas: o CAV e o CLV.

O primeiro, *Constant Angolar Velocity*, permite a codificação e a leitura de uma imagem (*frame*) por período e, portanto, obter a qualquer momento uma parada de imagem por duração indefinida. O segundo, *Constant Linear Velocity*, permite codificação do *frame* sobre um espaço de comprimento constante: por essa forma não se obtém a parada de uma imagem.

No *software* temos um sistema que pode alcançar ao mesmo tempo três diferentes fontes (ou bancos) de informações:

— as informações-vídeos, armazenadas no videodisco;

— as informações alfanuméricas e as informações gráficas, armazenadas na memória do PC (computador pessoal) e geradas através da ficha EGA (gráfica em cores).

Da reforma à mutação constitucional

UADI LAMÊGO BULOS

SUMÁRIO

1. Mutação constitucional: noção, existência e constatação. 2. Questão terminológica. 3. Natureza e categorias. 4. Rigidez e mutabilidade. 5. Limites da mutação constitucional.

1. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: NOÇÃO, EXISTÊNCIA E CONSTATAÇÃO

Uma observação percuciente da vida constitucional dos Estados, evidencia que as Constituições sofrem mudanças, além daquelas previstas formalmente.

Isto quer dizer que não é apenas através do mecanismo instituído da reforma que os preceitos constitucionais vão se modificando,a fim de aderirem às exigências sociais, políticas, econômicas, jurídicas do Estado e da comunidade.

O caráter dinâmico e prospectivo da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, onde as Constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar-se, um refazer-se de soluções, que, muitas vezes, não promanam de reformas constitucionais.

É inegável que ao lado desse dinamismo do ordenamento alia-se a estabilidade das suas normas, mormente as Constitucionais, por consubstanciarem a estrutura basilar do Estado.

O liame entre dinamismo e estabilidade está presente nas ordenações constitucionais positivas, permitindo o equilíbrio imperioso entre o elemento dinâmico e o elemento estático.

O elemento dinâmico consiste num componente necessário para as *mudanças informais* nas

Uadi Lamêgo Bulos é Advogado. Mestre e doutorando em Direito Constitucional (PUC-SP). Professor de Direito Constitucional da Escola de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Bahia. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

Constituições, que, diferentemente do processo formal de alteração, não se revestem em moldes, limites expressos ou requisitos específicos, arrolados pelo legislador constituinte.

Já o elemento estático, por sua vez, também não exclui mudanças, pois a sua análise opera-se em consonância com o dinamismo do ordenamento jurídico, exteriorizado pela síntese dialética das forças de transformação da sociedade.

Nesse sentido, as leis constitucionais logram uma *inalterabilidade relativa*, dado que podem sofrer alterações, independentemente das formalidades especiais oriundas do princípio da rigidez, consagrado a partir do Visconde James Bryce.[1]

À luz dessa constatação, os estudiosos perceberam que as Constituições podem sofrer mudanças através de processos informais, isto é, modificações que não decorrem da atuação formal do poder constituinte derivado.

Ao fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas,denominaram *mutação constitucional*.

Parece ter sido a doutrina alemã que primeiro detectou o problema, ao notar que a Constituição de 1871 sofria, freqüentemente, mudanças quanto ao funcionamento das instituições do *Reich* – mudanças estas que ocorriam sem reformas constitucionais.

Foi aí que Laband, examinando o aludido texto constitucional alemão de 1871, notou importantes modificações neste Diploma Maior, para acompanhar a situação constitucional do império (*verfassungszustand*), distinguindo a *verfassungänderung* (reforma constitucional) da *verfassungswandel* (mutação constitucional).[2]

Mais tarde, no início da década de 30, Hsü Dau-Lin, após entender que a mutação constitucional é a separação entre o preceito da Lei Suprema e a realidade, constatou que as normas constitucionais são modificadas lentamente, sem interferências do poder de reforma.[3]

Georg Jellinek, colocando-se entre os primeiros que se preocuparam com o assunto, também aduziu:

> "Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación".[4]

Poderíamos citar ainda Haug, F. Klein, Häberle, Fiedler, Maunz-Dürig-Herzog, H. Krüger, Heydte, Lerche, Tomuschat, Scheuner, Rudolf Smend, Bilfinger, Hennis, F. Müler, que, do mesmo modo de Hans Kelsen, compreendem a mutação constitucional como a aplicação de normas que se modificam lenta e imperceptivelmente, quando às palavras que permanecem imodificadas do Texto Maior, se lhes outorga um sentido distinto do originário ou quando se produz uma prática em contradição com o texto, não sendo um acontecimento peculiar e único na órbita das normas constitucionais, senão um fenômeno constatado em todos os âmbitos do Direito.[5]

O alemão Konrad Hesse, a propósito, demonstrou com propriedade:

> "la revisión constitucional debe ser diferenciada de la 'mutación constitucional' (*verfassungswandel*), que no afecta al texto como tal – el cual permanece inmodificado – sino a la concretización del contenido de las normas constitucionales, las mismas pueden conducir a resultados distintos ante supuestos cambiantes operando en este sentido una 'mutación'".[6]

---

[1] BRYCE, James. *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 14: Las Constituciones del tipo más antiguo pueden llamarse flexibles, porque poseen elasticidad y se adaptan y se alteran sus formas sin perder sus características principales. Las Constituciones del tipo más moderno no poseen esta propiedad, porque su estructura es dura y fija. Por lo tanto, no hay incoveniente en darles el nombre de Constituciones rígidas. Por estos dos nombres las designaremos para los fines de nuestra investigación.

[2] LABAND. *Wandlugen der deutschen Reichverfassung.* Dresden, 1895. p. 2.

[3] DAU-LIN, Hsü. *Die Verfassungswandlung*. Berlin: 1932. p. 29.

[4] JELLINEK, Georg . *Reforma y mutación de la Constitución.* Tradução Christian Föster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 7.

[5] Cf.: KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado.*Tradução Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Labor, 1934. p. 332.

[6] HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional.* 2.ed.Tradução Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p .24. Vide mais adiante a análise do binômio rigidez e mutabilidade.

A noção de reforma constitucional, observa Karl Loewenstein, adquire um significado formal e outro material, ao passo que as mutações constitucionais, além de não possuírem tal significado, não afetam a letra do texto, que permanece intacta.

> "Este tipo de mutaciones constitucionales se da em todos los Estados dotados de una constitución escrita y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales".[7]

Manuel Garcia-Pelayo, também acentuou:

> " Hemos visto las razones y las vías de las transformaciones constitucionales incluso en aquellos casos en que se trata de constituciones rígidas. Es, pues, claro que la constitución sufre cambios aunque permanezca inalterable su texto y que, por consiguiente, no es el método de reforma previsto por la constitución el único camino para la transformación de la misma, y hemos visto, en fin, que la tranformación está estrechamente vinculada a la esencia de la constitución".[8]

Não discrepa dessa argumentação Paolo Biscaretti Di Ruffía, para quem

> "si se quiere realmente conocer el desarrollo de la vida constitucional de un Estado, es necesario también tener presentes las múltiples *modificaciones no formales de las normas constitucionales* que siempre suelen tener lugar en medida más o menos acentuada, según los diversos ordenamientos".[9]

Mais recentemente, F. Müller doutrinou que

> "La 'mutación constitucional' vendrá, así, impuesta por una modificación producida en el 'ámbito normativo' (*normbereich*) de la norma constitucional, pero será el 'programa normativo' (*normprogamm*), contenido básicamente en el texto de la norma, quién determinará qué hechos de la realidad quedan comprendidos en el 'ámbito normativo', siendo suscetibles con ello de ocasionar una 'mutación constitucional'".[10]

Os estudiosos constatam, pois, o fenômeno das *mutações constitucionais* como uma constante na vida dos Estados, e as constituições, como *organismos vivos* que são, acompanham a evolução das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no a substância, o significado, o alcance e o sentido de seus dispositivos.

Assim, denomina-se mutação constitucional, o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos,quer por intermédio da construção (*construction*),bem como dos usos e costumes constitucionais.

2. Questão terminológica

Inexiste terminologia uniforme para cognominar o fenômeno das mudanças informais nas Constituições.

Jorge Miranda, por exemplo, prefere o termo *vicissitude constitucional tácita*, que, no seu entender, compreende as modificações trazidas pelo costume *praeter* e *contra legem*, assim como as que resultam da interpretação evolutiva da Constituição e da revisão indireta, não passando esta última de uma forma particular de interpretação sistemática.[11]

Gomes Canotilho utiliza a expressão *transições constitucionais*, ao referir-se "à revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto".[12]

Pietro Merola Chierchia, ao tratar da interpretação sistemática da Constituição, realça a terminologia *processos de fato*.[13]

---

[7] LOEWESTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*.Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986. p. 165.

[8] GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado.* 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1951. p.126.

[9] DI RUFFÌA, Paolo Biscaretti. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*.Tradução Héctor Fix Zamudio.México: Fondo de Cultura Ecónomica, 1975. p. 347.

[10] F. Müller, *apud*: Pedro Cruz Villalon, na introdução aos *Escritos de Derecho Constitucional* de HESSE, Konrad. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 28.

[11] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora,1991. T. 2, p. 133.

[12] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 231.

[13] CHIERCHIA, Pietro Merola. *L'interpretazione sistematica della costituzione.* Padova: Cedam, 1978. p.128.

Entre nós, Luís Pinto Ferreira, apoiado na lição de Corwin, Cushman, Stier-Somlo, Jellinek e Munro, adere à expressão *mudança material*, designando as alterações constitucionais proporcionadas pelos costumes e pela interpretação judicial.[14]

Na década de 80, Anna Candida da Cunha Ferraz utilizou as expressões *processos indiretos, processos não formais ou processos informais* "para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do poder constituinte derivado".[15]

Compreendemos que vicissitude constitucional tácita, mudança constitucional silenciosa (*stillen verfassungswandlungen*), transições constitucionais, processos de fato, mudança material, processos indiretos, processos não formais, processos informais, processos oblíquos, são denominações convenientes, que expressam o conteúdo dos *meios difusos* de modificação constitucional.O uso de uma ou de outra expressão alcança o mesmo resultado, pois revela a existência de alterações operadas no texto da Constituição, diversas da atividade, adrede demarcada, do poder reformador.

Com base na lição de Georges Burdeau, segundo a qual há um *poder constituinte difuso* que, por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais, não é menos real, seria viável a denominação *meios difusos*, para demarcar as *mutações* realizadas fora do exercício do instituído poder reformador.

De fato, as mudanças informais são difusas, inorganizadas, porque nascem da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais aos fatos concretos, de um modo implícito, espontâneo, quase imperceptível, sem seguir formalidades legais.

Atuam modificando o significado das normalizações depositadas na Constituição, mas sem vulnerar-lhes o conteúdo expresso, e são apenas perceptíveis quando comparamos o entendimento dado às cláusulas constitucionais em momentos afastados no tempo.

Todavia, alguns podem entender que o vocábulo *mutação* não é o mais apropriado para se delimitar as mudanças silenciosas (*stillen verfassungswandlugen)* dos preceptivos constitucionais.

Certamente, a palavra possui diversas acepções. Daí ser possível demarcar, como o faz André Lalande, três sentidos para o signo mutação:

> "Mutação D. *mutation*; E. *mutation*; F. *mutation*; I. *mutazione*.
>
> A. Mudança; e, em particular, mudança na organização social.
>
> B. Quando lidamos com uma série de formas de uma mesma espécie fóssil, chamam-se *variações* às diferenças morfológicas que os espécimes provenientes da mesma camada apresentam, e *mutações* àquelas que os espécimes apresentam quando provêm de camadas sucessivas.
>
> C. Transformação brusca e hereditária de um tipo vivo, que se produz no espaço de um pequeno número de gerações, ou até de uma só.
>
> Crítica: o sentido B é mais antigo do que o sentido C. Data de Waagen, *Die Formenreihe des Ammonites Subradiatus* (1869); divulgou-se entre os paleontólogos através da obra de Neumayr, *Diestäme des Tirreiches* (1889).
>
> O sentido C: Este foi adotado por De Vries, na sua obra *Die Mutations Theorie* (1901). Rapidamente se tornou usual na linguagem filosófica e biológica. O fato que ele representava já tinha sido designado por Cope, *Saltation*, e por Korchiski sob o nome *heterogênese*. Lamarck empregava frequentemente *mutação* no sentido geral, para designar as pequenas mudanças biológicas".[16]

Robert Campbell, a sua vez, analisa o termo associado à genética, como sendo "aquele tipo de variação, na constituição biológica dos membros individuais de uma espécie, que é o resultado de uma mudança permanente em seu equipamento idioplásmico".[17]

---

[14] FERREIRA, Luís Pinto . *Direito Constitucional Moderno.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. T. 1, p.108.

[15] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição:* mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max limonad, 1986. p. 12.

[16] LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 715.

[17] CAMPBELL, Robert J.. *Dicionário de Psiquiatria.* São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 715.

O dicionarista Silveira Bueno ensina que *mutação* traduz ,também, a idéia de "mudança, alteração, substituição, volubilidade, inconstância, mudança de cenário nos teatros".[18]

Evaldo Heckler leciona que *mutação* do latim *mutare*, significa "descolar, mudar, trocar, permutar, abandonar".[19]

Fritjof Capra associa *mutação* a uma transformação do mundo e da consciência humana.[20]

Mas no sentido em que estamos estudando, o signo *mutação* fica bem delimitado dentro daquela ótica proposta por Laband.

Entendeu o grande publicista alemão que uma Constituição, independentemente de reformas, poderia ser modificada, permanecendo intacta a letra de suas normas. Utilizou, então, a terminologia *verfassungswandlugen*, que significa mutação constitucional, porque queria aduzir às mudanças informais, que transcorriam à margem da técnica da reforma, a qual já era conhecida pela expressão *verfassungsanderung*.[21]

O vócabulo *mutação*, utilizado dentro desse raciocínio, não padece de equívocos, podendo ser adotado com o propósito de cognominar certas mudanças que imprimem novos sentidos às normas constitucionais, sem desfigurar-lhes a letra e o conteúdo.

3. Natureza e categorias

De acordo com Georges Vedel, a natureza de um ato ou de uma atividade jurídica pode ser analisada sob dois pontos de vista: o material e o formal. No primeiro, considera-se o objeto em sua substância. No segundo, investiga-se o processo de formação do ato ou da atividade.[22]

Trasladando o ensinamento do constitucionalista francês para o objeto do nosso estudo, constataremos que os *meios difusos*, como o próprio nome já indica, não seguem formalidades ou procedimentos expressos.

Por não aderirem a requisitos explícitos na Constituição, os *meios difusos* possuem a natureza informal. São mudanças de fato, por vezes despercebidas, só notadas de vez em quando.

Processam-se lentamente, através da interpretação dos tribunais, dos usos e costumes, da construção judicial, da influência dos grupos de pressão e de tantos outros meios que provocam ou podem provocar alterações na realidade constitucional, embora a letra da Carta Magna permaneça imodificada.

Como quer Milton Campos, são modificações que não geram deformações maliciosas, nem subversões traumatizantes; daí serem *constitucionais*.[23]

Sem embargo, as mudanças informais ocorrem, naturalmente, de modo espontâneo, sem qualquer previsibilidade de quando irão ser vislumbradas. Disso decorre a natureza *fática* dos meios difusos de alteração constitucional.

Como mudanças de fato que são, desenvolvem-se em momentos cronologicamente distintos, perante situações diferentes.

Karl Wheare exemplificou o fenômeno com primazia:

> "sin tocar una sola palabra de la constitución el congreso de los Estados Unidos, a través de su poder para regular el comercio entre los distintos estados, tiene autoridad sobre una extensa gama de actvidades de la mayor importancia para el pueblo de los Estados Unidos. Esta autoridad no se ha tomado de los estados, puesto que éstos nunca la tuvieron. Había pertenecido desde el principio al Congreso, se bien no tuvo mucho campo para su ejercicio. Con el desarollo del tráfico entre los estados se produjo un aumento en el poder del Congreso de los Estados Unidos y el correspondiente cambio en el equilibrio de poder entre la unión y los estados que la componen. Un cambio parecido ocurrió en Canadá y Australia".[24]

Mas alguns autores rechaçam a afirmativa de que as mutações constitucionais desenvolvem-se em momentos cronologicamente distintos, ocorrendo naturalmente, sem qualquer previsibilidade, exigindo um certo período mais ou menos largo de tempo.

---

[18] BUENO, Francisco Silveira . *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 8.ed. Rio de Janeiro: MEC, 1973. p. 896.

[19] HECKLER, Evaldo *et al. Dicionário Morfológico da Língua Portuguesa*. São Leopoldo: Unisinos, 1984. p. 2.827.

[20] CAPRA, Fritjof . *Ponto de mutação.* São Paulo: Cultrix, 1982.

[21] LABAND. *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*. Dresden, 1895.

[22] VEDEL, Georges. *Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1949. p. 112.

[23] CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Revista Forense*, v. 187, n. 679/680, p. 18-22, jan./fev. 1960.

[24] WHEARE, Karl. *Las Constituciones Modernas*. Barcelona: Labor, 1971, p.77.

Hesse, aí incluído, entende que os processos que dão lugar à mutação constitucional não têm relação alguma com o caráter mais ou menos remoto da entrada em vigor de uma Constituição, pois pode produzir-se ao cabo de muitos anos, como também ao cabo de pouco tempo.

Logo, a exigência de um certo período de tempo mais ou menos largo não serviria como elemento caracterizador do fenômeno, pois

> "el supuesto más importante de mutación constitucional, el de la interpretación modificada , dicha modificación no pasará despercebida a un atento intérprete"(...) "Lo que pueda ser correcto como descripción de numerosos casos de mutación constitucional no puede convertirse en elemento definitorio de la misma"(...) "Las notas relativas a la duración y al caráter inconsciente del proceso deben quedar, pues, excluidas".[25]

Seguimos a orientação, segundo a qual as mudanças informais da Constituição se dão, normalmente, em períodos separados no tempo, sendo esta uma das marcas características do fenômeno. Isto, entretanto, não precisa ser levado ao pé da letra, ou seja, não descartamos a hipótese de existirem mutações constitucionais em momentos próximos, pois há algo de exato naquela afirmação de Loewestein, quando diz que uma "Constituição não é jamais idêntica a si própria, estando constantemente submetida ao *pantha rei* heraclitiano de todo o ser vivo".[26]

Óbvio que a determinação do lapso temporal não pode ser exatificada, haja vista a possibilidade de uma norma constitucional sofrer mutação enquanto perdurar o Texto Supremo, sem qualquer previsibilidade de quando isso irá ocorrer.

As mudanças difusas, contudo, não possuem uma sistematização doutrinária uniforme e definitiva, mormente no que concerne às suas categorias ou modalidades. Numa palavra, existem diversos critérios salientados pelos autores com o escopo de estudar o fenômeno.

Hsü Dau-Lin,seguido por Pablo Lucas Verdú[27] e por Manuel Garcia-Pelayo[28], esboçou quatro categorias:1ª) mutação constitucional através de prática que não vulnera a Constituição; 2ª) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; 3ª) mutação constitucional em decorrência de prática que viola preceitos da Carta Maior; 4ª) mutação constitucional através da interpretação.[29]

Paolo Biscaretti Di Ruffìa averbou que as mudanças na realidade constitucional, que não atingem a letra da Constituição, agrupam-se em dois ramos, bem delimitados. No primeiro encontramos as modificações operadas em decorrência de atos elaborados por órgãos estatais de caráter normativo (leis, regulamentos etc.) e de natureza jurisdicional (decisões judiciais, principalmente em matéria de controle de constitucionalidade das leis). No segundo ramo, estão as mudanças ocorridas em virtude dos fatos de caráter jurídico (como os costumes), de natureza político-social (normas convencionais ou regras sociais de conduta correta frente à Carta Suprema), ou simplesmente as práticas constitucionais (tais como a inatividade do legislador ordinário que, não elaborando normas de execução, logra, substancialmente, impedir a realização efetiva de disposições constitucionais).[30]

Georg Jellinek, em conferência pronunciada na Academia Jurídica de Viena, em 28 de março de 1906, proclamou que as mutações constitucionais não ocorrem unicamente pela atividade legislativa, mas também através das práticas judiciais, parlamentares, administrativas-governamentais, bem como pelo desuso das faculdades estatais.

Doutrinou Jellinek que

> "Los preceptos constitucionales a menudo son oscuros o extensos y sólo el legislador les da sentido preciso mediante leyes que los concretan de modo muy parejo a como el juez, primero, tomo conciencia clara del contenido de las leyes que ha de aplicar. Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta a las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante

[25] HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales,1992. p. 86 - 87.

[26] LOEWESTEIN, Karl. *Teoria*.... p. 164.

[27] LUCAS VERDÚ, Pablo . *Curso de Derecho Político*. Madrid: Technos, 1984. p. 179-180.

[28] GARCIA-PELAYO, Manuel . *Derecho Constitucional Comparado*.... p. 126 - 127.

[29] DAU-LIN, Hsü. *Die Verfassungswandlung*. Berlin: 1932, p. 21 e ss.

[30] Cf.: DI RUFFÌA, Paolo Biscaretti . *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*.... p. 347. —. *Direito constitucional*. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 233-234.

leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación. No sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales".[31]

Noutro prisma, Milton Campos ressaltou as seguintes hipóteses em que seria possível delinear-se a mutação constitucional: complementação legislativa, construção judiciária e consenso costumeiro.[32]

José Horácio Meirelles Teixeira, além de indicar a interpretação da Constituição e os costumes, aduziu, do mesmo modo que Milton Campos, à complementação legislativa, admitindo que

> "outra via, pela qual freqüentemente se modificam indiretamente as constituições rígidas, falseando-se mesmo o sentido de seus dispositivos, restringindo-lhes ou ampliando-lhes o alcance, alterando-se o seu significado, é a *lei ordinária complementar*. Como se sabe nem todos os dispositivos da Constituição são auto-executáveis, isto é, aplicáveis por si mesmos, desde logo, mas ao contrário, grande número deles necessita da complementação da lei ordinária para sua aplicação. Daí reportar-se à Constituição, freqüentemente, a lei ordinária, que deverá integrá-la, a fim de que tenha plena vigência"(...) "Ora, é fácil imaginar-se como a lei ordinária poderá modificar o sentido original e autêntico das cláusulas constitucionais, alterando-o por vezes substancialmente".[33]

O constitucionalista britânico Karl Wheare pontificou que as mudanças constitucionais podem atuar de duas formas:

> "En primer lugar pueden originar un cambio en las circunstancias que, de por sí, no conduzca a ningún cambio efectivo en el texto de la Constitución pero que, sin embargo, haga que esta signifique algo diferente de lo acostumbrado o que perturbe su equilibrio. La segunda y la más patente forma en que dichas fuerzas actúan se da cuando éstas originan circunstancias que conducen a una modificación en la Constitución, ya sea por el proceso de una enmienda formal o a través de una decisión judicial o del desarrollo y establicimiento de algún uso o convención en la Constitución".[34]

Para Wheare, tanto a interpretação judicial, como usos e costumes, podem provocar mutações constitucionais. Em sentido idêntico Humberto Quiroga Lavié[35] e Héctor Fix-Zamudio[36].

Já Anna Candida da Cunha Ferraz examinou a interpretação constitucional, em suas várias modalidades, e os usos e costumes constitucionais, enquanto processos informais de mudança da Constituição, procurando seguir, em essência, a classificação proposta por Biscaretti Di Ruffía.[37]

Como se vê, não existe consenso a despeito das modalidades pelas quais as Constituições são modificadas através dos processos informais de mudança.

Na realidade, não podemos enumerar, com a pretensão de esgotar a matéria, o rol de todas as hipóteses em que os dispositivos de uma Carta Suprema sofrem mutações no seu sentido, significado e alcance, sem mudar a forma prescrita pela manifestação constituinte originária.

Isto porque, ao serem editadas, as Constituições não têm a perfeição de refletir todas as crenças e todos os interesses em pugna. Elas derivam de um paralelogramo de forças políticas, econômicas, sociais, culturais etc., atuantes naquele determinado momento histórico.

Daí englobarem compromissos antagônicos,vontades e suscetibilidades de variadíssima gama, o que não permite ao legislador

---

[31] JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion*... p.15-16.

[32] CAMPOS, Milton . Constituição e realidade. *op. cit*. p. 19.

[33] TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*.Org. e atual. Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 146.

[34] WHEARE, Karl . *Las Constituciones*.... p. 77.

[35] Cf.: QUIROGA LAVIÉ, Humberto . *Los Cambios constitucionales*. México: Unam, 1977. p. 112: Los Cambios Constitucionales através de la costumbre y la jurisprudencia.

[36] Cf.:FIX-ZAMUDIO, Héctor .*Instituto de Investigaciones Jurídicas*: La interpretación constitucional. México: Unam, 1975. p. 14: Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordinamiento mexicano.

[37] Cf.: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos Informais*.... p.13.

prever todas as possíveis combinações de casos concretos, que a experiência cotidiana possa proporcionar.

Isto enseja a utilização de determinados métodos, muitos deles espontâneos, naturais – sem qualquer previsibilidade de quando irão ser acionados – com intuito de extraírem o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais.

Esses métodos, que podem provocar mudanças difusas no Texto Máximo, são ilimitados, porque variam de acordo com as transformações sociais, as quais repercutem sobre todo o ordenamento constitucional.

Realmente, não há como negar que a ordenação constitucional, mesmo no que atina aos aspectos sociais, políticos e econômicos, funda-se em fatos, nem como ignorar a celeridade e a concomitância espácio-temporal das mudanças na realidade.[38]

Justamente por serem inumeráveis, tais métodos alcançam várias maneiras de se exteriorizarem. Alguns deles já foram evidenciados, não apenas pela doutrina, mas também pela observação atenta da experiência constitucional,vivida pelos Estados.

Desse modo, podem ocasionar mutações constitucionais: a interpretação, a construção judicial, os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias, e até mesmo a influência dos grupos de pressão.

Os últimos aí apontados – os grupos de pressão –, em certos momentos da vida constitucional dos Estados, influem no processo de mudança informal das Constituições. Nas sociedades hodiernas, devido ao fato de refletirem a estrutura econômica, social, política, religiosa, cultural, são retratos fiéis das grandes paixões, provenientes de aspirações cooporativas, que se desdobram em núcleos de configuração e finalidades inconfundíveis: associações, sindicatos, entidades de classe, partidos políticos, grupos artísticos, religiosos, filosóficos, organizações civis, militares etc.

Lembra Paulo Bonavides que hoje a importância desses grupos tomou tal dimensão que não há nenhum exagero em afirmar

> "que são parte da Constituição viva ou da Constituição material tanto quanto os partidos políticos e independente de toda institucionalização ou reconhecimento formal nos textos jurídicos".[39]

Os grupos de pressão, portanto, que têm sido objeto de numerosos estudos e investigações, em todas as suas modalidades e técnicas de ação,[40] afirmam-se como uma realidade inegável em nossos dias, independentemente de convicções pessoais e idiossincrasias. Basta ver o exemplo dos Estados Unidos, onde os *lobbies* funcionam como verdadeiras empresas especializadas, dotadas de imponentes escritórios, com organização e influência marcantes, cuja atividade é regulamentada em lei.

Entre os americanos, contudo, tais grupos não representam a unanimidade dos interesses, nem ocupam tampouco todos os setores sociais que demandam representação. Corwin e Koening, dois politicólogos americanos, alertados para esse fato, lembravam o bom humor do Presidente Truman que jocosamente se proclamava *lobbyist* de todo o povo, porquanto este, marginalizado em seus mais caros interesses pelos grupos de pressão, estava sozinho e não dispunha de nenhum *lobby*.[41]

No Brasil, embora não estejam previstos na legislação, é manifesta a atividade dos grupos

[38] Cf.: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Decreto-lei: um instrumento discricionário. *Jornal do Advogado*, Abr. 1985. p. 11.

[39] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 428.

[40] A bibliografia sobre grupos de pressão é bastante extensa. Desde a obra básica de BENTLEY, Arthur. *The Process of Government: A Study of Social Pressupores*, 1908, até os nossos dias, várias foram as formulações a respeito do problema. Dado o propósito objetivo desse trabalho, que é o de estudar o fenômeno da mutação constitucional, remetemos o leitor aos seguintes escritos específicos sobre o tema: BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique.* Paris: LGDJ, 1957, T. 7. MEYNAUD, Jean. *Os grupos de pressão.* Tradução por Pedro Lopes de Azevedo. Lisboa: Europa-América, 1966. 146 p. PASQUINO, Gianfranco . *Dicionário de Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988, 1318 p. Grupos de pressão. MACIEL, Marco . *Grupos de pressão e lobby*: importância de sua regulamentação. Brasília: Senado Federal, 1984. 23 p. GRUPOS de pressão: Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1988. OLIVENNES, Denis e BAVEREZ Nicolas. *L'Impuissance Publique.* Paris: Calmann-Lèvy, 1989. MATHIOT, André. Les pressure groups aux États-Unis. *Revue Française de Science Politique*, set., 1952. SANCHEZ AGESTA, Luís. *Princípios de Teoria Política* . Madrid: Nacional, 1967. BERNSDORF, Wilhelm . *Staat un Politik*. 1967: Pressure groups.

[41] Fato narrado por BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*.... p. 432.

de pressão, não raro sob o impulso direto dos partidos políticos, das categorias profissionais, de trabalhadores ou de servidores públicos,das organizações econômicas, privadas e públicas, das instituições de classes liberais, militantes da defesa do meio ambiente, enfim,dos patronos de diferentes interesses, que agem, fortemente, em favor de teses e reivindicações.

Nesse ínterim, assevera Josaphat Marinho, que:

> "grupos diversos aliam-se em defesa de determinadas posições, ainda que a um deles apenas, ou a alguns, se vincule o interesse discutido e objeto de decisão. Esse procedimento conjugado se exercita, sobretudo, na medida da politização das corporações profissionais, inspirado no fundamento inteligente de que a união de forças fortalece a legitimidade da pretensão e a possibilidade de êxito do movimento".[42]

Diferenciados em cada sociedade, mas sempre atuantes, os grupos de pressão não são fenômenos estranhos à ordem constitucional.[43]

Quando aliam-se em defesa de determinadas posições, exercem forte influência sobre os poderes públicos, dentre os quais vale destacar o órgão jurisdicional, a quem compete dizer do direito, naqueles conflitos de interesses qualificados por uma pretensão resistida.[44]

Ao exercer a jurisdição constitucional, portanto, o Judiciário interpreta a Constituição,e, nesse mister, não está descartada a possibilidade de atribuir à letra da *Lex Legum* novos sentidos, conteúdos ainda não ressaltados, mudando a substância dos comandos prescritos pelo legislador, mas sem afetar-lhes a forma.

Aí, tanto quanto em tantas outras esferas da vida política e da ordem constitucional, as normas supremas do Estado transformam-se espontaneamente, fora dos processos formais estatuídos para tal fim, rompendo as estruturas jurídicas que pretendam escravizá-las.

Embora o seu texto permaneça inalterado, as disposições constitucionais vão lenta e insensivelmente se modificando, sem mudar uma vírgula sequer, mas assumindo significados novos, sob o influxo das exigências da evolução social.

E os grupos de pressão podem contribuir para que esse fenômeno se intensifique.

Para exemplificar, veja-se o importantíssimo papel da Suprema Corte norte-americana, ao interpretar a Constituição de seu país, que não olvidando o influxo de fatores promanados da estrutura econômica e social, condicionados àqueles grupos da esfera intermediária entre o indivíduo e o Estado, nos quais um interesse se incorporou e se tornou politicamente relevante, passou a dar novos sentidos e novos alcances às cláusulas constitucionais, sem qualquer atuação do poder constituinte instituído.

Lêda Boechat Rodrigues demonstrou bem a influência dos *lobbies* no processo de interpretação das leis, ao estudar a Suprema Corte norte-americana,que, ao interpretar a Constituição, mudava o seu conteúdo sem mudar a sua letra.[45]

Tudo isso comprova que

> "toda Constituição é sempre uma estrutura dinâmica, como bem assinala Linares Quintana, e esse dinamismo constitucional manifesta-se através de uma espécie de 'poder constituinte difuso', na excelente expressão de Burdeau, fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte, cumprindo ainda observar-se, como o faz Friedrich, que 'quanto mais difíceis se apresentam esses processos de reforma, mais fortemente atuarão os processos indiretos de modificação constitucional', como por exemplo pela interpretação dos juízes e tribunais. O ritmo, mais ou menos acelerado dessas modificações constitucionais indiretas, há de variar, portanto, em cada época e em cada lugar, de acordo com os fatores históricos atuantes, entre os quais, evidentemente, em primeiro lugar, o próprio ritmo das transformações sociais e políticas".[46]

---

[42] MARINHO, Josaphat. Grupos de pressão na sociedade. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, p. 16-20, 1993.

[43] Cf.: BURDEAU, Georges . *Traitè...*,T. 8, p. 136 -148.

[44] CARNELUTTI, Francesco, em *Sistema del Diritto Processuale Civile*,vol.I, Pádua, Cedam, 1939, n.2 e 14, quando disse que a jurisdição é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, ressaltou que o interesse é a posição favorável para a satisfação de uma necessidadee a pretensão a exigência de uma parte de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio.

[45] Cf.: RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano.* Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 31, 71,73,112, 176, 179, 221, 297.

[46] TEIXEIRA, J.H. Meirelles . *Curso....* p.142 - 143.

No que pese à imprecisão e à vaguidade criteriológica para se estudar os diversos meios que podem ocasionar mutações constitucionais – sobretudo diante do dinamismo da ordem jurídica – é possível construirmos generalizações, extraídas da experiência constitucional e de certos conhecimentos oriundos da classificação genérica do Direito.

Como é sabido, o estudo do fenômeno jurídico pode ser desdobrado em três partes: heurística, morfologia e técnica.

A heurística tem como objeto o conhecimento dos elementos, fatores e condições, causas e funções do Direito na sociedade.

A técnica objetiva estabelecer métodos a serem empregados na elaboração e na aplicação do Direito.

À morfologia compete o estudo das formas gerais, classificações, categorias ou modalidades, sobre as quais são elaborados os raciocínios didáticos.

Se aceitarmos as mutações constitucionais como uma realidade tranformadora do sentido, significado e alcance das normas da Lei Máxima, então seria viável estudá-las do ponto de vista morfológico, procurando didatizar as suas categorias. Para tanto nos valeríamos de dados, extraídos da realidade concreta, todos provenientes da prática constitucional.

Por intermédio desses dados concretos, retirados da experiência vivida pelas Constituições, poderíamos esboçar a seguinte morfologia didática, a qual abrangeria:

a) as mutações constitucionais operadas em virtude da interpretação constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos;

b) as mutações decorrentes das práticas constitucionais;

c) as mutações através da construção constitucional;

d) as mutações constitucionais que contrariam a Constituição, é dizer, as mutações inconstitucionais.

As mutações inconstitucionais, por não serem alheias à realidade vivida nos diversos Estados, foram incluídas nessa classificação, mas nada têm em comum com as mutações constitucionais, haja vista que, além de violarem a letra da Lei das Leis, desbordam o próprio controle de constitucionalidade. Devido a motivos, estritamente didáticos, para facilitar o estudo da matéria, preferimos enquadrá-las na tipologia proposta.

4. Rigidez e mutabilidade

Existe uma correlação entre o corolário da rigidez constitucional e o fenômeno da mutabilidade.

Mutabilidade é a qualidade daquilo que é mutável. O termo logra dois sentidos completamente distintos: um formal e outro informal. A *mutabilidade formal* delineia-se através da reforma constitucional, seja por revisão, seja por emenda. Já a *mutabilidade informal* concerne ao processo difuso de modificação da Constituição.

Interessa-nos perscrutar o princípio da rigidez em consonância com a *mutabilidade informal*, retirando daí possíveis previsões.

Para tanto, impende estudarmos a rigidez da Constituição perante os elementos estático e dinâmico, cuja análise nos fornece uma visão mais fecunda da ordem jurídica.

Através do elemento estático, a Constituição reveste-se de certa estabilidade, de certo equilíbrio, pois a instabilidade do Texto Maior seria responsável pela instabilidade do próprio Estado.

Estabilidade, contudo, não significa inalterabilidade, porquanto o dinamismo da realidade social, com situações e exigências sempre novas, em constante evolução, obriga a adaptação das normas constitucionais aos ditames da vida.

Por achar-se interligada à realidade social cambiante, aos avanços da ciência, da tecnologia, da economia, da religião, da moral etc., a Constituição, conforme dissemos anteriormente, é um organismo vivo, em consonância com as forças reais do poder (Lassalle) , que funcionam como verdadeiras forças atuantes na comunidade.

Ora, se as Constituições, para serem socialmente eficazes, observadas e cumpridas na prática, devem corresponder, ao menos em sua essência, a esses fatores reais do poder – os quais sempre variam, evoluem, modificam-se através das transformações e do progresso – é evidente que os textos supremos devem seguir o ritmo das mudanças sociais.

Devem, até mesmo, abrir caminho para as alterações sérias, oportunas e viáveis, "exigindo respeito ao que existe de mais profundo", como vaticinou Francis Delperée, ao examinar, em 1992, na Associação Francesa dos Constitucionalistas, o processo de modificação da Constituição belga.[47]

[47] DELPERÉE, Francis . *La Révision de la Constitution*. Paris: Association Française Des Constitutionnalistes, 1992. p. 67-77: Le processus de modification de la Constitution belge. (Economica Presses Universitaires D'aix-marseille, collection Droit Public Positif).

Nesse ínterim, a *efetividade*[48] de uma norma constitucional repousa na sua capacidade de enquadrar e fixar, na ordem jurídica, as vontades e as instituições menores que a sustentam, as quais devem corresponder às forças sociais, políticas, econômicas, morais, religiosas, existentes no grupo social.

Se, ao invés, a base constitucional assentar-se em poderes fictícios, sem raiz histórica precisa, procurando impor idéias e interesses minoritários, a Constituição torna-se mero arcabouço formal, sem qualquer utilidade prática.

Assim, a vida constitucional dos Estados desenvolve-se perante dois elementos, aparentemente contraditórios: o estático e o dinâmico. O elemento estático consigna uma exigência indispensável à segurança jurídica, evitando, ao menos em tese, a instabilidade institucional, procurando salvaguardar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana; o elemento dinâmico propicia a adaptação das Constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social.

O vetor da rigidez da Constituição encontra guarida precisamente nesse contexto. Trata-se de técnica capaz de atender a ambas exigências de estabilidade e dinamismo constitucionais.

Tornam-se possíveis alterações formais (revisões e emendas), imprescindíveis à adaptação das Constituições a novas realidades fáticas.

Só que ao estabelecerem o processo de revisão ou emenda, os legisladores fazem-no cautelosamente, de modo a tornar tais técnicas de mudança mais solenes, árduas, difíceis, demoradas, para que não sejam de inopino, despropositadas, sem previsibilidade de quando irão ocorrer.

Daí a exigência da ponderação e equilíbrio nas instituições ao se pretender reformular a letra do Texto Magno.

É utilizando, para tanto, certo processo formal – complexo e específico, diverso dos meios comuns de elaboração das leis ordinárias e complementares.

Logo, é possível dizermos, como o fez James Bryce, que rígida é a Constituição somente suscetível de mudança por intermédio de um processo solene e complicado, bem mais específico e rigoroso do que aquele utilizado para modificar as leis em geral. Para ele as Constituições rígidas possuem uma autoridade superior à das outras leis do Estado e são modificadas por procedimentos diferentes daqueles pelos quais se editam e revogam as demais leis.[49]

Foi Bryce, porém, quem cunhou as expressões *rígida* e *flexível*, pela primeira vez; historicamente a rigidez é muito mais antiga.

Certamente, o pórtico da rigidez constitucional não foi detectado apenas por Bryce.

Aristóteles já distinguia a *politéia* (normas fundamentais da organização política) dos *nomói* (normas ordinárias, fundadas na *politéia*). Em Roma , as normas fundamentais somente podiam ser alteradas por juízes especiais,e, em França as leis fundamentais do reino só sofriam modificações oriundas dos Estados Gerais, sem falar no período antes da Revolução Francesa, quando Vatel, em importante obra[50], Rousseau, Bodin e Huber insistiam na diferença formal entre as leis fundamentais e as outras leis comuns.

Há muito tempo, pois, o princípio da rigidez constitucional vem registrado como uma exigência indispensável para a mudança formal da Constituição, consistindo em um processo solene, dificultoso e demorado, sem a facilidade e a rapidez de elaboração das leis comuns.

Podemos destacar os seguintes caracteres do aludido primado da rigidez:

a) dificultar o processo reformador da Constituição;

b) assegurar a estabilidade constitucional;

c) resguardar os direitos e garantias fundamentais, mantendo estruturas e competências, com vistas à proteção das instituições.

Das características apontadas, deflui a assertiva de que qualquer mudança formal,

[48] Compreenda-se o vocábulo *efetividade*, como a capacidade de atuação prática da norma constitucional,fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Nessa ótica,a efetividade simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. Ademais, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado.Cf.:BARROSO, Luís Roberto . *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas.* Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

[49] BRYCE, James . *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas....* p.9.

[50] VATEL. *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains* .Nouvelle Édition, Paris, 3 v. Guillaumin, 1863.

operada na *Lex Legum*, só se faz possível através de processos complexos e demorados, para adquirir o Texto Maior muito mais estabilidade.

O problema da estabilidade constitucional fica então resolvido, sem prejuízo de modificar-se a Constituição, independentemente de motivos imperiosos, que aconselhem ou exijam alterações amplas ou restritas.

Contrapõe-se à Carta rígida a denominada *flexível*, que é a capaz de ser, a cada momento, modificada, expandida, contraída, sem processo formal complexo, solene, demorado, dificultoso. Por isso notou Bryce, quando utilizou o termo, que a Lei Magna da Inglaterra transformava-se constantemente, pois o Legislativo aprovava, com freqüência, leis que atingiam os métodos de governo e os direitos políticos dos cidadãos.

Sempre ao fim de uma sessão parlamentar, não havia a certeza de que aquilo que era tido como Constituição continuaria sendo a mesma coisa de antes. Isto porque as Cartas flexíveis são as que estão no mesmo nível das outras leis do País, procedendo das mesmas autoridades que fazem as leis ordinárias e sendo promulgadas e abolidas segundo o mesmo procedimento daquelas.[51]

A distinção operada entre as Cartas rígidas e as flexíveis, contudo, não encontra acolhida unânime na doutrina. Há, por exemplo, que fale em constituições *imutáveis*, *graníticas* e *intocáveis*[52], que não estabelecem o seu próprio processo de reforma, como a Constituição espanhola de 1976 e a italiana de 1848. Seriam constituições permanentes, para toda a vida, não admitindo que nenhum poder possa legitimamente reformulá-las, e, muito menos, revogá-las. Numa palavra, não haveria órgão competente para revê-las.

Vimos, alhures, que se na história dos tempos remotos o dogma das constituições eternas vem registrado, o mesmo não se pode dizer em nossos dias, pois seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição – verdadeiro *organismo vivo*, inalterável, frente à realidade social cambiante, em constante evolução e transformação.

Todavia, ressalta Meirelles Teixeira que algumas Constituições, a exemplo das histórico-costumeiras (Carta inglesa), apresentam uma estabilidade que lhes advém da sua própria natureza, de sua lenta formação, da sua progressiva adaptação às necessidades políticas e sociais, da educação política do povo a que se aplicam. Trata-se de estabilidade real, autêntica, ao passo que as Cartas escritas, dogmáticas, por faltar-lhes aquelas condições, procuram criar, artificialmente, uma estabilidade técnica, ao consagrarem processos jurídicos complicados, difíceis, demorados e solenes de reforma.

> "Por isso mesmo, autores como McBain preferem falar em estabilidade sociológica (caso da Inglaterra) e estabilidade legal (Brasil, Estados Unidos, França etc.). Daí o paradoxo, apenas aparente, de um país como a Inglaterra, cuja Constituição é flexível, apresentar uma estabilidade política muito maior que os países do continente europeu e da nossa América Latina, como suas enfáticas constituições rígidas. Evidentemente vale muito mais a rigidez sociológica, que se assenta na mais ou menos perfeita adequação entre a Constituição e a conjuntura social e política, que a rigidez puramente jurídica, geralmente incapaz, como sobejamente no-lo demonstra a História, de resistir ao impacto das crises políticas e sociais, do desajustamento entre o sistema político e jurídico e as exigências da realidade político-social". [53]

Certos autores[54] lembram ainda das Constituições *transitoriamente flexíveis*, que podem ser reformuladas, durante certo período, por processos idênticos aos de elaboração de uma lei ordinária, como, por exemplo, a Carta irlandesa de 1922 (art. 50) e as constituições de certos Estados da Alemanha, que permitiam a desnazificação, sem qualquer observância às normas constitucionais. Daí a Carta de Baden (1947), que previa no seu art. 128:

> "A lei pode estabelecer normas jurídicas especiais até 31 de dezembro de 1948, no mais tardar, para libertação do povo alemão do nacional socialismo e do militarismo, e para remoção de suas conseqüências".

Ao lado dessas últimas constituições, enfatiza Nelson Sampaio as *fixas*. Elas seriam assim denominadas pelo fato de só sofrerem

[51] BRYCE, James . *Constituciones*.... p. 64.

[52] Cf.:ARNOLD, Gabriel . *De la Révision des Constitutions.* Paris: Arthur Rousseau, 1896.

[53] TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso*.... p. 112.

[54] Cf.:SAMPAIO, Nelson de Sousa .*O Poder de Reforma Constitucional.*3.ed.rev.e atual. por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995, p. 68. TEIXEIRA, J.H.Meirelles. *Curso*.... p.112.

alterações por meio de um poder de competência igual ao que as criou, isto é, por uma nova manifestação do poder constituinte originário. São constituições silenciosas quanto ao processo de reforma, *e.g*., o Estatuto do Reino da Sardenha de 1848, que depois se tornou a Constituição da Itália, assim como a Constituição espanhola de 1876.[55]

Houve também quem falasse em *graus de rigidez*[56], aparecendo a classificação das constituições em *muito rígidas* e *pouco rígidas*, que variam de acordo com o processo reformador mais ou menos rigoroso, solene e complexo.

Por este critério, a Lei Maior dos Estados Unidos seria muito rígida, porque o processo de sua alteração é difícil e complicado, enquanto a Constituição soviética qualificariar-se-ia como pouco rígida, pois para a sua reforma seriam necessários apenas dois terços dos votos do Soviet Supremo.

Em que pese à diversidade de formulações doutrinárias a respeito do assunto, a rigidez e a flexibilidade consignam critérios classificatórios úteis para a compreensão do mecanismo constitucional de um Estado.

Através da maior ou menor complexidade do processo de reforma, é possível sentirmos a anatomia da organização estatal.

Veja-se, a propósito, o Estado brasileiro, consubstanciado na Carta Política de 5 de outubro de 1988, cuja rigidez das normas que o instituem fica constatada na simples leitura do seu art. 60, em cujo regaço encontramos os requisitos exigidos para a emenda.

Dentre tais requisitos estão aquelas cláusulas que não podem ser abolidas, levando-nos a admitir que a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais fazem parte da estrutura, da configuração mesma do Estado brasileiro.

E esta rigidez fica mais clara ainda se observarmos o processo de propositura de emendas, pois enquanto a Carta de 1988 poderá ser emendada mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República, de mais de metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (art. 60, I, II, III), o mesmo não se exige para a iniciativa de elaboração das leis ordinárias e complementares (art. 61).

Logo, o constituinte de 1988 achou por bem permitir alterações na ordem constitucional somente mediante processos, solenidades e exigências formais,especiais, diversos e mais dificultosos daqueles processos comuns de elaboração legislativa.

Rigidez e flexibilidade, portanto, constituem uma base perfeitamente útil de classificação, principalmente nos países como o Brasil, de escassa educação política e tradição constitucional, com acentuada instabilidade política.[57]

Nesses países as cartas rígidas desempenham importante papel. Servem para demarcar o âmbito de exercício do Poder Legislativo, evitam mudanças desnecessárias, previnem alterações facilitadas e reviravoltas inusitadas, colocando em destaque matérias primordiais para o imperioso equilíbrio da sociedade.

As constituições do tipo rígido possuem um fundamento lógico de existência, pois servem de freio para a deflagração de mudanças bruscas, que porventura tentem comprometer a pacificidade da vida constitucional dos Estados.

A experiência constitucional tem demonstrado que só é admissível tocar nas bases do Texto Supremo em casos de urgência e necessidade, e, mesmo assim, de modo limitado, através do mecanismo da emenda (reforma de menor extensão), antes até do mecanismo de revisão (reforma de maior abrangência).

Com isso não se quer dizer que o corolário da rigidez deva funcionar como óbice às transformações do progresso e da evolução social. A *ratio essendi* do princípio não consigna uma barreira para impedir modificações indispensáveis, oportunas e benéficas para o crescimento material e espiritual da sociedade.

Como acentua Carl Friedrich, o excesso gera a instabilidade, pois o uso exagerado do vetor da rigidez pode causar movimentos revolucionários, quando as disposições do Documento Supremo não conseguirem se ajustar aos novos reclamos sociais, algo admissível em todo o mundo.[58]

[55] Cf.: SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Poder de Reforma*.... p. 54 -61.

[56] Cf. TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso*.... p. 112.

[57] Nesse sentido: TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso*.... p. 106 e ss.

[58] Cf.: FRIEDRICH, Carl. *Teoria y realidad de la organización constitucional democrática.* Tradução Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Econômica, 1946.

Acrescente-se a isso que em torno do primado da rigidez alicerçam-se temas fundamentais para a vida constitucional dos Estados, tais como:

a) a diferença entre poder constituinte e poder originário e poderes constituídos;

b) supremacia e hierarquia das normas constitucionais;

c) inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos;

d) controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos;

e) indelegabilidade de competências constitucionais.

Realmente, o princípio da rigidez constitucional coaduna-se com o poder criador da Constituição.

Trata-se do poder constituinte originário que, ao desempenhar uma atividade normativa em primeiro grau, difere da função exercida pelo Poder Legislativo, que encontra na Constituição sua origem, limites e formas de atuação, cumprindo-lhe criar leis ordinárias, resoluções, alguns atos políticos e administrativos, cuja atividade encontra-se circunscrita às normas da Lei Maior.

Estas últimas – as normas constitucionais propriamente ditas, a fim de serem reformadas – deparam-se com o primado da rigidez, decorrendo daí a maior dificuldade de alteração das mesmas do que para a modificação dos preceitos jurídicos da ordem estatal.

Ademais, é da essência da rigidez a supremacia *formal* da Constituição. É nesse sentido que se diz que o Texto Constitucional é a Lei das Leis, a Lei Máxima, o Código Supremo de um povo, a base de todo o Direito estatal, o limite de toda a atividade infraconstitucional, o fundamento último de todas as instituições.

Por isso, escreveu José Afonso da Silva com pena de ouro:

> "Da rigidez emana, como primordial conseqüência, o *princípio da supremacia da Constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, 'é reputado como uma pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político'. Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas".[59]

Não se confunda, todavia, a supremacia *formal* com a supremacia *material*. A diferença é de notória importância, pois as constituições flexíveis também são supremas, mas do ponto de vista substancial, sociológico.

É que, como explicam Georges Burdeau[60] e Franco Modugno[61], a supremacia material pode ser constatada nas cartas flexíveis, logrando nesse caso a natureza sócio-política, sociológica, pois.

Nas palavras de Marcelo Neves,

> "Mesmo nos sistemas carentes de Constituição em sentido formal, há um núcleo normativo regulador do processo de produção das normas jurídicas gerais, caracterizado como uma Constituição em sentido material estrito, cujo conteúdo tem uma supremacia jurídica intrínseca, por ser logicamente anterior às demais normas gerais (legais e costumeiras) pertencentes ao ordenamento jurídico. Em realidade, quando, nos sistemas de Constituição flexível, a legislatura ordinária reforma as normas de conteúdo intrinsecamente constitucional (Constituição em sentido material estrito), deve atuar de acordo com o procedimento por elas mesmas prescrito, sob pena de sanção por invalidade formal".[62]

Já a supremacia formal seria aquela responsável pela distinção operada entre leis comuns e leis constitucionais. Ela encontra-se adstrita à reforma da Constituição, na medida em que procura estruturar um processo mais dificultoso e solene para a sua mudança.

Dessa supremacia formal promana uma hierarquia normativa, que, partindo da norma superior, tem por escopo regular o modo de criação da norma inferior. Esta, por sua vez, procederá da mesma maneira em relação à norma que

---

[59] SILVA, José Afonso da. *Curso*.... p. 49.

[60] BURDEAU, Georges. *Traité*.... p. 90.

[61] MODUGNO, Franco. *L'invalidità della legge*. Milano, Giuffrè, 1970, v. 1, p. 71-72.

[62] NEVES, Marcelo . *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 65.

lhe está imediatamente abaixo, e assim por diante.

Como conseqüência da hierarquia normativa, que exige a conformidade da norma jurídica inferior à norma superior, exsurge a idéia de que não deve haver poder arbitrário, pois a nenhum órgão estatal é dado o poder de editar normas incompatíveis com a Constituição.

Ocorrendo contradição entre um ato normativo ou um ato administrativo com a Carta Maior, ter-se-á a hipótese de inconstitucionalidade – o vício mais grave que pode sofrer uma norma ou ato do poder público, porque "coloca em choque uma manifestação derivada, secundária, do exercício do poder público, com as normas fundamentais do Estado, ameaçando-lhe, portanto, a própria estrutura e funcionamento, tal como nelas previstos".[63]

Considerado vício irremediável, a inconstitucionalidade é algo que pode violar o princípio da legalidade, em detrimento a algo que é de fundamental importância nos Estados que possuem um Texto Maior rígido: a limitação da atividade legiferante ordinária pelos preceptivos constitucionais.

Sem dúvida, a Constituição, mesmo dotada de supremacia, não está imune aos abusos e violações, tanto por parte do legislador ordinário, como das autoridades públicas em geral.

É exatamente aí que reside o fundamento básico do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, com vistas à defesa da Carta Magna.

Não basta que as normas constitucionais sejam hierárquica e formalmente superiores às leis em geral, e que estas devam compatibilizar-se àquelas. Urge que seja acionado o mecanismo do controle de constitucionalidade das leis, juridicamente verificado, com o fim específico de fiscalizar a legalidade dos atos normativos.

Entre nós, Gilmar Ferreira Mendes demonstrou que:

> "controle jurisdicional de constitucionalidade desenvolve-se, por definição, no âmbito de um processo mais ou menos complexo, atendendo às próprias características do ordenamento jurídico. E o modo de provocar o exame da questão constitucional assume importância fundamental, uma vez que dele depende o próprio exercício da função que garante a Constituição".[64]

Por fim, o princípio da rigidez também mantém nítida ligação com a indelegabilidade das competências constitucionais.

É sabido que a Constituição distribui competência entre os entes públicos, assim como entre as funções legislativa, executiva e judiciária.[65]

Em matéria de rigidez, a conseqüência mais importante, no que diz respeito às competências constitucionais, pauta-se na impossibilidade de transferir-se a uma entidade ou órgão do poder público uma parcela das atribuições específicas, enfeixadas na *Lex Legum.*

Assim acontece porque as competências de cada entidade constitucional ou órgão público são organizadas de modo cuidadoso, de acordo com a natureza das funções, não sendo possível uma esfera extrapolar a órbita de outra.

Ora, se as cartas rígidas só podem ser alteradas por meio de processos difíceis e complicados, estabelecidos nelas mesmas, logo não é possível haver delegação de competências, exceto na hipótese de reforma constitucional, que, modificando a forma dos preceitos relativos à matéria, atribua a uma certa entidade função que antes não era sua.

Excetuada a via da reforma, qualquer modificação através de lei ordinária, no sistema de competências constitucionais, será inconstitucional. Não pertine, em regra, a delegabilidade de competências nas constituições rígidas, o que obriga o órgão a praticar atos dentro dos limites estabelecidos pelo legislador constituinte.

Tecidas essas breves considerações sobre a importância do princípio da rigidez, que espraia a sua influência sobre todo o ordenamento jurídico, vale examinar como ele se apresenta diante do fenômeno da mutação constitucional.

Para tanto, cumpre indagarmos: a mutação constitucional só ocorre nas constituições rígidas? Estariam as constituições flexíveis também sujeitas a mudanças informais?

A experiência constitucional dilucida que o fenômeno da mutação constitucional independe da rigidez do Texto Magno. Tanto as cartas

[63] TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso....* 126.

[64] MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade....* p.117.

[65] Cf.:ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *As Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1989.

rígidas como as flexíveis estão sujeitas ao influxo de novos sentidos, novos significados, que, embora não mudem a letra dos preceptivos supremos do Estado, conferem-lhes conteúdos ainda não contemplados, quer através da interpretação e da construção judicial, quer por meio dos usos e dos costumes constitucionais.

Sendo o princípio da rigidez aquele corolário, no qual é estabelecido um processo especial, mais solene e dificultoso, para a alteração das normas constitucionais, seria normal, à primeira vista, que toda e qualquer mudança fosse apenas produzida, com base em requisitos formais e específicos.

Na realidade, nem sempre é assim, pois as constituições, sem qualquer processo formal de modificação, são alteradas no sentido, significado e alcance de seus preceitos, mesmo permanecendo intactas na estrutura, dentro dos moldes estipulados pelo legislador constituinte originário.

Os Estados Unidos, por exemplo, têm Constituição rígida, mas tal rigidez não impediu que certas disposições, mormente as referentes à distribuição de competências entre o Estado central e os Estados-membros, sofressem modificações informais por meio da interpretação judicial, a fim de adaptarem-se à realidade social cambiante.

Óbvio que nessa hipótese a interpretação não feriu a letra plasmada pelo constituinte americano, e a mutação gerada foi "constitucional", modificando apenas o sentido, o significado e o alcance daqueles preceitos jurídicos, mas sem promover qualquer inconstitucionalidade.

Em França, inobstante a rigidez proclamada pelo seu Texto Supremo, são perceptíveis as mutações ocorridas pelas práticas consuetudinárias. Neste País a atrofia do direito de dissolução do Presidente frente ao Parlamento, anulando uma norma expressa na Constituição, provocou uma mudança difusa, através de um uso constitucional.

Mas a dinâmica constitucional dos Estados demonstra que as constituições flexíveis também são suscetíveis de serem alteradas através de mudanças informais.

Vale dizer: o fenômeno da mutação constitucional não é exclusivo das constituições rígidas.

Certamente, o princípio da rigidez predomina no panorama do constitucionalismo moderno. Isto não significa que alguns países de Carta flexível escapem da incidência dos processos indiretos de modificação constitucional, *v.g*., Inglaterra, Nova Zelândia, Finlândia, África do Sul etc.

Do mesmo modo que as constituições rígidas, as flexíveis, por intermédio da interpretação em suas diversas modalidades, da construção dos tribunais, dos usos e costumes constitucionais, estão predispostas a mutações, e, com isto, transformam-se espontaneamente, fora dos processos formais previstos para este fim.

As constituições flexíveis, fora de dúvida, podem lograr novos sentidos e significados na compreensão de seus artigos, incisos, alíneas, seja para acrescentar, suprimir ou alterar algo.

Tomemos como exemplo as mutações constitucionais operadas na histórica e flexível Lei Magna da Inglaterra.

Para facilitar o estudo da Constituição inglesa, os professores de Direito costumam dividi-la, didaticamente, em duas partes: a escrita e a não-escrita.

A parte escrita é composta dos atos ou tratados de união, das leis expressas do Parlamento (*Statutes Law*) e das Cartas – acordos solenes ou pactos (*Bill of Rights*).

A parte não-escrita da Constituição inglesa forma-se pela jurisprudência (*Case Law*) e pelas convenções constitucionais (*Constitutions Conventions*).

São nas *Conventions* que encontramos a parte mais importante da Lei Magna dos ingleses, nas quais repousam o fulcro da organização política do Estado francês, como o Parlamento, o Gabinete, o Primeiro-Ministro, a irresponsabilidade da Coroa, a nulificação do direito de veto, o apelo à decisão do eleitorado em caso de conflito entre o Gabinete e o Parlamento.

Cada convenção apresenta-se como disposições da prática política, sendo tidas como obrigatórias para aqueles a que elas se dirigem. Não podem ser invocadas em juízo e não existem sanções judiciais específicas, se isso lhes fosse solicitado. Malgrado, contêm os grandes princípios políticos, coordenando a mecânica do funcionamento dos poderes.

As *Conventions* apresentam-se como preceitos de natureza costumeira, promanando daí a conclusão de que o Texto inglês é um diploma *não totalmente escrito*, no qual encontramos o fenômeno da mutação constitucional, adaptando ditas convenções à realidade circundante.

Grande parte de certos acontecimentos fundamentais para a conformação do poder político,

que em outros lugares estão revestidos por normas jurídicas numa Carta escrita (Loewenstein), tem lugar na Inglaterra, principalmente na transformação da decisão monárquica pela decisão parlamentar, sem que nenhuma lei tenha outorgado tal faculdade, e mesmo assim sempre há uma absoluta obediência entre as convenções e a realidade constitucional modificada.

Associe-se a tudo isso as decisões jurisprudenciais, interpretativas das cláusulas ininteligíveis, ou melhor, dos atos ou tratados da União, das leis expressas do Parlamento, dos acordos ou pactos solenes (parte escrita), que aumentando e até modificando o sentido original dessas cláusulas, atribuem novos sentidos às prescrições constitucionais.

Enfim, qualquer Constituição, rígida ou flexível, pode sofrer mutação constitucional.

Até porque seria equívoco admitir-se critério absoluto no que concerne à classificação das Constituições, pois nem sempre os textos maiores são totalmente escritos e, muito menos,totalmente consuetudinários (não-escritos).

Se, por um lado, países de documentos rígidos e escritos, como o Brasil, a França, os Estados Unidos, procuram enfeixar, de uma maneira exaustiva e única, os princípios fundamentais que os regem, a estruturação, os limites do poder estatal, as competências, os direitos e deveres dos cidadãos, por outro prisma, surgem, inexoravelmente, outras necessidades e outras carências.

Tais necessidades e carências, manifestadas em momentos afastados no tempo, reclamam o lento trabalho dos costumes ou a atividade técnica dos juízes e tribunais, que interpretando os ditames da Lei Maior, atribuem-se-lhes novas significações, outrora não contempladas.

Demais disso, inadmissível é a hipótese dos textos totalmente costumeiros, vale dizer, inteiramente não-escritos.

Conforme dissemos, até a Constituição da Inglaterra - considerada exemplo típico de Texto consuetudinário e não-escrito –, compõe-se de atos, pactos, cartas, evidenciando uma parte escrita, ao lado da sua parte mais importante, formada pelas convenções constitucionais e decisões jurisprudenciais (parte não-escrita).

E diante das transformações sociais, políticas, econômicas, bem como do influxo de substanciais deslocações nos esquemas de distribuição do poder político, as constituições flexíveis – do mesmo modo que as rígidas –, evoluem no sentido, significado e alcance de seus preceitos, através dos processos informais de alteração constitucional.

5. Limites da mutação constitucional

Konrad Hesse chamou-nos a atenção para o intrigante problema dos limites da mutação constitucional.[66]

A maioria da doutrina não enfrentou o tema especificadamente não sendo descipienda a assertiva, segundo a qual inexiste estudo sistemático no tocante às limitações dos processos indiretos de mudança da Constituição.

Contudo, a prática constitucional evidencia a impossibilidade de traçarmos, com exatidão, as limitações a que estão sujeitas o poder constituinte difuso, de que nos fala Burdeau, responsável pela ocorrência daquelas alterações informais, que, se não alteram a letra dos preceitos supremos do Estado, modificam-lhes a substância, o sentido, o significado e o alcance.

Em verdade, não é possível determinar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis, que variam conforme acontecimentos derivados do fato social cambiante, com exigências e situações sempre novas, em constante transformação.

Logo, as mutações constitucionais não se produzem através de meios convencionais e em razão de um Direito Constitucional estático, acomodatício. Ao invés, podem ser produzidas de diversas formas, tais como por intermédio da interpretação, dos usos e costumes, da construção judicial, dentre outros modos de ocorrência do fenômeno.

Uma teoria jurídica dos limites da mutação constitucional só seria possível, ressalta Hesse,

> "mediante el sacrificio de uno de los presupuestos metódicos básicos del positivismo: la estritcta separación entre 'Derecho' y 'realidad', así como los que constituyen su consecuencia, la inadmisión de cualesquiera consideraciones históricas, políticas y filosóficas del processo de argumentación jurídica".

Mas, o mesmo Hesse conclui que a separação metódica entre Direito e realidade, com o intuito de se obter parâmetros jurídicos para

[66] HESSE, Konrad. *Escritos*.... p. 81 - 104.

determinar os limites da mutação constitucional, esbarra em um problema de magnitude extrajurídica, pois

> "dicha realidad resulta inevitablemente – a pesar de la 'separación metódica' – jurídicamente relevante: incapaz por definición de operar en el interior de la norma misma, modifica por así decir desde fuera el Derecho constitucional de una forma explicable sólo políticamente, no jurídicamente, al hacer ocupar su lugar por 'una situación constitucional' divergente que, desplazando a las normas de la Constitución, deviene ella misma Derecho".[67]

Outros autores alemães também não responderam de forma satifatória a questão dos limites da mutação constitucional. Heller, aí incluído, admitiu que o fenômeno encontra limitações na própria normatividade da Constituição. Entende que uma mudança de significado na norma constitucional se encontra adstrita à *normalidade dos fatos*, a qual não pode renegar por completo à *normatividade*, pois ambos elementos estão coordenados entre si, formando a tensão entre o *sein* e o *soler*.

Heller, para chegar a essa conclusão, entendeu que "não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito da Constituição. Uma Constituição política só se pode conceber como um ser a que dão forma as normas. Como situação política existencial, como forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam".[68]

A partir daí compreende que os limites da mutação constitucional só podem ser claramente compreendidos

> "cuando la modificación del contenido de la norma es comprendida como cambio 'en el interior' de la norma constitucional misma, no como consecuencia de dasarrollos producidos fuera de la normatividad de la Constitución, y cuya 'mutación' en normatividad estatal tampouco se puede explicar satisfactoriamente cuando se parte de una relación de coordenación correlativa entre normalidad e normatividad".

Analisa Hesse[69] não obstante, ao doutrinar que a mutação constitucional encontra seu limite na própria normatividade da Constituição, Heller utilizou um raciocínio genérico e difícil de precisar, sem pontos de apoio que permitam uma concretização do problema.

Estamos que é impossível se estipular critérios exatos para o delineamento dos limites da mutação constitucional.

Isto porque uma Constituição é um *organismo vivo*, em cujo esteio encontramos a autoconsciência de um povo, assentado em uma base territorial definida, e submetido a um governo soberano, numa determinada época histórica, sujeita a fatores sociais cambiantes.

Como a doutrina das mutações constitucionais é o reflexo, teórico e prático, desses fatores sociais cambiantes, ela se produz quando a normatividade constitucional se modifica pelo influxo de acontecimentos que não afetam a sua forma, porém transmutam seu conteúdo.

Por conseguinte, o fenômeno é *involuntário* e *intencional*, como disseram Laband e Jellinek, e por isso não podemos imprimir-lhes uma exatidão, a ponto de prevermos a unanimidade dos casos de mutação constitucional que a experiência possa ensejar.

Diversamente da reforma constitucional, a mudança difusa da Lei Maior não segue limites previstos pelo legislador, nem tampouco formas expressas e sacramentadas. Surge espontaneamente, de modo subreptício, sem previsões de quando irá ocorrer.

Por essa razão, Georg Jellinek, nascido em Leipzig (16.6.1851) e falecido em Heidelberg (12.1.1911), um dos pioneiros no estudo das mutações constitucionais, observou, percucientemente:

> "Los preceptos constitucionales a menudo son oscuros o extensos y sólo el legislador les da sentido preciso mediante leyes que los concretan de modo muy parejo a como el juez, primero, toma conciencia clara del contenido de las leyes que ha de aplicar. Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta a

[67] HESSE, Konrad. *Escritos*.... p. 91.

[68] HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. Tradução Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jôu, 1968. p. 296.

[69] HESSE, Konrad. *Escritos*.... p.99.

> las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación. No sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales. Han de interpretar las leyes y también las normas constitucionales, pero de modo subrepticio una ley constitucional puede adquirir, poco a poco, un significado totalmente distinto al que tenía en el sistema originario".[70]

Diante de tudo isso, as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir - mas de natureza subjetiva, e, até mesmo psicológica, seria a *consciência* do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior.

Assim, estar-se-ia evitando as mutações inconstitucionais, e o limite, nesse caso, estaria por conta da ponderação, por parte do intérprete, ao empreender o processo interpretativo, que sem transbordar os mecanismos de controle de constitucionalidade, adequaria a Lei Máxima à realidade social cambiante.

É inegável que esse limite subjetivo, consubstanciado no elemento psicológico da consciência do intérprete em não desbordar os parâmetros jurídicos, através de interpretações maliciosas e traumatizantes, não pode ser levado às últimas conseqüências, diante da realidade cotidiana dos diversos ordenamentos constitucionais.

Referimo-nos à existência de mudanças informais, resvaladoras dos cânones normativos, preceituados nas Constituições, que nem sempre seguem os moldes estabelecidos pelo poder constituinte originário.

Ao invés, o que se constata, cada vez mais, é a proliferação dos processos inconstitucionais de mutação do Texto Magno, ou porque o controle de constitucionalidade não se apresenta efetivo, "ou porque esse controle não logra atingir o universo de atos e práticas desenvolvidas no âmbito dos poderes constituídos, ou porque pela própria natureza do processo ele se subtrai, sem possibilidade de sanção, a qualquer controle de constitucionalidade, exercido por órgão ou poder constituído. O único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o controle não organizado, isto é, acionado por grupos de pressão, pela opinião pública, pelos partidos políticos etc.".[71]

[70] JELLINEK, Georg . *Reforma Y mutacion....* p. 15 - 16.

[71] FERRAZ, Anna Candida da Cunha . *Processos informais....* p .213 -214.

A nova Lei dos Partidos Políticos

GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS

SUMÁRIO

No último dia 20 de setembro, após quase sete anos da promulgação da nova Carta Magna, foi publicada no *Diário Oficial* - Seção I, a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, que dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal, revogando a antiga Lei Orgânica dos Partidos Políticos - LOPP, Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971, em vários aspectos não recepcionada pelas novas disposições constitucionais pertinentes.

A nova lei partidária, fiel ao comando constitucional, garante ampla liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, "respeitadas a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana"(art. 2º).

É assegurado aos partidos, ainda, autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento. Tal dispositivo, aliás, previsto no § 1º do art. 17 da Constituição Federal/88, aliado à mudança da natureza jurídica dos partidos, de pessoa jurídica de direito público interno para pessoa jurídica de direito privado, são responsáveis pelo quase total esvaziamento da antiga LOPP.

Embora pessoas jurídicas de direito privado, com personalidade adquirida na forma da lei civil, os partidos políticos só estão autorizados a participar do processo eleitoral, receber recursos do fundo partidário e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão, após registrarem seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral (art. 17, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 7º, *caput* e § 2º, da Lei nº 9.096/95). Tal registro só será admitido ao partido com caráter nacional, ou seja, "que comprove o apoiamento de eleitores correspondente a, pelo

Gustavo Henrique Caputo Bastos é Advogado.

menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em brancos e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles" (art. 7º, § 1º).

Referida determinação legal, qual seja, a obrigatoriedade do registro perante o TSE, aparentemente contraditória com a liberdade e autonomia garantidas pela Constituição, revela, claramente, a função pública exercida pelos partidos políticos, especialmente quando partícipes do processo eleitoral. Nesse sentido, a propósito, já se manifestou o TSE em mais de uma oportunidade, como no voto do Exmo. Ministro Sepúlveda Pertence, no precedente abaixo indicado, *verbis:*

> "(...)
>
> Instrumentos do exercício plural da cidadania, os partidos, enquanto titulares de direitos públicos subjetivos, são associações civis, como tal constituídos: reinam aí os princípios da liberdade de criação (Constituição Federal, art. 17, *caput*) e da autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento (Constituição Federal, art. 17, §1º).
>
> Não obstante porque os partidos não são apenas titulares de direitos subjetivos, mas, por imposição da natureza de suas prerrogativas, são, também e simultaneamente, órgãos de função pública no processo eleitoral, ao mesmo passo que a liberdade e autonomia constituem os princípios reitores de sua organização e de sua vida interna, é imperativo que se submetam ao controle da Justiça Eleitoral, na extensão em que o determina a lei, sobre a existência e validade dos atos de sua vida de relação, cuja eficácia interfere no desenvolvimento do processo das eleições.
>
> (...)"(TSE, Proc. nº 9.464, Ac. nº 12.209, *DJU* de 27.4.92)

Importante e polêmico dispositivo da nova lei, o artigo 13, que trata do direito ao funcionamento parlamentar, ficou conhecido no Congresso como *cláusula de barreira*. Com efeito, mencionado artigo exige, como condição ao funcionamento parlamentar nas casas legislativas onde tenha elegido representante, que o partido obtenha, em cada eleição para a Câmara dos Deputados, apoiamento mínimo de 5% dos votos apurados, não computados os em brancos e os nulos, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, com um mínimo de 2% do total de cada um deles.

Para se ter uma idéia do rigor desse artigo, dos 20 partidos com registro definitivo junto ao TSE, apenas 8 atingiram, na útlima eleição para a Câmara dos Deputados, os percentuais nele exigidos.

Havia, no particular, promessa de veto presidencial, "previamente acertado" pelo Presidente da Câmara, em nome dos partidos, e pelo Ministro da Justiça, em nome do Chefe do Executivo, mas tal veto não se concretizou, causando desconforto no parlamento e, como conseqüência, o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, fosse a exigência limitada ao direito de funcionamento parlamentar, talvez a rejeição dos chamados "partidos pequenos" não seria tão contundente, até porque a própria Constituição remete à lei o disciplinamento da questão (art. 17, IV). Ocorre, porém, que além de vincular o funcionamento parlamentar, o número e distribuição geográfica dos votos exigidos no artigo 13 influem decisivamente na distribuição das receitas do fundo partidário e no acesso gratuito ao rádio e à televisão, matérias cujo disciplinamento foi igualmente remetido à lei pelo constituinte (art. 17, § 3º).

Assim é que, aos partidos que alcançarem o *quorum* estipulado no artigo 13 serão distribuídos 99% (noventa e nove por cento) das receitas do fundo partidário, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados (art. 41, II). O restante 1% será distribuído em partes iguais a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no TSE. O desequilíbrio na distribuição do Fundo é uma ameaça aos pequenos partidos, justo eles que mais precisam dessa receita.

Da mesma forma, a realização de um programa em cadeia nacional e um em cadeia regional, a cada semestre, com duração de 20 minutos cada e, ainda, a utilização de quarenta minutos por semestre para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais e, por igual tempo, nas emissoras estaduais, só está assegurado aos partidos que atendam ao disposto no citado artigo 13 (art. 49, I e II).

Fidelidade e disciplinas partidárias são matérias que devem, obrigatoriamente, constar dos estatutos dos partidos (art. 17, § 1º, Constituição Federal). Vale ressaltar, por oportuno, que a

nova lei, além de garantir amplo direito de defesa ao filiado eventualmente acusado, exige, para imposição de medida disciplinar ou punição, conduta tipificada no estatuto, vale dizer, ato, ou omissão, doloso ou culposo, que produza um resultado previsto na norma estatutária incriminadora (art. 23, §§ 1º e 2º).

Em nenhuma hipótese prevê a lei a perda do mandato do parlamentar infiel ou indisciplinado, tal como pretendido pelo projeto originalmente aprovado pela Câmara (PL nº 1.670-B/1989, art. 25), por isso que tal dispositivo seria facilmente declarado inconstitucional ante os termos exaustivos do art. 55 da Constituição Federal.

Quanto às finanças partidárias, continua proibido o recebimento de doações de entidades estrangeiras, de órgãos da administração pública direta e indireta e de sindicatos e entidades de classe. Permanece, ainda, a obrigatoriedade de, anualmente, o partido remeter à Justiça Eleitoral, até o dia 30 de abril, um balanço contábil do exercício findo, com discriminação detalhada das despesas e receitas (arts. 31 a 34).

Como novidade existe a possibilidade de qualquer partido impugnar as contas apresentadas por outro ou, amparado por algum indício, pedir a abertura de investigação para apurar eventual violação dos preceitos legais aplicáveis em matéria financeira, além da possibilidade de aplicação de sanções (suspensão da participação no fundo partidário e multa) pelo descumprimento das normas financeiras legais e estatutárias (arts. 35 e 36).

Mais profundas foram as alterações relativas ao fundo partidário (Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos). O Tesouro depositará mensalmente (antes era trimestralmente) os duodécimos dos recursos do Fundo à disposição do Tribunal Superior Eleitoral que deverá fazer a respectiva distribuição dentro de cinco dias (antes eram trinta). Consoante já firmado, 99% será distribuído entre os partidos que preencham as condições do citado artigo 13 (cláusula de barreira) proporcionalmente aos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados e 1%, em partes iguais, a todos os partidos que tenham registro no TSE. (A proporção anterior era de 10 % aos partidos em funcionamento e 90% aos partidos com representantes na Câmara dos Deputados, proporcional à respectiva bancada).

De qualquer forma, também em relação à distribuição do fundo partidário, haverá um período de transição, entre a publicação da lei e o início da próxima legislatura, quando 29% do fundo será distribuídos a todos os partidos com estatuto registrado no TSE, na proporção da representação parlamentar filiada no início da Sessão Legislativa de 1995 (art. 56, V). Num segundo período, entre o início da próxima legislatura e a proclamação do resultado da segunda eleição geral subseqüente para a Câmara dos Deputados, 29% do fundo será distribuído aos partidos que cumpram o disposto no art. 13 ou no inciso I do art. 57 (elegidos Deputados Federais em pelo menos cinco Estados e obtido um por cento dos votos apurados no País), na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. Como teremos duas eleições neste período, tal distribuição será variável.

Enfatize-se, ainda, que mesmo em relação aos recursos oriundos do fundo partidário, a obrigatória prestação de contas, assim como o controle de sua aplicação, estão a cargo da Justiça Eleitoral. Resta saber se o Tribunal de Contas da União, em face dos termos genéricos do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, pode ser excluído da fiscalização dos recursos do fundo partidário repassados pelo TSE. Ou se o TSE poderá, via de instruções, prever tal hipótese, embora não referida na lei.

Falando em instruções, uma que certamente terá que ser baixada pelo TSE brevemente, diz respeito ao artigo 55 das disposições transitórias, relativo aos registros dos partidos. Segundo referido dispositivo legal, os partidos que já tenham registro definitivo junto ao TSE ficam dispensados de atender à condição imposta no citado § 1º, do art. 7º (apoiamento mínimo de eleitores), devendo apenas adaptar seus estatutos à nova lei no prazo de seis meses. Embora omissa a lei, entendo que tal adaptação estatutária deve ser submetida ao crivo da Justiça Eleitoral, sob pena de suspensão do registro partidário até o cumprimento da exigência legal.

Problema maior que deverá ser enfrentado pelas referidas instruções, é a regulamentação do § 2º, da referida disposição transitória, assim disposto:

> "§ 2º Aplicam-se as disposições deste artigo ao partido que, na data da publicação desta Lei:
>
> I - tenha completado seu processo de organização nos termos da legislação anterior e requerido o registro definitivo;
>
> II - tenha seu pedido de registro *sub judice*, desde que sobrevenha decisão favorável do órgão judiciário competente;

III - tenha requerido registro de seus estatutos junto ao Tribunal Superior Eleitoral, após o devido registro como entidade civil."

Para melhor compreender o dispositivo supracitado é preciso considerar o procedimento de registro partidário previsto na LOPP revogada. Anteriormente, após devidamente fundado, os partidos requeriam seus registros em duas fases: primeira, requeria-se registro provisório no TSE que, atendidas as formalidades legais, concedia um prazo de 12 meses para que o partido se organizasse; na segunda fase, organizado o partido (realização de convenções em pelo menos 9 Estados e em 1/5 dos respectivos municípios, aprovação do manifesto, estatuto e programa, e eleição dos respectivos diretórios e comissões executivas), requeria-se, então, registro definitivo, quando era aberto prazo para impugnação por parte do Ministério Público, outro partido, membro de órgão de direção partidária ou titular de mandato eletivo (arts. 5º a 13, da Lei nº 5.682/71).

Com isso podemos concluir que o inciso I refere-se aos partidos que já tenham cumprido todas as exigências legais durante o prazo de 12 meses de registro provisório e requerido registro definitivo, julgado ou não; o inciso II refere-se aos partidos que tenham obtido registro provisório (o definitivo foi tratado no inciso anterior) e estejam em fase de organização, devendo completar-se o processo com base na legislação anterior; já o inciso III refere-se aos partidos que sequer possuem registro provisório concedido. Nestes casos, segundo entendemos, o partido poderá optar por completar seu processo de registro com base na lei anterior ou, desistindo do registro provisório, requerer, comprovando a condição estabelecida no § 1º do art. 7º, registro definitivo com base na nova lei.

Finalmente, assunto de grande interesse partidário, o acesso gratuito ao rádio e à televisão foi disciplinado de forma no mínimo confusa, dando margem a interpretações divergentes, especialmente quanto às regras transitórias.

Na parte permanente, após dispor sobre o conteúdo da propaganda (o que é permitido ou não), sobre a possibilidade de sanção pela inobservância dos limites da propaganda, sobre a obrigatoriedade de formação de redes nacionais e estaduais, a nova lei partidária limita o acesso pleno à propaganda gratuita (um programa de 20 minutos mais quarenta minutos para inserções de trinta segundos a um minuto, por semestre, em cadeia nacional e estadual) aos partidos que atendam ao disposto no multireferido artigo 13. Os demais, com registro no TSE, têm direito a um programa em cadeia nacional, por semestre, com duração de dois minutos (arts. 45 a 49).

No entanto, nas disposições transitórias, criaram-se duas regras temporárias, uma para viger entre a data de publicação da lei e o início da próxima legislatura, ou seja, fevereiro de 1999 (art. 56) e outra para vigorar entre o início da próxima legislatura e a proclamação dos resultados da segunda eleição geral para a Câmara dos Deputados, o que deve ocorrer em novembro/dezembro de 2006 (art. 57).

No primeiro período, fica assegurado ao partido que tenha elegido e mantenha filiado, no mínimo, três deputados federais de diferentes Estados, a realização de um programa anual, em cadeia nacional, com duração de dez minutos. Ao partido que tenha pelo menos um deputado federal desde o início da Sessão Legislativa de 1995, foi assegurada a veiculação de um programa anual de cinco minutos, não-cumulativo com o tempo anterior.

Pergunta-se: considerando que o dispositivo prevê sua vigência já a partir da publicação da lei, como ficará a situação dos programas nacionais e estaduais deste ano, já requeridos e deferidos com base na legislação anterior (art.118, parágrafo único), e que estão por ser veiculados no decorrer do semestre em curso? Tais programas deverão se adequar às novas regras, inclusive com diminuição do tempo? Entendemos que não, por isso que os partidos têm direito adquirido, embora a termo, à veiculação dos programas já deferidos com base na legislação anterior. Ademais, alguns partidos já veicularam os dois programas a que tinham direito neste ano com base na legislação ora revogada, o que poderia suscitar, ainda, em prol dos demais partidos, o princípio da igualdade de tratamento.

No segundo período, foi assegurado o acesso gratuito ao rádio e à televisão apenas aos partidos que tenham elegido pelo menos um deputado federal em, no mínimo, cinco Estados e obtido um por cento dos votos apurados no País, com a realização de um programa semestral, em cadeia nacional, com duração de dez minutos, mais a utilização do tempo total de vinte minutos por semestre para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais. O mesmo direito valerá para as redes estaduais onde o partido tenha elegido representantes nas assembléias legislativas e nas câmaras de

vereadores, e obtido, no mínimo, um por cento dos votos apurados na Circunscrição.

Pergunta-se: estas regras transitórias de acesso gratuito aos meios de comunicação prevalecem mesmo para os partidos que já atendam ou venham a atender ao disposto no artigo 13 da nova lei? Ou será que tais partidos já terão assegurados o tempo previsto no art. 49 das disposições permanentes? Numa interpretação literal, tenderíamos a dizer que prevalecem as normas transitórias, uma vez que não há qualquer ressalva nos dispositivos mencionados. No entanto, fazendo-se uma interpretação sistêmica da Lei, que parece ser mais adequado, não se nos afigura lógico que os partidos que já atendam às exigências do corpo permanente da nova lei tenham que se submeter às regras transitórias que objetivam, especialmente, dar tempo aos partidos menores para se adaptarem à nova legislação, bem mais rigorosa, no particular, que a anterior.

Sem ter pretendido, repita-se, esgotar o assunto, é preciso dar tempo a que todos se adaptem à nova legislação sobre os partidos políticos, aguardando, ainda, as instruções que o TSE certamente irá editar em breve, quer sobre a organização e funcionamento dos partidos, quer sobre o acesso gratuito ao rádio e à televisão, quer, finalmente, sobre o fundo partidário.

Com o passar do tempo, as situações concretas do dia-a-dia partidário e as soluções judiciais dos conflitos surgidos servirão para aperfeiçoar a legislação e sua aplicação, propiciando, inclusive, que novas e complementares propostas legais sejam apresentadas e discutidas pelo Congresso Nacional.

Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação

JUAREZ FREITAS

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Sobre o fenômeno da ambigüidade dos textos legais e de sua superação, nos limites do sistema, pela via hermenêutica. 3. O princípio da probidade administrativa e a legitimação passiva dos agentes públicos e dos terceiros beneficiários. 4. Espécies de improbidade administrativa e as sanções correspondentes. 5. As penas de perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, competência e reflexos na esfera administrativa. 6. Das medidas cautelares, da atuação fiscalizatória do cidadão, dos legitimados ativos da ação de improbidade administrativa e derradeiros aspectos. 7. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A história das leis, bem observada, tem sido fértil em atestar que várias disposições draconianas, não raro, assumem tais moldes, consciente ou inconscientemente, para não se deixarem cumprir. Diante de tal fenômeno e de sua recorrência, mister se faz encontrar o antídoto certo numa interpretação moderadora de textos assim drásticos e destemperados, no intuito de alcançar a máxima e razoável observância dos mesmos. Oportuno ter presente a serena e marcante lição de Montesquieu no sentido de evitar que o espírito enfurecido e revoltado faça com que a lei, criada para converter a sociedade, sirva apenas para torná-la mais culpada.[1] Neste prisma, o estudo da Lei nº 8.429/92 representa, inclusive quando se pretende vê-la virtuosa, inegável fonte de perplexidades e desafios para

Juarez Freitas é Professor do Mestrado de Direito da PUC/RS, de Direito Administrativo da UFRGS e da Escola Superior da Magistratura – AJURIS.

[1] Montesquieu in *Lettres Persanes*, Oeuvres Complètes, Paris, Éditions du Seuil, p. 79: "L'esprit humain..., on se révolte avec fureur..., et la Loi, faite pour nous rendre plus justes, ne sert souvent qu'à nous rendre plus coupables."

o aplicador. Trata-se de legislação, não propriamente inédita[2], que introduz, com feições assaz peculiares, uma ação pública quanto ao objeto, a qual acarreta penalidades civis e, ao mesmo tempo, suspensivas do gozo de direitos políticos. Sua natureza reclama, modo agudo, uma visão coerente que opere compenetrada de que não são os silogismos formais os que servem para mitigar a angústia dos bons aplicadores em face dos intrincados dilemas da vida concreta.

Decerto, uma semelhante posição hermenêutica precisa proteger, por inteiro, a ótica da necessidade basilar de contribuir para uma interpretação guiada pela Lei Fundamental[3] e, com a mesma ênfase, há de contribuir para a mais improtelável e fulcral das mudanças no plano das relações administrativas, as quais devem ser firmemente reorientadas pelos princípios. Com efeito, o objeto das relações de administração nada mais há de ser do que a concretização dos princípios constitucionais, de sorte a permitir que o vínculo jurídico se aperfeiçoe pelo plexo dos liames volitivos com a vontade, por assim dizer, pública. Destarte, a relação juspublicista, envolvendo a administração, há de ser repensada com o objetivo de estimular que as nossas organizações coexistam à base do mais pronto reconhecimento de paradigmas éticos, no encalço de um Estado que não colime sufocar o que há de mais elevado e digno no indivíduo, tampouco ceda ao individualismo niilista. Ao mesmo tempo, um Estado no qual a denominada vontade geral não seja o mero fruto de uma abstração similar àquela dos que se resignam a nomenclaturas repletas de abjeções e de vilipêndios contra as nucleares reivindicações da moralidade, solidária e objetivamente partilhável.

Na senda de tornar factível a concretização principiológica através da inteligência comedida do diploma em apreço, arrole-se, de plano e desde logo, uma série de asserções eminentemente ilustrativas do preconizado neste estudo:

(a) o juiz, com firmeza de ânimo e espírito de moderação, deve considerar, com extrema acuidade, a "extensão do dano" e o "proveito patrimonial do agente" (art. 12, parágrafo único), motivo pelo qual, em especiais circunstâncias, pode e precisa determinar a aplicação, de modo parcelar, das penalidades retributivas, desde que tal postura brote do intuito fundamentado de robustecer o princípio, cuja concreção é o desiderato normativo;

(b) com igual firmeza de ânimo, contudo, em se comprovando a improbidade administrativa que acarreta enriquecimento ilícito (art. 9º), por sua nota de irretorquível e gravíssima hostilidade ao interesse público, deve o julgador aplicar, na íntegra, as sanções cabíveis, assim como elencadas no art. 12, I;

(c) nada obstante a dicção literal, considera-se facultativo o litisconsórcio da pessoa jurídica prejudicada (art. 17, §3º) à vista inclusive da partícula disjuntiva presente no *caput* da mesma sorte que, para além da literalidade, resulta inegável cuidar-se de arresto, não de seqüestro, no art. 16, impondo-se, pois, os devidos cuidados no processamento;

(d) as comunicações relativas às múltiplas espécies de improbidade administrativa não se devem aplicar aos agentes que tenham condutas culposas leves ou levíssimas, exatamente em função do *telos* em pauta e por não se configurar a improbidade, nestas situações,

[2] Cícero in *De Officiis*. Oeuvres Complètes. Paris: Librairie de Firminn-Didot et Cie, 1927, v. IV, p. 483, dá notícia de que a primeira lei com o desiderato de coibir delitos ligados à improbidade dos administradores públicos – *lex de repetundis* – deve-se aos esforços de L. Calpurnio Pisone, tribuno da plebe em 149 a. C. Em virtude desta lei, os administradores desonestos restaram compelidos a ressarcir os danos ao erário. Não logrando, contudo, frear a rapacidade arraigada e consuetudinária, outras leis, destacando-se *Lege Julia*, foram editadas, prevendo novas e drásticas penalidades, tais como a devolução em quádruplo dos prejuízos, o exílio, bem assim a perda dos direitos civis. É o que se recolhe da leitura das fontes do Direito Romano: Digesto, Livro XLVIII, Título XI e XIII; Código de Justiniano, Livro IX, Título XXVI, XXVII e XXVIII. Sobre a contribuição romana, vide, ainda, Théodore Mommsen in *Manuel des Antiquités Romaines*. Paris: Ernest Thorin, 1892. p. 382-394. William Blackstone, em seus *Commentaries on the Laws of England*. Chicago & London. The University of Chicago Press, 1979, v. IV, p. 121, ao enfrentar o tema "Of Public Wrongs", também apresenta precedentes interessantes, além de fazer alusão ao impulso pioneiro recebido do Direito Romano.

[3] A interpretação guiada pela Lei Fundamental é preceito valiosíssimo para o intérprete maduro, que não se confunde com a regra da interpretação conforme a Constituição. A propósito desta última, vide Volker Haak in *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters*. Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1963; MangoldtKlein-Starck in *Das Bonner Grundgesetz*. München: Verlag Franz Vahlen, 1985, p. 141-144.

sequer por violação aos princípios, sendo de grifar que a preservação do sistema jurídico não se coaduna com excessos de qualquer matiz;

(e) em rigor, aconselha-se não cogitar de inversão do ônus da prova em face da situação descrita no art. 9º, VII, a qual deve ser entendida como simples exigência de que determinada prova seja vista como suficiente para o enquadramento do agente no tipo descrito;

(f) a figura do dano moral precisa ter os seus contornos melhor definidos e objetivados, sendo, no entanto, indubitavelmente, dela que se cogita nas hipóteses ilustrativas do art. 11;

(g) a regra de que a perda da função pública, por improbidade, sucede com o trânsito em julgado da sentença condenatória, não exclui a possibilidade de resultar tal perda do adequado procedimento administrativo, exceto em relação aos vitalícios;

(h) sugere-se que a multa civil, potencialmente de elevada monta, sirva como sucedâneo reparatório do dano especificamente moral, mormente nos casos envolvendo a terceira espécie de improbidade;

(i) à diferença do que sucede com a imprescritível ação de ressarcimento por danos materiais ao erário, nos termos do art. 37, § 5º, da Carta Política, cumpre notar que a matéria comporta sutis distinções, significando que a reparação por dano especificamente moral precisa ser pleiteada com a estrita observância dos prazos prescricionais do art. 23, I e II.

Tais e outras soluções, a serem lançadas para resolver os embaraços deste diploma de pronunciados reflexos em termos doutrinários e empíricos[4], fazem, de imediato, recomendável ressaltar que se empresta uma função decisiva à interpretação sistemática do Direito, sobremodo quando se pretende cominar sanções justas e ponderadas[5], diversas das penalizações ortodoxas (raras vezes, aliás, aplicadas contra os grandes infratores). Acresce a tudo isso que, em se tratando de evitar ou de coibir a prática reiterada do dano moral contra o Estado Democrático, impõe-se, por todos os motivos, fazê-lo de modo ética e juridicamente irretocável.

Eis o propósito exegético. Almejando cumpri-lo, sempre sem olvidar a eleição da premissa maior de que a má-fé jamais se presume, em paralelo com a de que não se deve considerar o agente público objetivamente responsável em nosso sistema, passar-se-á, doravante, a enfrentar o plexo de assuntos mais relevantes a respeito da ação civil de improbidade administrativa, cujo advento brotou da incontornável determinação do art. 37, § 4º, do Estatuto Fundamental.

2. Sobre o fenômeno da ambigüidade dos textos legais e de sua superação, nos limites do sistema, pela via hermenêutica

Para melhor desenvolver a exegese dos referidos aspectos relevantes da Lei da Improbidade, urge tecer esclarecimentos prévios sobre o pano de fundo da norma a ser interpretada. Para tanto, imperiosa se mostra a nítida consciência do fenômeno legislativo, consistente na inoculação de ambigüidades nos textos legais, em maior ou menor escala, dependendo da complexidade do modelo representativo. Conjugado a este fenômeno, encontra-se o da freqüente e inflacionada aprovação de textos feitos mais para constar, ou seja, a introdução de normas nascidas sob a égide de um congênito ceticismo dos seus próprios elaboradores. Somados, os fenômenos em tela são mananciais de ambigüidades exacerbadas, cujas origens não devem ser olvidadas pelo aplicador maduro.

Repousam, neste contexto, os fatores por que exsurgem dispositivos francamente contraditórios, quando lidos a partir de um enfoque desapaixonado e científico, pois no processo mesmo da produção normativa, como condição até de sua exitosa tramitação, várias antinomias e dubiedades foram sendo inseridas para viabilizar que grupos rigorosamente rivais votassem em uníssono. Por certo, sem excluir as falhas causadas por deficiências propriamente jurídicas, tanto mais se acentuam os referidos fenômenos quanto menos impregnada de translucidez estiver uma dada máquina de produção legislativa.

De tal maneira, sobre serem os comandos normativos – todos – dotados de inarredável pluralidade e indeterminação de significados, o

[4] Para repensar a natureza da relação jurídico-administrativa, vide meu *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 9-30.

[5] Para uma abordagem da ponderação como metodologia apta a desenvolver o Direito, vide Karl Larenz in *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Heidelberg, Berlin: Springer-Verlag, 1983, parte II, capítulo V. Já para fixar um apanhado dos diversos entendimentos acerca do dever de justa ponderação dos interesses, vide Antônio Francisco de Sousa in *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 134-145.

legislador, insistentes vezes, utiliza a polissemia como técnica para converter em realidade a norma, extraindo-a, impura, da arena dos interesses conflitantes. Claro está que a fenomenologia descrita comporta múltiplas angulações, algumas desfavoráveis e outras que surpreendem o lado benigno trazido pelo acento da flexibilização. Entretanto, antes de se formularem ambos aspectos, convém que o intérprete sublinhe para si: a ambigüidade, desde sempre, na técnica legislativa, converte-se em instrumento de negociação, ainda que tal prática prossiga sem maiores explicitações e com os inconvenientes que daí advêm.

Em aparente paradoxo, no que tange à flexibilidade na sua aplicação, um texto de ambigüidade potenciada, quanto mais indeterminado e impreciso for, maiores reclamos suscitará para que, pela via interpretativa, resulte adaptado às realidades novas e, em razão disso, menores apresentar-se-ão os riscos de minar a credibilidade do sistema jurídico em suas conexões. Dito de outra forma, o legislador permite, pelo excesso de ambigüidades, nem sempre a contragosto, uma sensível abertura à razoabilidade do intérprete para dar cobro às antinomias, às incongruências ou para desfazer nebulosas terminológicas e nominais, assim como para afirmar os conteúdos orientados a granjear a adesão do maior número de interessados no êxito do princípio e da norma que surge para lhe conferir a inadiável concretude.

A contrapartida desvantajosa está em que parcelas dos interesses em jogo, que se deixam acomodar pela ambigüidade, podem estar compostas de inimigos não-declarados da efetividade dos princípios. Anseiam por deixar frestas entre as quais possam ser escamoteadas teleologias superiores. Em outras ocasiões, desejam aprovar um determinado comando para lograr obter este ou aquele proveito particularista sem imprimir à norma a universalização de sua eficácia, apostando na retórica do inatingível e do draconiano estéril[6] .

Em razão disso, as características de generalidade e de imantação normativa pelo interesse público – sem as quais a lei nunca seria reconhecida como tal – restam, em boa medida, obnubiladas quando se dá a imposição de uma dose excessiva de ambigüidade, por meio de forças políticas contraditórias, vocacionadas, por definição, para hegemonias tópicas e conjunturais. Nestes moldes, a prescrição legislativa costuma vir a lume sob o signo da dubiedade quanto a seus fins maiores, o que representa uma distorção a ser, precipuamente, evitada e coibida no âmbito do Parlamento, eis que bem mais nociva do que aquela oriunda de involuntárias deficiências técnicas, as quais apenas traem a incompreensão sistemática do ordenamento jurídico.

Portanto, a clareza e a coerência teleológica, assim como o completo acatamento dos princípios superiores, tais como o da probidade administrativa, seguem paradigmas irrenunciáveis de avaliação da qualidade etiológica e interpretativa da norma ou do sistema de normas, de princípios e de valores, devidamente hierarquizados. Ora, não parece fugir à regra a lei em comento. Destarte, em face das numerosas aporias que residem na Lei nº 8.429/92, em especial as resultantes, a um só tempo, dos fenômenos da ambigüidade exacerbada e do ceticismo originário, cumpre resolver a matéria em favor da plausibilidade, da coerência e da efetividade, do mesmo modo pelo qual se devem enfrentar os fenômenos do lapso, do erro e das contradições por falhas de técnica jurídica. Vale dizer, realizando uma aplicação sistematizante[7], naturalmente respeitados os limites impostos pelo próprio sistema, sem nunca decidir *contra legem*, senão que a favor do Direito.

Perante as antinomias, não se constata situação de impotência – embora tão-só *de lege ferenda* possam ser equacionados determinados aspectos – porquanto, para combater o eventual déficit de racionalidade dialógica do texto legal demasiado ambíguo, instado se encontra o intérprete a supri-lo com a racionalidade indispensável à preservação do Direito como efetivo sistema axiológico. Por certo, o que não se deve jamais é permitir o abandono

[6] Montesquieu in *De L'Esprit des Lois,* Oeuvres Complètes, Paris, Éditions du Seuil, 1964, p. 749-755, fixa algumas regras das quais não se deveria o legislador afastar na importante tarefa de elaborar as leis. Tendo em vista o tema da necessária moderação, assumem especial relevo as seguintes: 1. "l'esprit de modération doit être celui du législateur; le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites"; 2. "dans les lois il faut raisonner de la réalité à la réalité, et non pas de la réalité à la figure, ou de la figure à la réalité"; 3. "il faut dans les lois une certaine candeur. Faites pour punir la méchanceté des hommes, elles doivent avoir elles-mêmes la plus grande innocence".

[7] Sobre a função sistematizante do processo hermenêutico, vide meu *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, especialmente p. 50-52 e 178.

do ideal, ao menos regulador, de ver reduzidos ao mínimo, quando não elididos, os fenômenos da ambigüidade sem limites e da originária descrença ou indiferença quanto à execução das leis, pois a coerência e a efetividade, sobremaneira no plano dos princípios, conquanto impossíveis de se atingir de modo absoluto – o que torna constantes e ineliminâveis as tarefas de interpretar e de promover aprimoramentos legislativos –, são metas que não podem ser descuradas no fazer hermenêutico lúcido e fiel à juridicidade. A abdicação de semelhante ideal acarretaria uma inaceitável, para o verdadeiro jurista, falta de compromisso com a interpretação firme, sólida e consistente do Direito Positivado. Poderia também implicar, o que seria idêntico equívoco de fundo, adesão a posturas cegas e unilaterais ou a posições destituídas de qualquer legitimidade, eis que desvinculadas dos critérios.

Para além das ideologias, por conseguinte, o saneamento hermenêutico, desde que observadas as fronteiras do sistema, representa, na perspectiva agasalhada, o préstimo mais nobre e irrenunciável da exegese, ainda que não se possa traduzi-lo como garantia plena de um Direito unitário e coerente. Em suma, faz-se necessário interpretar a Lei da Improbidade à base da inteligência conducente à verdadeira efetivação do princípio em pauta, obrando por sua máxima afirmação, no afã de contribuir, com realismo, para o evolver satisfatório da ciência jurídica e do Direito constituído. Trata-se daquele mínimo que se deve esperar dos aplicadores e dos intérpretes animados pela expectativa de vitória do melhor Direito, entendendo-o como rede axiológica e hierarquizada que depende do intérprete para, evitando ou superando as antinomias, experimentar o máximo cumprimento dos princípios supremos, avultando entre os quais o da probidade administrativa.

3. O PRINCÍPIO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEGITIMAÇÃO PASSIVA DOS AGENTES PÚBLICOS E DOS TERCEIROS BENEFICIÁRIOS

Associado ao juridicamente autônomo princípio da moralidade positiva – mais especificação do que qualificação subsidiária daquele –, o princípio da probidade administrativa consiste na proibição de atos desonestos ou desleais para com a administração pública, praticados por agentes seus ou terceiros, com os mecanismos sancionatórios inscritos na Lei nº 8.429/92, que exigem aplicação cercada das devidas cautelas para não transporem os limites finalísticos traçados pelo ordenamento. Sob a ótica da lei, ainda quando não se verifique o enriquecimento ilícito ou o dano material, a violação do princípio da moralidade pode e deve ser considerada, por si só, apta para caracterizar a ofensa ao subprincípio da probidade administrativa, na senda correta de perceber que o constituinte quis coibir a lesividade à moral positivada, em si mesma, inclusive naqueles casos em que não se vislumbram, incontrovertidos, os danos materiais.

De outra parte, numa adequada e percuciente intelecção, em especial do art. 11 do diploma em exame, não se devem aplicar as sanções cominadas às condutas culposas leves ou levíssimas, exatamente em função do *telos* em pauta e por não se evidenciar, em situações semelhantes, a improbidade, sequer por violação aos princípios. Postula-se, mais do que coibir o dano material, inibir a infringência, por si mesma nefasta, do princípio da moralidade, seja pelo agente público ou por terceiro, punindo-os com a imposição de penalidades severas, incompatíveis com a culpa leve ou levíssima.

Além disso, note-se que nada impede que a aludida afronta seja perpetrada pela via oblíqua, não apenas virtual, da infringência dos demais princípios regentes da administração pública. Em sentido correlacionado, aliás, poder-se-ia invocar o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela Lei nº 8.884/94, ao admitir, sem prejuízo da ação popular, o cabimento de ações de responsabilidade por danos morais – além dos patrimoniais –, causados ao consumidor (neste caso, apenas interessando, na analogia, o tangente a serviços públicos remunerados à base de preços públicos), ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração à ordem econômica e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Assentada a escolha de mais esta premissa, consoante a qual, de modo precípuo, exige-se a reparação, não apenas do dano material, senão que do dano moral, imperativo adotá-la no rumo das melhores soluções para os impasses diante da normatização do princípio em estudo. Reafirma-se, cristalina, a posição teleológica assumida: é imprescindível, para a aplicação das penalidades e para que a ação seja catalogável como a de um ímprobo, que se caracterize o destoamento nítido e manifesto da moralidade e não mera ameaça [8].

[8] Em sentido diverso : a ameaça à moralidade já parece punível a outros, como parece ser o caso, por exemplo, de Lorde Devlin in *The enforcement of morals*. Oxford University, 1959, p. 13.

A partir daí, pode ser reelaborada a noção conceitual do princípio da probidade administrativa, vendo-o como aquele que veda a violação de qualquer um dos princípios, independentemente da caracterização de dano material, desde que tal violação se mostre causadora concomitante de um dano mensurável, num certo horizonte histórico, à moralidade administrativa, prejuízo este a ser aferido por critérios que não devem descansar suas raízes em juízos preordenados pela vindita ou por outros impulsos menos nobres, recomendando-se, ainda uma vez, a atitude ponderada dos que não abusam da coercitividade, nunca admitindo transitar além dos limites traçados pela preservação da harmonia e da justiça numa sociedade livre, simultaneamente sem escorregar para subjetivismos contingentes[9].

Neste diapasão, pratica a improbidade qualquer agente público, consoante a dicção elástica do art. 2º, servidor ou não (inclusive os agentes políticos em geral, os contratados por tempo determinado ou temporários e os celetistas), que atentar contra as pautas morais básicas – abrangendo as relacionadas ao princípio conexo da boa-fé nos atos e nos contratos públicos –, da administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes e das várias entidades políticas, bem como de empresa incorporada ao patrimônio público e de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com qualquer valor, não se coadunando com o espírito da Constituição a exigência de "mais da metade do patrimônio ou da receita anual" (nos termos do art. 1º da Lei nº 8.429/92). Percorrendo a mesma linha de raciocínio que indica inaceitável, diante da Carta Fundamental vigente, em sede de ação popular, acolher as restrições colimadas pelo art. 1º da Lei nº 4.717/65, por não-recepcionadas, imperativo, por igual, sustentar que, onde houver a presença de recursos públicos, no manejo dos mesmos sempre se poderá verificar a improbidade, sem embargo de render ensejo, noutro contexto processual, à anulação do ato lesivo.

Curiosamente, ademais, já se encontram sujeitos às sanções da Lei da Improbidade os atos praticados contra o patrimônio de entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação o erário haja participado com menos da metade do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestas situações, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dada pelo poder público (art. 1º, parágrafo único). Ora, a "extensão do dano" sempre deverá ser levada em consideração, não apenas ao fixar, senão que ao escolher as penalidades (art. 12, parágrafo único). Sem sentido, portanto, a distinção supostamente pretendida no citado parágrafo único.

A fortiori, a Lei Maior exige que se interpretem os comandos em tela em harmonia plena com a abrangência dada por seu art. 70, parágrafo único, que determina a prestação de contas de qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações pecuniárias. Urge, pois, por força do sistema, abarcar, desde logo, no conceito ampliado de agente público, a pessoa física aí descrita, desde que, está claro, entreteça qualquer vínculo jurídico, ainda o mais tênue, com a administração. Se tal não suceder, ao menos enquadrar-se-á na hipótese inscrita no art. 3º, relativa a outros que não os agentes públicos, indutores ou concorrentes para os indigitados atos ou deles beneficiários.

Nesta categoria, entretanto, não poderiam ser inseridos no rol dos violadores do princípio da probidade administrativa os que, *v.g.*, cometem o delito de tráfico de influência (tipificado com extrema imprecisão pela Lei nº 9.127/95), desde que, no máximo, insinuem ou aleguem que a vantagem seria também destinada ao servidor, sem induzir propriamente a prática do ato censurável. Reitere-se, com esta ressalva, que mesmo àqueles que não se enquadrarem no conceito latíssimo de agente público aplicar-se-á o comando endereçado aos terceiros que induzem ou colaboram para a prática da improbidade. Nestes termos, a intelecção proposta robustece, de maneira sensível, a possibilidade de punir com a suspensão dos direitos políticos, a par da cominação civil, todos quantos cometerem atos reprováveis em face da moralidade positiva.

[9] Inteira pertinência guarda a observação de John Rawls in *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 475: "Once a morality of principles is accepted, however, moral attitudes are no longer connected solcly with the well-being and approval of particular individuals and groups, but are shaped by a conception of right chosen irrespective of these contigencies."

4. Espécies de improbidade administrativa e as sanções correspondentes

Frise-se que a improbidade administrativa é uma das hipóteses constitucionais de suspensão dos direitos políticos, ao lado do cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, incapacidade civil absoluta, condenação criminal também definitiva e recusa de cumprir obrigação imposta a todos ou prestação alternativa (CF, art. 15). Em qualquer caso, a suspensão do gozo de direitos políticos é medida de extraordinária severidade, que implica, entre outros efeitos, ao lado da inelegibilidade e do cerceamento do direito de voto, a proibição de se filiar a partido político e a não-investidura em cargo público, além da questionável falta de legitimidade para intentar a ação constitucional popular. Quanto a este último efeito, assinale-se que a legislação de regência deveria ser revista, pois – este será objeto de outro estudo – o instituto da cidadania não se exaure no gozo dos direitos políticos.

Especificamente para reprimir o cometimento da improbidade administrativa, a Lei Maior estabelece, em traços não-taxativos – remetendo à forma e à gradação estabelecidas na legislação ordinária, e sem prejuízo da ação penal –, aquelas que devem ser as principais sanções, quais sejam, a suspensão da fruição dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o imprescritível ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º). Vai daí que a natureza da ação em análise há de ser tida como singularíssima e independente das esferas penal e administrativa, inclusive considerando a aparente e bizarra exceção em relação à última, a qual será oportunamente comentada, tendo em vista o disposto no art. 20 da Lei da Improbidade.

No atual modelo, múltiplas se apresentam as espécies de improbidade administrativa, embora separadas, às vezes, por tênues linhas demarcatórias. Observe-se que nem todos os atos deste jaez haverão de ser necessariamente classificáveis na rubrica de administrativos, sendo suficiente que se mostrem práticas infratoras da probidade. Posto isto, a primeira modalidade concerne aos atos que importam enriquecimento ilícito por ter o sujeito (agente público em especial) auferido qualquer tipo de vantagem indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função ou emprego, ou atividade pública, no sentido amplo (art. 9º). Com o fito ilustrativo e para figurar situação desta primeira – gravíssima – modalidade, convém averbar o ato de aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público[10] (art. 9º, VIII), logicamente presumindo, apesar da imperfeita redação da norma em apreço, o nexo do prejuízo à administração e o conseqüente enriquecimento ilícito, pois mesmo que resulte, sem o menor sofisma, proibida a mencionada aceitação, o descumprimento de tal vedação não se apresenta capaz, por si só, de implicar a improbidade administrativa desta espécie.

Exame que merece maior detença é o relativo ao ato de improbidade por enriquecimento ilícito, que consiste em adquirir, para si ou para outrem, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente (art. 9º, VII). Em semelhante contexto, não se deve imaginar uma inversão do ônus da prova – embora a mesma tenha quase figurado na última formatação do texto normativo –, porém de mera consideração legal de que se mostra suficiente, não-presumível, a prova da ausência de origem para tornar ilícita a renda assim obtida, sobretudo levando-se em conta a transparência advinda do regime publicista de trabalho daqueles que lidam com a coisa pública. Reitere-se: a rigor, não se deveria identificar, na situação prevista no art. 9º, VII, uma inversão do ônus da prova, dado que não se deve esgrimir com a responsabilidade objetiva do agente público. Trata-se tão-só de produzir simples prova da aventada desconformidade para que se torne viável o enquadramento do agente no tipo descrito.

Incontestavelmente, aquele que intentar a ação terá de se basear, *v.g.*, na declaração de bens e não alegar, sem solidez ou pelo só gosto de testilha, a inexistência de origem ou incertos e brumosos sinais exteriores de riqueza desmedida. Como regra, não se admite, em nosso sistema, a culpa presumida, já que a formação da prova carece de esforço consistente, mais do que de duvidosas e frágeis ilações. Com efeito, nos termos da Lei nº 8.730/93, não por acaso, corroborou-se a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções públicas, sendo que o art.

[10] Em face da atualidade de tal hipótese, convém rememorar J. J. Rousseau in *Du Contrat Social.* Oeuvres Complètes. Paris: Éditions du Seuil, 1971, p. 544: "Rien n'est plus dangereux que l'influence des intérêts privés dans les affaires publiques..."

13 da Lei da Improbidade cuidou, com maior amplitude (vide §1º), de estabelecer tal exigência, preceituando que a posse e o exercício do agente ficam condicionados – sob pena de não se permitir aquela ou de ser aplicada a pena demissória – à apresentação da declaração, anualmente atualizada, dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, com a meta de, por sério e probo cotejo, verificar, com objetividade, se ocorreu variação patrimonial desenraizada e denunciadora de repudiável enriquecimento ilícito, eis que inocorrente a origem válida.

Pelo exposto, imperioso que o ônus da prova não se perceba como invertido, neste como em todos os casos de improbidade, sequer em relação aos atos de improbidade que afetem direitos do usuário de serviços públicos (registre-se que a proteção de tais relações de consumo radica-se sobretudo no art. 22 da Lei nº 8.078/90). De um modo geral, o agente público que, por desonestidade, desrespeitar os direitos do usuário de serviços públicos irromperá contra a moralidade administrativa, sendo, contudo, incumbência do autor a efetuação da prova no tocante à prática omissiva ou comissiva do agente, pois a responsabilidade extracontratual objetiva aplica-se, nestes casos, apenas às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público.

Acresce que é regra áurea de hermenêutica que se deve interpretar, nos limites do sistema, invariavelmente deixando-se guiar pela Lei Fundamental e pela observância do princípio da concordância prática[11] . O reverso desta leitura poderia ensejar resultado suspeito de inconstitucionalidade ao introduzir uma figura de responsabilidade não-versada, nem pretendida, no texto do art. 37, § 6º, da Lei Maior. De outro ângulo, tampouco se mostra aflorável a hipótese do art. 334 do CPC, consoante o qual não dependem de prova os fatos notórios ou em cujo favor militaria uma presunção legal de existência ou veracidade, eis que não se cuida de nenhuma das situações ali enfocadas.

Outro aspecto digno de nota: as sanções não reclamam sempre a aplicação conjunta, até para que se alcance a moderação pretendida, apta a escoimar do texto legal o seu vezo draconiano. Entretanto, para não desprestigiar o sistema jurídico, em se defrontando o julgador com enriquecimento ilícito – a mais torpe das espécies de improbidade administrativa –, deve sempre, tendo em vista o alto apreço teleológico pelo princípio normativado, aplicar as sanções na sua totalidade.

Inversamente, no que diz com as outras espécies, não se trata de cominações que se devam considerar em moldes inflexíveis e rígidos, notada e destacadamente quando relacionadas a atos de improbidade por violação aos princípios. Dito sem nenhum titubeio: por excepcionalidade, as sanções devem ser aplicadas isoladamente, sendo que fazê-lo, diante de atos de menor expressão, somente revela a salutar compreensão de que a lógica jurídica não se circunscreve a silogismos formais nem se destina a soluções traduzíveis em extremos, sob pena de, na prática, redundar triunfante o nada da espúria antijuridicidade ou da ausência de concreção do elevado princípio em análise[12].

Outorga-se, por meio da exegese formulada, ao se admitir a aplicação isolada das penalidades, exceto nos casos do art. 9º, uma abrangente resposta interpretativa à dicção do parágrafo único do art. 12, ou seja, a melhor teleologicamente orientada, sem cair no mero retributivismo destituído do senso de justiça[13]. É dizer, na mediação fixadora das penas, o juiz levará em conta a extensão do dano, assim como o proveito patrimonial logrado pelo agente, não apenas para dosar as penalidades, senão que

[11] Com relação ao princípio da concordância prática (Prinzip praktischer konkordanz), diz Konrad Hesse in *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller Juristicher Verlag, 1978, p. 28: "os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo na solução do problema que todos conservem sua entidade" ("verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, dass jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt").

[12] No mesmo sentido de afastar a aplicação obrigatória das penas em conjunto, vide Marcelo Figueiredo in *Probidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 67-68, em valiosos e pioneiros comentários. A única diferença em relação ao ora preconizado reside em que aqui se sustenta, em relação exclusivamente à espécie de improbidade acompanhada de enriquecimento ilícito, a compulsoriedade e a conveniência da aplicação das cominações legais em sua totalidade.

[13] Neste passo, assiste razão a Herbert Hart ao criticar as simplificações dos postulados retributivistas in *Law, Liberty and Morality.* Oxford University Press, 1968, sustentando que a moralidade não deve ser acatada apenas pelo temor, ainda que exagere na distinção entre as esferas do público e do privado.

para elegê-las. Tal senda hermenêutica resulta a mais propícia à aplicação atenta às finalidades eticizantes inerentes ao diploma legal, através da contemplação das circunstâncias objetivas e subjetivas, agravantes e atenuantes, da ação ou omissão reprovável, em sintonia com o prudente meio-termo aristotélico[14] e a cautelosa fruição da prerrogativa de apreciar o caso, zelando pela não instauração dos excessos. Ademais, como preceituava Cícero, força é cuidar para que a pena não seja maior do que a culpa[15] .

Sublinhe-se que, para a modalidade que acarreta enriquecimento ilícito, as sanções precisam ser aplicadas, de modo global, em função da gravidade do ato praticado. Ei-las: a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (mister perceber que não se trata de mero efeito da condenação, como na seara penal), ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, mesmo que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos (art. 12, I).

Observe-se, quanto à proibição de contratar, que tal penalidade poderia, à primeira e enganosa impressão, transcender à imposta pela declaração de inidoneidade, contida na Lei de Licitações (art. 87, IV), contudo ali se diz "enquanto perdurarem os motivos" determinantes. Destarte, a leitura conjugada faz ver que os sobreditos motivos haverão de prosseguir, em se cristalizando, na inexecução total ou parcial do contrato, qualquer ato de improbidade administrativa, nos moldes ora delimitados, assim como os concernentes às demais espécies. Ainda a respeito, bem de ver que não se deve confundir a penalidade aventada com aquela constante no art. 70 da Lei nº 9.100/95, segundo a qual a pessoa jurídica que infringir a legislação eleitoral restará impedida de participar de licitações e de celebrar contratos com o poder público pelo período de cinco anos, porquanto aí se trata de determinação específica da Justiça Eleitoral. De outra parte, impende observar que não subsiste qualquer dificuldade para aplicar a sobredita sanção à pessoa jurídica em razão da improbidade administrativa, fazendo-se desnecessário invocar, com o sinal invertido, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Cristaliza-se não uma extensão da sanção, mas a simultânea penalização da empresa que prestigiou ou contribuiu para que se consumasse o ato de improbidade. Não se cuida, pois, de transferência da pena, corretamente vedada pelo sistema constitucional.

A segunda espécie é a relativa aos atos de improbidade que resultam prejudiciais ao erário, vale dizer, quando o sujeito, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, suscita perda patrimonial, desvio, malbaratamento por desaviso e negligência ou dilapidação dos bens ou haveres públicos (art. 10). Deveras, a avaliação do grau de culpa há de, outra vez, tomar em consideração a extensão do dano, desconsiderando-se a culpa leve ou levíssima. Em outras palavras, urge ver preservada a simétrica compatibilidade das eventuais sanções aplicadas com o ato ou omissão em foco, sob pena de injustiças inaceitáveis e irremissíveis, numa afronta manifesta ao próprio princípio da moralidade, vinculado à idéia de proporção, cujo prestígio, por fortuna, a pouco e pouco, parece estar crescendo em nosso ambiente jurisdicional.

De qualquer sorte, as sanções prosseguem drásticas, mormente se e quando enfeixadas numa totalidade, conquanto já não tão severas quanto as comin——veis para os atos da primeira espécie: além do ressarcimento integral do dano (incluindo também a reparação pelo dano moral), sujeita-se o desonesto causador de prejuízo à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, ao pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e à proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios, diretamente ou por via oblíqua, pelo prazo de cinco anos (art. 12, II). Ora, por evidente lapso, cogitou a lei de aplicar a perda dos bens ou valores acrescidos, de maneira ilícita, ao patrimônio. É bem de observar

[14] Sobre o tema da prudente escolha do caminho do meio, vide Aristóteles in *Éthique a Nicomaque*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1972, p. 87-118. Ainda sobre o assunto, vide W.K.C. Guthrie in *A History of Greek Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981, v. VI, p. 345; Sir David Ross in *Aristotle*. London: Methueu & Co. Ltd., 1983 e Eduardo García Máynez in *Doctrina Aristotélica de la Justicia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1973.

[15] Cícero in *ob. cit*., p. 446: "ne maior poena quam culpa sit"; de sua vez, Aristóteles in *ob. cit.*, p. 228: "Le juste est, par suite, une sorte de proportion".

que se tal sucedesse, em boa técnica, estar-se-ia, indisputavelmente, perante ato de improbidade da primeira espécie, cumprindo que o intérprete não se impressione com a pequena confusão redacional patrocinada pelo dispositivo. Afinal, a interpretação jurídica há de ser sistemática ou não merece o designativo de interpretação[16] .

A seu turno, a terceira espécie ou acepção de improbidade causa estranheza apenas aos que ainda não desvendaram a estrutura, não apenas normativa, mas principiológica do sistema jurídico. Na melhor visada técnica, a infringência de um princípio acarreta a afronta, em graus diversos, dos demais princípios, em face da natural correlação dos mesmos e do fato de que os seus conteúdos se nutrem e se constituem, respectiva e mutuamente. De fato, tudo repercute em tudo na esfera jurídica, com variações de grau.

A espécie em comento é a dos atos de improbidade que atentam contra os princípios reitores da administração pública, seja por ação ou por omissão, transgredindo os deveres de retidão e lealdade ao interesse público. Em técnica redacional duvidosa, uma vez que o princípio da moralidade experimenta autonomia relativa em nosso sistema, a lei enquadrou neste tipo de improbidade o ato violador da legalidade, embaralhando, ao menos para a primeira abordagem, os princípios em pauta (art.11, *caput*). Nada disso sucede, no entanto, se bem sopesada a releitura. Apesar de a dicção literal do comando não ser, de fato, das mais felizes, o que parece plausível dele inferir é que, entretecidos os inegáveis nexos entre os princípios (moralidade e legalidade), o cometimento de uma irregularidade acompanhada pela marca indelével da desonestidade do agente ou da deslealdade para com o poder público implica, em suficiente grau, a violação do princípio da probidade administrativa. Naturalmente, idêntico raciocínio se pode operar em relação aos demais princípios, o que empresta significado e tom inteligível ao disposto no art. 4º da Lei da Improbidade, o qual, num primeiro vislumbre, soaria inócuo.

Neste quadro, a hipótese, de caráter exemplificativo, inscrita no art.11, VI, é a que melhor ilustra a quebra do princípio da probidade, nos moldes delineados para esta espécie. Trata-se de revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da veiculação oficial, teor de medida política ou econômica. Efetivamente, pode suceder de não haver o enriquecimento ilícito – ou se tornar inviável *in casu* a sua prova –, assim como inexistir qualquer dano material ao erário; entretanto se o princípio da impessoalidade restar violado e, via de conseqüência, afetar a moralidade, por extensão resultará agredido o subprincípio da probidade. Nesta ordem de considerações, ratifique-se a idéia-chave de que os princípios sempre irradiam efeitos, embora em intensidades diversas, uns sobre os outros. A infringência de um princípio, sob determinados aspectos, acarreta a debilitação do sistema geral, conquanto se mostre cogente verificar, na casuística, a intensidade obtida, para, então sim, identificar o acontecimento da espécie em tela.

No que tange às penalidades, figuram a reparação do dano especificamente moral, que se deve considerar já sancionado pela aplicação da multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, além da perda da função pública, da suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos e da proibição de contratar com o poder público, assim como de receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de três anos (art. 12, III). Recorde-se, bem a calhar, que a ofensa à probidade administrativa encontra punição no diploma em comento, de forma independente da ocorrência de dano material e da aprovação ou rejeição das contas pelos instrumentos de controle externo e interno (art.21). Decerto, em se consubstanciando o dano material ao erário sem o simultâneo enriquecimento ilícito, estar-se-á perante a segunda espécie de improbidade. Por conseguinte, ao referir a penalidade de ressarcimento integral do "dano, se houver" no art. 12, III, novamente a dicção literal da lei parece não combinar com a arquitetura intra-sistemática engendrada, salvo se se interpretar o dano mencionado nos termos aqui propostos, ou seja, como dano de natureza moral estrita e reparado pela simples aplicação da multa.

Eis, pois, o que parece acertado fazer, sempre convindo recordar que linguagem legal, quando arrevesada e vertida de forma incongruente, vale menos do que a imperativa visão finalística e atual do sistema. O que se pretendeu prescrever – ao menos na visão que melhor se coaduna com a própria *voluntas legis* – é que, para efetuar a reparação indenizatória dimanante da espécie elencada no art. 11, lançar-se-á mão do expediente da multa para punir

[16] Vide meu *A Interpretação Sistemática do Direito, ob. cit.*, p. 49 e 142.

o dano imaterial. Como interessante corolário da exegese sustentada, o ato de improbidade de qualquer das espécies sempre poderá acarretar algum dano, ao menos de conteúdo moral, mas certo deve resultar que a multa civil, potencialmente de elevada monta, reúne forças mais do que razoáveis para assumir o lugar deste "ressarcimento" por dano moral, cumprindo perceber que a matéria comporta sutis distinções, por seus efeitos no tocante à prescrição.

Em sendo assim, força é admitir a reparação circunscrita ao dano moral impingido à sociedade, por intermédio da multa civil. Trata-se de inovação expressiva, apesar de, há muito, a via contrária ser aceita com extrema naturalidade. Na perspectiva hermenêutica advogada, significa, enfim, que a reparação por danos morais há de ser pleiteada dentro dos prazos prescricionais estatuídos pelo art. 23, I e II, da Lei da Improbidade, ao passo que tão-só a ação de ressarcimento por danos materiais ao erário mostrar-se-á imprescritível, *ex vi* do art. 37, § 5º, da Carta Fundamental.

5. As penas de perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, competência e reflexos na esfera administrativa

Observe-se que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos apenas se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20). No pertinente à suspensão dos direitos políticos, sobreleva assinalar que a mesma não tem o condão de deslocar a competência do julgamento de tais ações, que segue, à evidência, pertencendo à Justiça Comum, Estadual ou Federal, esta última se se configurar o interesse das pessoas descritas no art. 109, I, da CF. No tocante à competência, ainda, tirante a previsões constitucionais expressas, não haverá prerrogativa de função, é dizer, a ação civil de improbidade deverá seguir, com peculiaridades, o rito ordinário, similar àquele da ação popular, devendo ser intentada em primeiro grau.

No que tange à perda da função pública, é de se refletir algo mais demoradamente. A independência do procedimento administrativo em face das esferas civil e penal soa pacífica. A despeito disso, com relação às decisões penais, há esteio legal para repercussão na seara administrativa (art. 126 da Lei nº 8.112/90), afastando-se a responsabilidade administrativa diante de absolvições criminais que neguem a existência do fato ou sua autoria. Na pendência, no entanto, nada autoriza sobrestar o procedimento administrativo.

Ao versar sobre a perda da função pública, por provável desaviso, há quem pense ter a lei pretendido conferir garantias ínsitas à vitaliciedade ao estável ou até aos sequer possuidores de estabilidade. Em realidade, porém, a impositiva exegese saneadora deve restringir o alcance do texto, isto é, quando, no art. 20, diz-se que a perda da função pública só se aperfeiçoará com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o legislador não está vedando que, através de simples e adequado procedimento administrativo, imponha-se a perda da função daqueles que não são vitalícios. Seguramente, tal se apresenta a solução mais dotada de razoabilidade e guiada pelo sistema constitucional, notadamente à vista do comando presente no art. 41 da CF. Assim, para punir a improbidade que acarreta a pena demissória (no regime federal, art. 132 da Lei nº 8.112/90), não se mostra necessário suspender o procedimento administrativo. Nada impede o afastamento do agente público mediante ato da autoridade administrativa, quando a medida se fizer imperiosa à adequada instrução do processo.

Outro tema controvertido concerne ao ressarcimento de dano material ao erário, o qual, fora de dúvidas, reclama tratamento específico no que toca à tempestividade do ajuizamento da demanda. Desborda, de maneira insofismável, dos prazos prescricionais estabelecidos no art. 23 da Lei da Improbidade. Ressalte-se que o art. 37, § 5º, da Lei Fundamental determina que o legislador estabeleça prazos prescricionais para ilícitos cometidos por qualquer agente, servidor ou não, geradores de prejuízos ao erário, fazendo expressa ressalva quanto às ações de ressarcimento. Noutras palavras, solarmente se infere que o constituinte vedou que a lei infraconstitucional fixe tais prazos, assim inclusive fazendo responder indefinidamente os sucessores (art. 8º da Lei da Improbidade), nos limites da herança, pelos bens e valores havidos ilicitamente em decorrência dos atos do ímprobo. Porém, como sugerido que a multa civil, assim como prevista no art. 12, I a III, deve servir para reparar o núcleo moral do dano, então é de reforçar a conclusão de que a ação reparatória atinente ao dano especificamente moral deve ser intentada nos prazos prescricionais aludidos. Frise-se, pois, que a ação imprescritível de ressarcimento de que nos fala o constituinte é apenas relativa aos danos materiais.

Destarte, fixando o resguardo da exceção de matriz hierárquica constitucional, é que se devem considerar os prazos prescricionais para levar a efeito as ações que colimam a penalização civil da improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92, contando-se cinco anos a partir do término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função de confiança (art. 23, I), ou considerando o tempo prescricional previsto para as faltas disciplinares mais graves, puníveis com a demissão, nas hipóteses de exercício de cargo efetivo ou emprego (art. 23, II). Neste último caso, no âmbito da União, por força do art. 142 da Lei nº 8.112/90, operou-se uma salutar coincidência qüinqüenal, fazendo as vezes de termo inicial o momento em que o fato se tornou conhecido.

Repare-se que o referido comando da Lei Maior, ao não permitir dúvida razoável de estar vedada a fixação de prazos para a propositura da ação reparadora, funciona como um argumento poderosíssimo a mais no sentido da não-obrigatoriedade da aplicação integral das sanções determinadas pelo art. 12, II e III – excluída, em nossa ótica, apenas a primeira das espécies de improbidade, até porque ao intérprete incumbe dar a máxima força normativa ao sistema jurídico, cuidando de fazê-lo de sorte a jamais transformá-lo em fonte de contradição e autonegação de sua ínsita unidade.

6. Das medidas cautelares, da atuação fiscalizatória do cidadão, dos legitimados ativos da ação de improbidade administrativa e derradeiros aspectos

Em se configurando lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano (art. 5º da Lei nº 8.429/92), fazendo-os perder, no caso de enriquecimento ilícito, os bens ou valores acrescidos (art. 6º). Numa hipótese como noutra, cabe à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público para que este diligencie quanto à judicial indisponibilidade dos bens do indiciado, sem embargo do possível e mais aconselhável arresto – que a lei impropriamente denominou de seqüestro – e, se for o caso, do bloqueio de contas bancárias e aplicações mantidas pelo indiciado no exterior (art. 16), havendo forte verossimilhança quanto ao cometimento do ato merecedor de reprovação pública.

Não se trata de seqüestro, senão que de arrresto, apesar do equívoco nominal da lei. Aliás, o próprio constituinte, no art. 100, valeu-se da expressão em sentido algo duvidoso, além da recorrência do uso errôneo dos termos no plano infraconstitucional. Convém, no entanto, gizar que, embora ambos constituam medidas excepcionais de natureza cautelar, o seqüestro visa a, com especificidade, garantir a entrega de coisa determinada, ao passo que o inconfundível arresto – atendidos os seus requisitos inarredáveis e aplicando-se, tão-só, no que couber, os arts. 822 e 825 do CPC, para não desacatar o que reza o §1º do art. 16 da Lei da Improbidade – representa constrição dirigida a todo e qualquer valor ou bem capaz de assegurar o êxito da execução forçada por quantia certa, que é, afinal, a pertinente em se tratando da presente ação civil.

Destaque-se, a teor do art. 14 da Lei nº 8.429/92, que qualquer cidadão, embora desprovido de legitimação para agir como substituto da administração pública, poderá, ao menos, representar à autoridade administrativa para que esta instaure investigação voltada a apurar a prática da improbidade, sem prejuízo da representação ao Ministério Público, o qual, aliás, atuará de ofício ou a requerimento da própria autoridade administrativa e inclusive dos Tribunais de Contas (art. 15), requisitando a instauração do inquérito policial ou do procedimento administrativo (art. 22), assumindo, portanto, função primordial para que se outorgue a pretendida máxima efetivação ao princípio. De passagem, convém lamentar que tenha sido tipificado, com excessiva vagueza, o crime que se dá quando o cidadão souber inocente o agente público ou o suposto terceiro beneficiário (art. 19). Em tais termos, é daqueles delitos que tendem a cair no vácuo, nada obstante persistir o paralelo direito de indenização por danos materiais e morais consumados contra a vítima de representação leviana, sem vestígio de fundamento. Em compensação, porém, consola a vantagem de não se ver, em quase nada, inibida a desenvoltura fiscalizatória da cidadania.

Frise-se, outrossim, que a ação principal haverá de ser intentada em trinta dias a contar da efetivação da medida cautelar, prosseguindo no rito ordinário (art. 17). Se não for ajuizada, urge ter presente o caráter peremptório e decadencial de semelhante prazo, impondo-se que a medida cautelar seja extinta por ato de ofício do julgador, por se tratar de situação típica de

caducidade. Inocorrerá óbice para que outra ação civil de improbidade venha a ser proposta, nem mesmo para que a medida cautelar, nesta oportunidade futura, logre ser exitosa.

Decerto, pela natureza mesma do processo sob análise, inexiste possibilidade de nele se realizar qualquer transação, acordo ou conciliação, perante o caráter indisponível do valor ético-jurídico em tela. Bem por isso, a Lei nº 9.099/95 andou bem ao excluir da competência dos juizados especiais cíveis as matérias de interesse da impropriamente denominada Fazenda Pública (art. 3º, § 2º). Nada obstante, tipos criminais há que configuram, ao mesmo tempo, atos de improbidade administrativa. Virtualmente todos os crimes contra a administração configuram uma das espécies de improbidade. Todavia, não existe impedimento para que se processem determinados crimes contra a administração nos juizados especiais criminais, dada a mencionada independência das esferas civil e penal e em virtude da inocorrência de efeitos recíprocos. Claro está que remanesce sem sentido falar em composição dos danos civis (art. 74), mas o Ministério Público poderá, em face de determinados crimes – *v.g.* o peculato culposo, o emprego irregular de verbas ou rendas públicas, a prevaricação, a condescendência criminosa, a advocacia administrativa, o abandono de função, entre outros –, por se enquadrarem na descrição do art. 61 como infrações de menor potencial ofensivo, propor a aplicação de pena restritiva de direitos ou multas, consoante especificado (art. 76), a despeito de caracterizarem uma simultânea infringência do princípio da probidade e sem prejuízo da ação civil cabível. Neste ponto, parece indisputável que a construção legislativa não vedou a utilização deste caminho processual, ainda que se recomende parcimônia na utilização desta simplificadora lei.

Enfatize-se outro aspecto de notável repercussão: a probidade administrativa prossegue tutelável pela ação popular, pois qualquer cidadão pode impetrá-la para anular ato lesivo à moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXIII), desde que produzida a prova da cidadania com a apresentação do título eleitoral ou com documento que a ele corresponda, podendo terceiro habilitar-se como assistente ou litisconsorte. Diversamente, entretanto, da citada ação popular, a legitimação para a ação civil de combate aos atos de improbidade pertence apenas e, de modo privativo, ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada. Quanto àquele, convém salientar que, se não atuar como parte, ao menos forçosamente haverá de fazê-lo *custos legis*, sob pena de nulidade, tratando-se de interesses indisponíveis. No que tange à pessoa jurídica prejudicada, não parece invocável o princípio da economia processual para que a entidade venha ao processo com o intuito de defender o agente público, na suposta ânsia de preservar o ato, em si mesmo, de eventual anulação, visto que se trata de ação civil de objeto distinto, como remarcado, daquele que visa ao anulamento do ato ilegal e lesivo.

Ainda no tocante à pessoa jurídica prejudicada, se esta não intentar a ação, atuará como litisconsorte facultativo, a despeito de a literalidade do texto (art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92) conduzir ao erro de diagnosticar situação de litisconsórcio necessário. Com efeito, a bem da melhor leitura, vislumbra-se a possível, mas não obrigatória, comunhão de interesses relativos à lide, sendo de gizar que o litisconsórcio somente se afigura necessário, no pólo ativo, quando a lei obrigar a demanda conjunta, o que, fora de dúvida, não sucede na norma em apreço, porquanto estampada a partícula disjuntiva no *caput* do art.17. Não haveria logicidade, sobretudo em diploma de cunho moralizador, que, havendo desmobilização da entidade interessada, não pudesse o Ministério Público, com total exclusividade, autonomia e independência, intentar e dar andamento à demanda. A assertiva de se tratar de litisconsórcio facultativo é, pois, a que melhor consulta o espírito da lei e do Direito.

7. Conclusões

Do articulado, emergem as seguintes principais formulações, além das assertivas e das propostas exegéticas veiculadas numa angulação ponderada, avessa a qualquer excesso[17], na meta de conferir o máximo vigor ao sistema jurídico em seu todo:

7.1. A ação civil e suspensiva do gozo de direitos políticos, que se intenta para sancionar a improbidade administrativa, consubstancia uma significativa inovação provocada pelo constituinte, no sentido preventivo e repressivo,

[17] Convém sublinhar, não se trata do mero "aequilibrium arbitri", tão fortemente criticado por F.W. Schelling in *A essência da liberdade humana*. Trad. de Márcia de Sá Cavalcante. Rio: Vozes, 1991, p. 67, mas da permanente decisão rumo ao justo, na certeza de que a consciência ético-jurídica implica a superação de si mesma, respeitadas as fronteiras do sistema.

na linha do resguardo, em última análise, do princípio superior da moralidade. Perante tal diploma, resultam superadas antigas posturas que consideravam os juízos éticos como inteiramente desconectados ou estranhos à apreciação jurisdicional[18] . Com efeito, o princípio da moralidade pode, em nossa ordem jurídica, ser afrontado diretamente ou pela via oblíqua da afronta aos demais princípios superiores, sendo de curar, ao extremo, para evitar situações deste jaez, ou, ao menos, a vexatória reedição impune das mesmas, pois o Estado há de descansar sob os alicerces da confiança, da boa-fé e da honradez, cimentado pela probidade que exemplarmente precisa ser demonstrada pelos agentes públicos, em especial pelos ocupantes dos cargos de mais alto escalão.

7.2. A concretização do princípio da probidade se mostra escassa e rarefeita, em parte por falhas técnicas da norma destinada à sua efetivação, mas a Lei nº 8.429/92 é passível dos requeridos reparos mediante uma temperada interpretação saneadora. Faz-se, pois, imperativo examinar a referida lei com ponderação sistemática, que torna indispensável, em casos menos graves, a aplicação parcelar das sanções, nomeadamente para as espécies de improbidade dos arts. 10 e 11, tendo claro que a melhor exegese – a mais eficaz – do disposto no art. 12 é a que determina ao juiz considerar a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, inclusive na eleição das penalidades, não apenas na dosimetria das mesmas. Desvestida, assim, a lei de suas feições originariamente draconianas e iníquas, prestar-se-á para ser manejada com benfazeja cautela pelos legitimados ativos, evitando-se o desgaste de uma subsunção infrutífera e comprometedora, isto é, reservando-a, à vista da gravidade das sanções que comina, para as hipóteses em que se descortine o ensejo de fazê-la bem sucedida e paradigmática.

7.3. Orientou-se o legislador pátrio para dimensão eminentemente repressora à desonestidade para com a coisa pública, em que pese já se valer de inovadores meios. Destarte, sem que se receba tal obra com olhos reducionistas, é bem de ver como irrefutável que soluções de fundo hão de ser diligenciadas em paralelo, e residem tendencialmente na voluntária transformação cultural da sociedade inteira, tarefa que será tanto mais veloz quanto melhor se interpretarem e aplicarem, neste ínterim, os contemporâneos diplomas legais em prol da concretização, a cada passo mais incisiva, do princípio jurídico da moralidade. Uma exegese finalística, nos termos propostos, não faz prescindir de alterações outras de matiz sociológico, nem substitui, muito ao revés, o trabalho indispensável e digno de maciços investimentos, no sentido da sensibilização formativa do agente público e da própria coletividade em sua relação com o aparato estatal. Faz-se imprescindível, bem menos por temor e muitíssimo mais por espontânea persuasão, interiorizar padrões éticos respeitáveis, se se quiser timbrar a jornada dos que lidam com a coisa pública pelo acatamento cabal aos princípios superiores. Indubitavelmente, a eticidade apenas haverá de se tornar um bem universalizado, gerando o correlato afastamento do *improbus administrator* e dos seus comparsas, se vivificada – sem ingenuidade – a noção de cidadania plena e adulta[19] , antes pela formação contínua do que pela repressão, ainda que já se mostrando louvável, na solução do constituinte, o incipiente anelo de superar as vias ortodoxas, tendência que deveria ser acolhida como irreversível em todas as áreas do saber jurídico. Em outras palavras, é no íntimo da cultura mesma das relações de administração, mais do que na exterioridade das regras, que devem ser concentradas as mais caras esperanças de revigoramento dos vínculos éticos, tudo reforçado pela descontaminação gradual da hodierna ambiência marcada por uma desintegradora e violenta desconfiança generalizada[20] . Somente assim, a administração

[18] Sem descurar das advertências feitas por Herbert Hart in "Separations of law and morals", especialmente p. 36-37, ensaio instigante in *The philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 1977.

[19] Neste passo, acertado Peter Drucker in *A sociedade pós-capitalista*. Trad. de Nivaldo Montingelli Jr., São Paulo: Pioneira, 1993, p. 135, ao assinalar que todo país desenvolvido "necessita de um setor social autônomo e autogovernado de organizações comunitárias – para prover os serviços comunitários necessários, mas acima de tudo para restaurar os laços comunitários e o senso da cidadania ativa".

[20] Aguda a observação conclusiva do historiador Eric Hobsbawn in *A era dos extremos*. Trad. de Marco Santarrita, São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 562, ao observar que se a humanidade quiser ter um "futuro reconhecível", não haverá de ser pelo "prolongamento do passado ou do presente", pois "tem de mudar".

pública, a passo e passo, haverá de reunir as forças necessárias para atuar com previsibilidade, na determinação honesta[21] , decidida e vertical do princípio da probidade administrativa.

[21] De acordo com Eric Weil in *Philosophie Politique.* Paris: J. Vrin, 1989, p. 51, Hegel foi "le premier...a énoncér que dans la société moderne, la seule vertu est l'honnêtete". Sobre o tema, vide o próprio Hegel in *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Werke, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, v. 7, p. 298-300. O desafio, de qualquer sorte, sem discutir a respeito da primazia, segue, no plano filosófico e empírico, o de converter a honestidade em hábito social, intensa e extensamente, cultivado tanto nas esferas do privado como nas do público, dado que as exigências do princípio da moralidade não se circunscrevem às clássicas relações de administração, mas precisam perpassar, por inteiro, o tecido das relações jurídicas em geral.

A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo

EDUARDO TALAMINI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A oralidade, seus desdobramentos e o recurso de agravo. 3. Garantia da efetividade dos resultados do processo – efeitos suspensivo e "ativo". 4. Interposição do agravo de instrumento perante o órgão "ad quem" – valores processuais envolvidos. 5. Interposição pela via postal e em protocolo integrado. 6. Prazo para resposta e isonomia 7. Juízo de retratação e devido processo legal. 8. Retratação e "aproveitamento do instrumento". 9. Assistência jurídica integral e agravo de instrumento.10. Improvimento do recurso com base em súmula – princípio da legalidade, liberdade de convencimento do juiz e garantia constitucional de motivação das decisões. 11. Encerramento.

1. INTRODUÇÃO

Entre as reformas que se vêm fazendo no direito processual brasileiro, está a dos dispositivos do capítulo do Código de Processo Civil que regula o "agravo de instrumento" (Lei nº 9.139, de 30.11.95, publicada no *DOU* de 1º.12.95, que altera também os arts. 557 e 558 do CPC). O recurso, como gênero, passa a denominar-se apenas "agravo" – o que já havia sido antecipado pela nova redação que a Lei nº 8.950/94 deu ao inciso II do art. 496. Mantém-sea divisão entre agravo "de instrumento" e "retido", ainda que com alterações em seus regimes.[1] Note-se que ainda outros recursos previstos no Código recebem o nome de "agravo" (arts. 532, 544, 545 e 557, parágrafo único). Vários deles não se submetem ao regime do Capítulo III – "Dos Recursos". Isso porque têm uma

Eduardo Talamini é Advogado em Curitiba, Professor da Escola da Advocacia (OAB/PR), mestrando na Faculdade de Direito da USP.

[1] Sobre a impropriedade da rubrica do capítulo III do título X do CPC, na redação original, e suas causas, vede MOREIRA, Barbosa. *Comentários*.... v. 5, p. 433.

disciplina peculiar, incompatível com a desse capítulo (p. ex., arts. 532, 545 e parágrafo único do art. 557: todos impõem devolução ao órgão *ad quem* imediata e nos próprios autos em que se proferiu a decisão recorrida e, portanto, não se processam mediante instrumento nem ficam retidos para posterior apreciação). O presente trabalho se limitará ao exame do novo regramento do Capítulo III – não se estendendo a esses outros recursos.[2]

Talvez não haja tema que, mais do que o agravo, se associe ao "filigranismo" que muitas vezes se imputa ao processualista "tradicional". Tratar do agravo seria perder tempo com questão menor, insossa, puramente "técnica", quando existiriam tantas mais nobres a se abordar. Mas a verdade é bem outra. A solução para as "grandes preocupações", os "grandes temas" passa pelas "pequenas" questões. É tão inservível a análise meramente formal e "técnica" dos problemas da prática processual, quanto o discurso puramente abstrato e retórico alusivo aos "novos rumos" de um processo que se quer "moderno". Apenas se bradar por "acesso à justiça", por "instrumentalidade" e "efetividade" do processo não basta. Isso tem de ser traduzido em resultados concretos – o que só se faz com o correto emprego da técnica processual. Daí por que tem-se apontado a necessidade desta ser adequada aos novos tempos – jamais deixada de lado.[3]

É o que se pretende nesse texto: a apreciação da nova disciplina do agravo, em seus vários aspectos que podem vir a gerar discussão, com os olhos voltados para a garantia fundamental de um processo acessível a todos, célere e com resultados justos e realizáveis concretamente. Isso se faz através do Direito Constitucional. Os princípios constitucionais do processo, desde que considerados sistematicamente e na inteireza axiológica de seu conteúdo, tendem à consecução daquela garantia fundamental. E tais princípios, enquanto normas jurídicas, não só condicionam a validade como orientam a interpretação de todo o arcabouço processual infraconstitucional. Por isso, nos próximos tópicos, não serão simplesmente inventariadas as novidades nas regras sobre o agravo. Tampouco apenas se apontarão os pontos em que a nova disciplina está em acordo ou desacordo com aqueles valores acima mencionados. Mais do que tudo isso, vai-se tentar apresentar solução para alguns dos aspectos polêmicos que mais se aproxime daquele ideal talvez inatingível em seu caráter absoluto, mas que tem de ser sempre buscado: a efetividade da tutela jurisdicional.

2. A ORALIDADE, SEUS DESDOBRAMENTOS E O RECURSO DE AGRAVO

O princípio da oralidade – sabe-se – não significa a simples adoção da forma prevalentemente oral para a prática dos atos processuais. Além desse mero aspecto formal, ele tem um sentido mais profundo: o juiz há de ter contato *pessoal*, *direto* e *recente* com os elementos formadores de sua convicção para a decisão da causa. Assim, o princípio da oralidade se desdobra em um complexo de idéias, em uma série de subprincípios intimamente ligados entre si: imediatidade, concentração, identidade física, concessão ao juiz de amplos poderes (ordinatórios e instrutórios) e de liberdade na formação da sua convicção e assim por diante.[4]

É comum afirmar-se que nosso CPC acolheu integralmente a oralidade, inclusive no que tange à irrecorribilidade das interlocutórias, alegando-se que este subprincípio se satisfaria com a mera inexistência de previsão de recurso com efeito suspensivo contra tais decisões.[5]

[2] Ressalvada a análise especial que merecerá o "agravo de instrumento" do art. 544 – v. item IV, adiante.

[3] V., por todos, DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 13; BEDAQUE, *Direito e processo...*, p. 12-14; YARSHELL, *Tutela*... p. 14; MOREIRA, Barbosa, *O processo civil hoje*... p. 237-238. Este afirma: "Nenhuma ciência ou arte prescinde de uma técnica própria, e não se concebe que o direito processual constitua aqui exceção. A técnica constitui a mediação necessária entre a inspiração e a execução" (p. 237).

[4] CHIOVENDA, "Lo stato attuale del processo civile in Italia..." (*Saggi*..., I), "Relazione sul progeto di riforma..." (*Saggi*..., II), "L'oralità e la prova" (*Saggi*..., II) e *Instituições*..., III, p. 45-65; LIEBMAN, *Manual*..., I, p. 46-48; DENTI, "L'oralità nelle riforme del processo civile" (*Processo civile e giustizia sociale*); CAPPELLETTI, "Parere iconoclastico..." e "L'oralità nel processo civile italiano..." (*Giustizia e società*); VÉSCOVI, *Teoría general del proceso*. p. 58-63; CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, *Teoria Geral do Processo*. p. 274-276. Estas referências prestam-se também para as outras observações genéricas sobre a oralidade feitas no curso do presente item.

[5] Assim, por exemplo, ALVIM, Arruda . *Manual*... v. 1. p. 27, ALVIM, Teresa Arruda. *Agravo de instrumento*. p. 136, e SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso*... I, p. 54. Já para Cintra, Dinamarco e Grinover, haveria uma "relativa" adoção desse subprincípio (*Teoria Geral do Processo*, p. 275).

Todavia, considere-se a origem histórica da moderna formulação teórica da oralidade.[6] Surgiu como reação ao processo com procedimento desconcentrado e em que não havia contato direto entre o juiz e os meios probatórios. Era o caso do sistema processual presidido pelo Código italiano de 1865, radicalmente escrito e pelo qual toda questão incidental estava sujeita a recurso: "por isso freqüentemente enquanto fluía em segunda instância o procedimento do recurso [...], *em primeiro grau seguia avante o procedimento principal*, cuja validade era porém condicionada à confirmação da sentença apelada, e assim por diante".[7] Ora, o que se dava na Itália ao tempo do código de 1865 é o que ocorre no processo brasileiro sob a égide do CPC de 73. Portanto, nesse ponto, afastamo-nos da oralidade – e isso é até reconhecido por Buzaid, na Exposição de Motivos do CPC (Cap. IV, II).

Pela reforma do CPC, evidentemente, não se está suprimindo a recorribilidade das interlocutórias. Há de se indagar se esse afastamento da oralidade caracteriza uma "limitação" à adequada tutela jurisdicional – e, em caso positivo, se é uma "limitação legítima". Emprega-se, aqui, uma terminologia e proposta de enfoque apresentadas por Dinamarco, em *Universalidade da tutela jurisdicional* (texto inédito), para o qual o sistema político constitucional de oferta da jurisdição resolve-se no equilíbrio entre uma *promessa* de resposta às pretensões das pessoas e várias *limitações* ao poder de respondê-las, algumas *legítimas*, outras tantas não: pode-se dizer, levando em conta o exposto no item I acima, que ao processualista cabe identificar essas limitações e descobrir meios de eliminar as ilegítimas e restringir as legítimas ao estritamente suficiente para que cumpram suas funções.

A oralidade, enquanto princípio processual (e como todo e qualquer mecanismo jurídico), não tem um valor em si mesma. Sua relevância axiológica se estabelece na medida em que serve para garantir um procedimento rápido (e, portanto, uma resposta célere) e uma melhor formação do convencimento do juiz (e, portanto, uma resposta mais justa). Assim, tem direto suporte constitucional nas garantias da adequada tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV) e do devido processo legal (art. 5º, LIV). Ainda, um processo mais rápido e com um juiz atuante e em contato direto com as provas e as partes amplia o acesso à justiça (também contido na fórmula do inc. XXXV do art. 5º), aproximando-a dos menos favorecidos – daí a oralidade adotada pelo juizado de pequenas causas.[8]

Nem por isso a previsão do agravo como meio de impugnação das interlocutórias será necessariamente uma "limitação ilegítima". O primeiro argumento que talvez se pudesse pôr a seu favor é o de que a oralidade já está bastante mitigada no processo civil brasileiro – seja pela prática forense (constantes suspensões e adiamentos de audiências, memoriais *quase sempre* por escrito), seja pela própria lei (*v.g.*, a atual redação do art. 132 do CPC, com as suas tantas exceções à "identidade física"). Obviamente, esse argumento, em si, não é correto: se há defeitos que impedem a oralidade, o caminho é eliminá-los – não utilizá-los como justificativa para um ainda maior distanciamento daquele princípio. Mas o problema é outro: na medida em que a oralidade não prevaleça e o procedimento seja desconcentrado e lento, a irrecorribilidade das interlocutórias acarretará ainda maiores prejuízos do que sua não-adoção (invalidações de anos de processo apenas no momento em que se julga o recurso contra o ato final; situações irreversíveis...). A irrecorribilidade das interlocutórias só se integra efetivamente à oralidade quando vigora o princípio da concentração: de um lado, porque então não há necessidade de recurso em separado contra as interlocutórias, vez que rapidamente advirá o ato final, ensejador de impugnação pela qual se apreciarão todas as questões do curso do processo; de outro, porque, aí sim, a interposição de recurso contra as decisões incidentais desconcentraria o procedimento.[9] Enfim, a irrecorribilidade das interlocutórias é antes um desdobramento do que um pressuposto da oralidade.

[6] A qual – é notório – deve-se a Chiovenda (nos três textos citados em nota acima e em outros tantos constantes dos *Saggi*...).

[7] LIEBMAN, *Manual*... p. 46, v. 1. orig. s/ destaque.

[8] Essa dimensão social da oralidade, muito antes de vir a ser destacada por Cappelletti (p. ex., em "L'oralità nel processo italiano...", p. 135-136 e 142-143), já o fora por Chiovenda ("Lo stato attuale...", p. 497). Aliás, Chiovenda repudiava a apresentação da oralidade como um princípio meramente técnico-jurídico. Tanto assim, que atribuía a uma tal concepção a demora na adoção da oralidade no processo civil moderno, em contraste com seu assentamento de longa data no processo penal, no qual desde o início se percebeu seu eminente caráter político (*Instituições*..., III, p. 48).

[9] O próprio Chiovenda condenava a pura e simples subtração da faculdade de recorrer das interlocutórias em separado em um sistema que não adotasse a oralidade ("L'oralità e la prova", p. 202). Confirmando

Tal constatação não afasta, contudo, a necessidade de que o sistema de recursos contra as interlocutórias contribua para um processo célere. Até porque, em caso contrário, ficar-se-ia, pura e simplesmente, num círculo vicioso: as interlocutórias são recorríveis porque o procedimento não é concentrado; o procedimento não é concentrado porque as interlocutórias são recorríveis. Assim e já que não é viável a mera supressão do recurso de agravo, cabe adequá-lo, o máximo possível, às exigências de um processo dinâmico.

Certamente, considerações dessa ordem estão na base da nova disciplina do agravo – especialmente no estabelecimento de um novo regime para o agravo de instrumento. Este passa a ser diretamente interposto perante o órgão *ad quem*, cabendo ao próprio agravante instruí-lo com as peças obrigatórias e as que considera necessárias para o conhecimento e solução da questão; ônus análogo é atribuído ao agravado (arts. 524, 525 e 527, III, e parágrafo único). Com essa alteração não desaparece um dos já apontados óbices à oralidade: o curso simultâneo do procedimento recursal na segunda instância e do procedimento principal na primeira, com a validade deste condicionada ao resultado daquele. Mas, sem dúvida, elimina-se problema mais grave: o retardamento que a formação do instrumento e seu processamento geram na primeira instância. A verdade é que, embora o agravo de instrumento não tenha efeito suspensivo, sua interposição quase que estanca o procedimento principal até sua remessa à instância superior. A mudança, portanto, contribui para um processo mais ágil.[10]

O agravo retido (o antigo "agravo nos autos do processo"), por sua vez, foi sempre muito mais consonante com o princípio da oralidade. Afinal, trata-se de simples manifestação da parte no sentido de que pretenderá que a questão venha a ser reapreciada pela segunda instância, como preliminar de eventual recurso contra o ato final. Assim, sem deturpações, o agravo retido em nada obsta um procedimento concentrado (e é até solução muito melhor do que a absoluta irrecorribilidade da interlocutória, pela qual, no julgamento do recurso contra o ato final, caberia o reexame de *todas* as questões, inclusive as que já não interessassem às partes: no sistema do agravo retido, as partes têm o ônus de apontar as decisões cuja revisão lhes interessa – tanto logo depois de serem proferidas, quanto por ocasião do recurso contra o ato final). O problema surge quando, em vez de simples protesto por posterior revisão da questão, o agravo retido passa a constituir verdadeiro "incidente" no curso do procedimento de primeira instância. É o que tende a se dar em face da nova disciplina desse recurso. Encampando entendimento que já vinha prevalecendo em doutrina e jurisprudência (vede item VII), a nova disciplina admite expressamente a retratação no agravo retido, determinando que antes o juiz ouça o agravado (§ 2º do art. 523). Cria-se, assim, todo um "trâmite" para o agravo retido na primeira instância (interposição, resposta, retratação ou não). Por boas que sejam as razões que estão por trás da admissão da retratação no agravo retido (economia processual; permitir que o juiz possa corrigir o erro que cometeu...), a realidade é que eventuais generalizações e excessiva flexibilização desse novo regime irão atravancar o andamento do procedimento – inclusive jogando por terra muitas das vantagens que adviriam para o sistema com o novo procedimento do agravo de instrumento (aliás a questão da retratação no agravo de instrumento pode gerar idênticos transtornos, se não lhe for dada adequada solução – quanto a isso, vede item VII).

A solução para que se evite esse desvio de finalidade está na interpretação a ser dada ao novo art. 523, § 2º (que tem a seguinte redação: "Interposto o agravo, o juiz poderá reformar sua decisão, após ouvida da parte contrária, em 5 (cinco) dias"). Como se verá adiante, o prazo de cinco dias a que se refere o preceito não é o que se dará ao agravado para responder (vede item VI). Trata-se, isso sim, do lapso que terá o juiz para se retratar. Assim, a regra deve ser entendida nos seguintes termos. Se, quando do recebimento do agravo retido e em face das razões nesse apresentadas,[11] surgir para o juiz uma *concreta dúvida* quanto ao acerto de sua

o exposto acima, Barbosa Moreira observa que o sistema recursal "reflete" a estrutura procedimental: "num processo de estrutura verdadeiramente concentrada" a restrição aos recursos é uma decorrência "natural" (*Comentários*..., V, p. 434).

[10] Quanto aos outros valores a serem ponderados, vede item IV, adiante.

[11] Se antes havia dúvidas, agora está claro que o agravo retido terá de ser acompanhado de razões: se a interposição do recurso em audiência far-se-á mediante *razões sucintamente expostas* (art. 523, §3º) nada justifica que seja diferente quando apresentado por escrito (nesse sentido: DINAMARCO, *A reforma*..., p. 278 e 279).

decisão anterior, ele imediatamente dará oportunidade para que o agravado responda.[12] Apresentadas contra-razões ou decorrido *in albis* o prazo para tanto, o juiz terá cinco dias para, eventualmente, se retratar. Passado esse momento, o agravo permanecerá retido nos autos, ficando fechada ao juiz a possibilidade de retratação. Pode-se objetar que, sendo impróprios os prazos do juiz, não há que se falar em preclusão temporal, no caso. Todavia, o novo art. 523, § 2º, ao estabelecer um prazo para a retratação pretendeu uma certa rigidez quanto a isso: "interposto o agravo", se for para haver retratação, essa haverá de se dar logo (respeitado o contraditório). Portanto, será até concebível que a retratação não ocorra exatamente no prazo de cinco dias, desde que presente algum dos justificáveis motivos para o atraso no pronunciamento ("acúmulo de trabalho" etc.). O que não será possível (sob pena de nulidade) é que a retratação venha a se dar muito tempo depois, já tendo o juiz até praticado outros atos no mesmo processo. Ainda outras sérias razões justificam tal entendimento (vede o item VII, adiante). Por ora, importa realçar que: (a) a opção pelo "trâmite" do § 2º do art. 523 deverá ser reservada *exclusivamente* para os casos em que as razões do agravo retido suscitem dúvida no juiz quanto ao acerto da decisão agravada – não cabendo a pura e simples intimação do agravado para responder toda vez que se interponha o recurso; (b) a retratação não poderá ficar "em aberto" no processo: ou bem o juiz, *assim que interposto o agravo*, se retrata (observado o contraditório), ou fica-lhe afastada essa oportunidade. Essa é a função da inclusão das palavras "interposto o agravo" no começo do parágrafo: não fosse assim, elas seriam desnecessárias. Porém, mais do que na interpretação literal, esse entendimento funda-se na necessidade de conferir-se ao procedimento algum dinamismo no seu curso, impedindo "idas e vindas" aleatórias.[13]

Pela nova disciplina, o agravo pode receber efeito suspensivo nos casos em que haja perigo de dano grave e de difícil reparação, desde que relevante sua fundamentação (arts. 558 e 527, II). A previsão de efeito suspensivo não é mais limitada a hipóteses exaustivas, estendendo-se a "outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação" (art. 558). Nem é de se falar, quanto a isso, em limitação à oralidade. É que o valor que está na base da possibilidade de suspensão (garantir a efetividade do resultado do recurso) não é mais do que derivação daquele que fundamenta a oralidade (garantir a própria efetividade do processo). Precisamente por isso é que a oralidade tem caráter instrumental e não se põe em termos absolutos, não

[12] E nada impede – aliás, é até aconselhável - que o juiz indique quais os tópicos das razões do agravo que lhe trouxeram a dúvida quanto à correção da decisão agravada, a fim de que o agravado se manifeste mais especificamente sobre esses. O juiz não estará sendo parcial ao agir assim: fará valer o contraditório na inteireza de seu conteúdo axiológico e de sua função prática. A moderna doutrina tem-se preocupado em realçar essa necessidade de "diálogo" do juiz com as partes (v., por todos, DINAMARCO, *A instrumentalidade*... p. 132-249; ainda, o que Bedaque afirma sobre participação do juiz, imparcialidade e contraditório, no que tange às provas, vale para o presente ponto – v. *Poderes instrutórios*..., esp. p. 71-84). Tarzia, em recente manifestação, destaca que não cabe ao juiz a mera "aplicação burocrática de esquemas processuais pré-fabricados", mas, sim, "conduzir o processo no *diálogo* e no contraditório entre as partes" (*O novo processo civil de cognição na Itália*, p. 6, orig. s/ destaque).

[13] A relação entre preclusão e princípio da oralidade jamais foi de todo precisada. Basta ver quanta divergência há em doutrina. Cappelletti viu na adoção de rígidos termos preclusivos e da "eventualidade" um desserviço à oralidade: a necessidade de as partes desde logo lançarem todas as alegações que tivessem, ainda que por mera cautela, apenas incentivaria a dilatação do procedimento ("L'oralità...", p. 133). Já Véscovi inclui a eventualidade entre os subprincípios da oralidade – e atribui tal inclusão a Cappelletti (?!) (*Teoría general*..., p. 58). Chiovenda, quando repudiava um sistema rigorosamente preclusivo, estava a condenar o processo escrito e por fases, ao término de cada qual surgia a possibilidade de um apelo que, no mais das vezes, suspendia o processo ("Lo stato attuale...", p. 398). Reconhecia, contudo, a necessidade de a "discussão oral" ser antecedida de uma "preparação", destinada a indicar os termos precisos da controvérsia e as provas que se produziriam. E, nesse procedimento preparatório, sob pena de não atingir seus fins, haveria espaço para a preclusão ("Lo stato attuale...", p. 419-422). Denti, embora reconhecendo a importância que a preclusão tem para a oralidade, aponta as dificuldades de conciliação entre uma e outra quando não se realiza uma "fase anterior de preparação" ao processo concentrado, tal qual a *pre-trial procedure* do processo americano ("L'oralità nelle riforme...", p. 127 e 128). Seja como for, não há radical incompatibilidade entre preclusão e oralidade (pelo contrário, a concentração é inconcebível sem alguma preclusão) e a solução apontada no texto, se não vai, por si só, estabelecer um processo oral, serve, quando menos, para impedir que o procedimento torne-se, desnecessariamente, ainda mais moroso.

prevalecendo nas ocasiões em que outro seja o modo mais adequado de realizar os fins também por ela perseguidos.[14]

Indo avante, o novo art. 523, § 3º, admite expressamente a interposição de agravo retido "oral" em face das decisões interlocutórias proferidas no curso da audiência.[15] Quanto a esse ponto, a reforma poderia ter ido além. Relativamente à audiência de instrução e julgamento, talvez se devesse haver estabelecido o agravo retido oral como a única possibilidade de recurso contra interlocutórias nela proferidas. Além disso, poderia ter-se previsto que eventual retratação (precedida, então, da resposta do agravado) também só poderia ocorrer na audiência. Tudo isso contribuiria para garantir que, vez que o processo não pode ser oral e concentrado como um todo, que o fosse, pelo menos, a audiência de instrução e julgamento. Essa é, aliás, uma das tendências modernas de concretização da oralidade: um procedimento prevalentemente escrito que desemboque em audiência de instrução e julgamento, onde há de vigorar, então, aquele princípio em sua inteireza.[16] Então, na audiência, "reserva" por excelência da oralidade, devem decidir-se os incidentes que nela surjam.[17] Seja como for, pelos termos do novo art. 523, § 3º, não é possível adotar-se o caminho ora proposto.

A título de conclusão desse tópico, cumpre destacar que em termos gerais a nova disciplina do agravo, se não contribui para a oralidade, pelo menos servirá para tornar o processo mais célere. Seu grande trunfo está na interposição direta do agravo de instrumento perante o órgão *ad quem*. Outra solução razoável que por vezes se propõe – a de estabelecer o agravo retido como regra e enumerar-se casuisticamente as hipóteses em que a urgência justificaria o agravo de instrumento –[18] esbarraria no dinamismo da realidade: surgiriam sempre outras situações de inegável urgência não previstas como ensejadoras do agravo de instrumento (o que praticamente imporia a utilização de meios autônomos de impugnação: mandados de segurança, cautelares...). Com o novo regime de agravo de instrumento, que exige um maior número de medidas diretas do recorrente, há grande chance de que as próprias partes passem a só optar por essa forma de impugnação quando concretamente haja nisso alguma serventia. A tendência é que, pela sua forma mais simples de interposição, o agravo retido passe a ser o preferido para a normalidade dos casos.[19] E essa forma de agravo, desde que não se adote uma interpretação degeneradora da possibilidade de retratação, é perfeitamente consentânea com um processo célere (e, mesmo, "oral").

3. Garantia da efetividade dos resultados do processo – efeitos suspensivo e "ativo"

Apenas se conferir às partes a oportunidade de recorrer não basta. Mais do que isso, têm de ser fornecidos meios para que eventual resultado favorável do recurso possa ser concretizado. Há casos em que de nada adiantaria o futuro provimento do recurso se os fins por ele visados já se houvessem tornado irrealizáveis.

Essa consideração está na base da admissão das medidas cautelares para garantir o resultado do recurso e dos mandados de segurança contra os atos jurisdicionais.[20] Mas, já pelo que se disse, fica claro que não é apenas a concessão de efeito suspensivo que se presta a garantir o resultado do recurso (e, no mais das vezes, indiretamente, do processo como um todo). Há casos em que a decisão impugnada deixou de conceder uma providência (ativa) pleiteada pelo recorrente. Em certas situações, há urgência na obtenção de tal providência. O simples futuro provimento do recurso contra sua denegação

[14] A relatividade da oralidade é destacada por toda a doutrina (v. as referências feitas no início desse item). Chiovenda, inclusive, dá-nos exemplo dessa relatividade precisamente quando admite a necessidade de suspensão das interlocutórias em certos casos (*Instituições*..., III, p. 55).

[15] Assim, encerra-se a controvérsia quanto ao tema (v. NEGRÃO, T. *Código de Processo Civil*... p. 416, nota 8 ao antigo art. 522).

[16] Daí por que há quem prefira falar de "processo por audiência", em vez de processo oral (VÉSCOVI, *Teoría general*... p. 59).

[17] CHIOVENDA, *Instituições*..., III, p. 55.

[18] MOREIRA, Barbosa, *Comentários*... V, p. 434 e 426.

[19] DINAMARCO, V. *A reforma*... p. 276 e 277.

[20] A utilização de mandado de segurança contra atos jurisdicionais (ainda que exista previsão em lei de recurso contra o ato) é hoje tão pacificamente admitida em doutrina e jurisprudência, que se dispensam referências. A discussão, no que tange ao mandado de segurança, transferiu-se para outro ponto: a necessidade ou não de interposição do recurso previsto em lei para que o mandado de segurança seja admissível. Não se vai aqui, porém, abordar esse tema. Sua solução tem evidente relevância prática – não, contudo, para aquilo de que se tratará nesse item do trabalho.

poderia vir a ser inútil – vez que já concretizado o dano que se pretendia evitar. É precisamente o que se dá em relação às decisões que indeferem liminares em cautelares, em mandados de segurança, em possessórias. Também se enquadra nessa hipótese a decisão que, no processo de conhecimento, nega a antecipação de tutela fundada em risco de dano irreparável (CDC, art. 84, § 3º; CPC, arts. 273, I, e 461, § 3º). Enfim, é o que ocorre em todos os casos em que se nega uma tutela de urgência.

Nesses casos, ainda que não de forma tão pacífica, também passou a ser admitido o mandado de segurança.[21] E nem pode ser de outro modo. As mesmas razões que autorizam a suspensão da decisão impugnada para que o eventual provimento do recurso não venha a ser inócuo, justificam que, desde logo, conceda-se o resultado prático de seu provimento, nos casos em que sua realização apenas no final do procedimento recursal seria inútil. Depois, admitir-se apenas o mandado de segurança (ou medida cautelar) que se destinasse, por exemplo, a suspender liminar concedida e não se tolerar seu uso quando do indeferimento da liminar seria inclusive contrário ao princípio da igualdade (CF, arts. 3º, IV, e 5º, *caput* e I). Além disso, nem vale o argumento de que, quando o juiz indefere a liminar, exerce poder discricionário. Primeiro, porque, como se verá a seguir, não há discricionariedade judicial em casos como esse. Depois porque o mesmo argumento valeria para a hipótese em que a liminar é concedida – e, nesses casos, usualmente não se põe óbice à utilização do mandado de segurança.[22] Por fim, de há muito a doutrina reconhece que, em geral, o mandado de segurança cabe tanto contra "ato comissivo" quanto para suprir omissão da autoridade coatora.[23] E, na hipótese analisada, quando através do *writ* se concede a providência ativa que o juiz denegou, está em certo sentido a se suprir uma omissão deste. Em suma, o mandado de segurança presta-se não só a suspender a decisão impugnada como também (e cada vez mais vem-se admitindo) serve para obter a providência ativa que o juiz indevidamente houvera negado. O fundamento maior de tal uso amplo do mandado de segurança está não só na sua previsão constitucional (CF, art. 5º, LXIX), mas, sobretudo, na garantia da inafastabilidade da adequada tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV): não adianta ser permitido acesso ao Judiciário, se não houver meios de viabilização prática dos resultados pretendidos através desse acesso.

Com tudo isso, quer-se chegar no seguinte ponto: a simples possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao agravo, nos casos em que haja relevância e urgência, não eliminará a utilização do mandado de segurança contra ato jurisdicional. Restariam, sempre, os casos em que não se busca a suspensão do cumprimento da decisão agravada e, sim, um efeito que se poderia chamar de "ativo".[24-25] Assim, de duas uma: (a) ou se interpreta teleologicamente o novo art. 558 do CPC, entendendo-se que ele autoriza

[21] FERRAZ, S. Da liminar em mandado de segurança. p. 13, e *Mandado de segurança*... p. 115-116; MELLO, C. A. Bandeira de. Mandado de Segurança contra denegação ou concessão de liminar, p. 55 e ss.; RTRF(4ª Região), v.1, nº 4, p. 485; RTRF(4ª Região), v. 1, nº 2, p. 67; STJ, 2ª T., RMS 1.857-0-SP, DJU 22.11.93, p. 24.924; STJ, 1ª T., RMS 342-0-SP, DJU 1.3.93, p. 2.487; STJ, 1ª T., RMS 355-SP, DJU 18.3.91, p. 2.769; RDA 173/126.

[22] O entendimento, hoje superado, de que não caberia mandado de segurança contra a decisão que defere liminar em mandado de segurança tomava em conta apenas a hipótese de a pessoa de direito público (a que estivesse vinculada a autoridade coatora) pretender impugnar a medida. Nesse caso, vez que ela disporia de um instrumento mais simples, o "pedido de suspensão" de que trata o art. 4º da Lei nº 4.348/64, faltar-lhe-ia interesse de agir pela via mandamental. Se esse argumento, em si, já era discutível (vez que o mandado de segurança é um instrumento muito mais idôneo do que o mero pedido de suspensão), perde toda sua razão de ser quando é um "terceiro interessado" (que, rigorosamente, deverá ser "litisconsorte passivo necessário") que se vale do *writ* contra a decisão concessiva da liminar. Afinal, esse terceiro nem tem legitimidade para o pedido de suspensão, só lhe restando a via mandamental.

[23] Súmula 429 do STF. Na doutrina, vejam-se, entre outros: BUZAID, *Do mandado de segurança*, I, p. 206 e ss.; FERRAZ, S. *Mandado de segurança*... p. 68; DI PIETRO, Zanella , *Direito administrativo*, p. 446; FIGUEIREDO, L. Valle . *Curso*... p. 251; TEMER, *Elementos*... p. 192-193

[24] Isso, ainda, deixando-se de lado a questão da admissibilidade de mandado de segurança contra ato jurisdicional sem que se tenha interposto o recurso cabível. Como se afirmou em nota anterior, não se vai aqui tratar do problema. Cumpre apenas destacar que, para aqueles que entendem admissível o mandado de segurança contra ato jurisdicional mesmo sem a interposição do recurso cabível (*v.g.*: ALVIM, Teresa Arruda. *Agravo de instrumento*, p. 156 e ss, *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*, p. 55 e ss e p. 161; NERY JR, Nelson. *Princípios fundamentais*... p. 224-225), a simples previsão de efeito suspensivo para os casos em que haja relevância e urgência não obstará que se continue a impugnar diretamente a decisão do juiz pela via mandamental.

[25] Assim, há excessivo otimismo na "Justificativa" do projeto de lei da nova disciplina do agravo, quando se afirma que a possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao agravo eliminaria o uso "anômalo" (*sic*) do mandado de segurança contra atos do juiz. Mais realista, Dinamarco fala apenas em "redução" do uso de tal medida (*A reforma*, p. 274).

não só a suspensão "do cumprimento da decisão" agravada (como diz literalmente o preceito), mas também a própria concessão antecipada da providência negada pelo órgão *a quo* e que se busca através do recurso; (b) ou, para esses casos (que tendem a ser cada vez em maior número, sobretudo após a realista adoção generalizada da tutela de urgência em nosso sistema), continuará sendo usado o mandado de segurança. A mesma *ratio* que se põe para a admissão da suspensão do cumprimento da decisão agravada existe para autorizar a concessão antecipada da providência ativa que a decisão agravada negou: a garantia do resultado do recurso.

Outra questão relevante quanto ao tema é a da recorribilidade da decisão que defere ou indefere o pedido de suspensão (ou de concessão do efeito "ativo", caso se entenda viável a interpretação extensiva do novo art. 558). Trata-se de questão já discutida em relação ao art. 558 em sua redação originária.[26] Óbices de duas ordens eram postos à possibilidade de se recorrer de tal decisão: (a) a concessão ou não da providência prevista no art. 558 envolveria "discricionariedade" do relator, sendo incabível recurso ou mesmo o uso de um instrumento de impugnação autônomo; (b) não se previu nenhum recurso para a hipótese. Cabe a análise dos dois argumentos.

O juiz, quando defere ou indefere a providência do art. 558, não está exercendo um simples juízo de conveniência e oportunidade, que caracteriza a discricionariedade. Realiza, isso sim, verdadeira atividade verificadora da subsunção de fatos a normas. Cabe ao juiz examinar se estão presentes os dois requisitos autorizadores da medida: "perigo de lesão grave e de difícil reparação" e "relevante fundamentação do recurso". Verificados tais requisitos, impõe-se-lhe a concessão da medida. Estando eles ausentes, é seu dever indeferi-la. Se na redação originária do art. 558 poderia haver alguma dúvida quanto a serem esses os pressupostos para o deferimento da providência, vez que não vinham expressos, os novos termos do preceito são inequívocos. Os dois requisitos, é verdade, caracterizam-se como "conceitos juridicamente indeterminados", ou seja, expressões vagas e genéricas veiculadas na lei cuja exata precisão do sentido caberá àquele que irá concretamente aplicá-la. Essa atividade de concreta determinação do conceito juridicamente indeterminado envolve certa "liberdade" do julgador, a qual será exercida levando-se em conta as "máximas da experiência", os valores reinantes na comunidade e assim por diante. Mas, nela não há nenhuma discricionariedade. Quanto a isso, respeitada doutrina já marcou posição.[27] Haverá de ser estabelecido, concreta e precisamente, que fato subsume-se à norma que veicula o conceito indeterminado. E, operado tal estabelecimento, não haverá nenhuma margem de liberdade para o juiz: ou bem o fato se enquadra na hipótese de incidência normativa (*fattispecie*) e impõe-se a "atuação da vontade concreta da norma"; ou bem o fato não corresponde ao previsto no modelo normativo e a norma não incidirá (não cabendo, então, falar-se em sua "atuação"). Enfim, ou a norma incide ou não. Não há espaço para um exame de oportunidade e conveniência quanto a isso. Daí por que nunca se há de falar em "discricionariedade judicial" quando o juiz desenvolve atividade cognitiva destinada a verificar a concreta incidência da norma – seja no que concerne à decisão final, seja no que tange às decisões interlocutórias. Até pode haver "discricionariedade judicial", mas só por ocasião do exercício de poderes meramente ordinatórios e administrativos – não quando da prática atos decisórios instrumentais ou finais.[28] Em nada muda a situação a circunstância

[26] Barbosa Moreira fornecia breve relato do posicionamento doutrinário e jurisprudencial frente ao tema e manifestava-se contra a tese da recorribilidade: haveria discricionariedade (*Comentários*..., v. 5, p. 594). Também para Mendonça Lima a concessão da suspensão ficaria ao "arbítrio" do juiz (*Introdução*..., p. 294). Teresa Arruda Alvim descartava a tese da discricionariedade, afirmando, contudo, inexistir recurso legalmente previsto: o ato seria impugnável apenas através de mandado de segurança (*Agravo de instrumento*, p. 139 e ss).

[27] FIGUEIREDO, L. Valle. Princípios constitucionais... p. 122-123; ALVIM, Teresa Arruda. *Agravo de instrumento.* p. 143 e ss. Interessante notar que o próprio Barbosa Moreira – que, como se viu na nota anterior, dizia haver discricionariedade no ato previsto pelo art. 558 – foi um dos primeiros na doutrina nacional a fazer a distinção entre conceitos juridicamente indeterminados e opção discricionária ("Regras de experiência...", p. 63 e ss).

[28] Quanto à inexistência de discricionariedade nos atos jurisdicionais decisórios, além dos textos de L. Valle Figueiredo e de Teresa A. Alvim citados na nota anterior, vede, ainda de ALVIM, Teresa A. *Limites à chamada discricionariedade judicial*. p. 157 e ss, e *Medida cautelar*... p. 106 e ss, e, de C. A. Bandeira de Mello, "Juízo liminar...", p. 106 e ss. Também pode ser mencionado acórdão do Supremo, relatado pelo Min. Buzaid, em que se descarta haver discricionariedade quando o juiz defere ou indefere liminar em mandado de segurança (RTJ 112/140).

de a nova redação do art. 558 prever que o relator *poderá* conceder a medida. Nem por isso, haverá de se falar em mera "faculdade" ao "arbítrio" do julgador. Uma tal conclusão estaria em desacordo com todas as mais básicas noções de direito público. O juiz exerce *função* pública, *função* jurisdicional. Ora, função é o *dever* de satisfazer finalidades no interesse de outrem (no caso da função pública, no interesse da coletividade), através do exercício de um poder.[29] Assim, o agente público, no exercício de função pública, jamais possui uma simples "faculdade" (como, *às vezes*, tem o particular no exercício de seu direito). Todo poder que se lhe confere, tem em vista uma finalidade maior, o interesse público. Isso vale tanto para o administrador quanto para o legislador e o juiz. Assim, quando a lei dá ao juiz determinado poder, igualmente o incumbe do dever de desempenhar esse poder adequadamente. E isso, na hipótese do art. 558, dar-se-á com o juiz concedendo a medida toda vez que presentes os pressupostos e denegando-a quando ausentes. Nada há nisso que, nem de longe, se assemelhe à pura e simples "faculdade" a ser exercida na mais plena autonomia da vontade. Portanto, é certo que no exercício do "poder-dever" do art. 558 não haverá "discricionariedade". A decisão do juiz, concedendo ou negando a medida, será impugnável – a fim de que se examine seu acerto.

Cabe examinar se tal impugnação dar-se-á através da via autônoma do mandado de segurança ou se há recurso para tanto. O art. 558 não fez menção a nenhum recurso contra a decisão que concede ou nega a medida. Talvez se pudesse sustentar que, apesar disso, aplicar-se-ia a regra geral do art. 522: tratando-se de "decisão interlocutória", vez que não encerra o processo, seria cabível o recurso de agravo previsto no Capítulo III – "Dos Recursos". Mas essa solução não parece correta. Como observa Dinamarco, na terminologia do Código, "decisão interlocutória" é termo que se reserva aos pronunciamentos do *juízo singular de primeira instância* que não encerram o processo – não aos atos decisórios praticados no tribunal (ainda que isoladamente pelo relator).[30] O correto fundamento para se conceber a existência de recurso é outro. Não há regra explícita na Constituição de que as causas em tribunais devam ser julgadas por órgãos colegiados. Todavia, é da tradição constitucional brasileira o julgamento colegiado em segunda instância. Está implícita na estruturação constitucional do Poder Judiciário a pluralidade na composição dos tribunais locais e federais. Isso não impede que lei delegue a prática de certos atos a um dos integrantes do colegiado – em regra, o relator da causa (como se dá no art. 558 do CPC). Contudo, terá de existir – sob pena de inconstitucionalidade – um mecanismo que permita a conferência, por parte do órgão colegiado, do correto desempenho da atividade delegada. As partes necessariamente terão de dispor de um instrumento que lhes permita levar as decisões individuais do relator ao órgão colegiado. Essa é a forma de verificar-se se o relator correspondeu, na prática do ato que lhe foi delegado, ao pretendido pelo órgão.[31] Em outros tantos casos, o Código expressamente previu o cabimento de recurso para que se proceda a tal revisão da delegação (arts. 532, 545 e 557). Assim, o art. 558 deve ser interpretado conforme a Constituição: estende-se-lhe a previsão, constante daqueles outros preceitos, de recurso para o órgão competente para o julgamento do agravo originário, no prazo de cinco dias. Mais do que isso, em face da urgência de que se reveste a situação, o recurso terá de ser apreciado pelo colegiado na primeira sessão subseqüente à interposição do agravo (postergação de tal apreciação caracterizará omissão judicial, atacável por mandado de segurança). De todo modo, caso não prevaleça essa interpretação, ter-se-á de admitir o uso direto do mandado de segurança contra as decisões previstas no art. 558 (ou seja: mais uma vez, de pouco terá adiantado a tentativa de redução do número de mandados de segurança contra atos jurisdicionais).

Por fim e embora não se refira diretamente ao tema do presente texto, cabe uma observação acerca do novo parágrafo único do art. 558, que estende a possibilidade de aplicação do *caput* às apelações sem efeito suspensivo (art. 520). A inovação é positiva (funda-se nas mesmas razões ensejadoras do estabelecimento de uma regra geral para concessão de efeito

[29] GRAU, Eros Roberto . Poder de polícia... p. 93;MELLO, C. A. Bandeira de, *Curso*... p. 21.

[30] *A reforma*... p. 275.

[31] O Supremo, esposando essa tese, declarou inconstitucional preceito do regimento interno do Trib. de Just. de Goiás, que estabelecia como irrecorríveis determinadas decisões proferidas isoladamente por seus integrantes (Rep. 1.299, RTJ 119/980). No mesmo sentido: RTJ 121/373, RTJ 83/240, RJTJSP 118/483 (este último traz excelente fundamentação). Na doutrina: ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Do agravo regimental.* p. 130 e ss; FAGUNDES, Seabra. *Dos recursos ordinários*... p. 372.

suspensivo ao agravo). O legislador apenas poderia ter ido além, prevendo também a possibilidade de ser retirado o efeito suspensivo das apelações que o tenham, nos casos em que houvesse fundamentos relevantes e perigo de dano. Seja como for, a falta de uma autorização genérica para a execução provisória pode vir a ser suprida pelo correto uso da antecipação da tutela, a ser concedida *a qualquer tempo*, desde que presentes seus requisitos – e, portanto, inclusive depois de proferida a sentença em primeira instância (nesse caso, a tutela antecipada será autorizada já pelo tribunal competente para o julgamento do recurso).

4. Interposição do agravo de instrumento perante o órgão "ad quem" – valores processuais envolvidos

Os principais aspectos positivos da previsão de interposição do agravo de instrumento perante o órgão *a quo* já foram abordados no item II: contribuição para um processo mais dinâmico e incentivo às partes para que optem pelo agravo de instrumento apenas nos casos em que não se possa esperar a decisão do agravo retido.

A grande objeção que se poderia apresentar ao novo regime do agravo de instrumento seria a de que ele dificultaria o acesso à justiça, na medida em que, quando o órgão *ad quem* não ficasse na mesma localidade em que o órgão *a quo*, muitas vezes seria bastante difícil providenciar-se a formação do agravo e sua interposição tempestiva. A crítica cai por terra, porém, quando se constata que a nova disciplina forneceu meios eficazes para evitar que isso ocorra: possibilidade de apresentação do recurso e da resposta pelo correio ou por outra forma prevista em lei local (arts. 525, § 2º, e 527, parágrafo único); ampliação do prazo para agravar e responder, de cinco para dez dias (arts. 522 e 527, III).[32] Se a tais aspectos forem acrescidas as observações feitas adiante sobre a necessidade de observância da assistência jurídica integral (item IX), fica evidente não haver nenhuma grave dificultação à interposição do recurso.

Na introdução do presente trabalho, observou-se que vários recursos que o Código chama de "agravo", não se submetem à disciplina geral estabelecida no Capítulo III do título X, vez que todos implicam devolução imediata ao órgão *ad quem*, nos próprios autos. Diversa é a situação que se põe para o agravo previsto no art. 544, cabível contra a decisão do tribunal local que nega seguimento ao recurso especial. Esse processa-se mediante instrumento. Sua tramitação já está quase toda disciplinada no art. 544 (que remete a regulamentação de seu processamento *depois de distribuído* ao STF ou STJ aos respectivos regimentos internos – § 2º). Sua disciplina específica, todavia, contém uma lacuna: não há expressa previsão de que sua interposição deva se dar junto ao órgão *a quo*. Em face disso, vigorando as novas regras sobre agravo, o recurso do art. 544 e sua resposta passarão a ser diretamente interponíveis frente ao órgão *ad quem*? Parece que sim. Basta que se verifique o que se dava antes da Lei nº 9.139/95: embora o art. 544 nada dissesse a respeito, ninguém discutia que tal agravo de instrumento devesse ser interposto junto ao órgão *a quo*.[33] De onde vinha essa determinação? Não existia nenhum preceito nas disposições gerais sobre os recursos (arts. 496 e ss). Nem se invoque o parágrafo único do art. 506 (estabelecido pela Lei nº 8.950/94): a alusão a "cartório" evidencia tratar-se de norma disciplinadora dos recursos interpostos contra decisão de primeiro grau. Também não se pode dizer que haveria uma "regra geral" não escrita, pela qual *todos* os recursos, no silêncio da lei, seriam interpostos perante o órgão *a quo*. Embora seja da tradição brasileira, isso sempre se deveu a alguma especial previsão que regulasse o recurso (explícita, *v.g.*: arts. 514, 535, 541; ou implícita, *v.g.*: 531). Tampouco existe essa previsão nos regimentos internos do STF e do STJ, nem na Lei nº 8.038/90 (cujo art. 28, § 1º, que poderia levar ao entendimento oposto, foi revogado pela Lei nº 8.950/94). Portanto, a determinação de que o agravo do art. 544 fosse interposto frente ao órgão *a quo* advinha da disciplina geral do agravo de instrumento prevista no antigo Capítulo III. Ou seja, o agravo do art. 544, vez que "de instrumento", era subsidiariamente disciplinado pelo antigo art. 522 e seguintes, cabendo, por isso, sua interposição perante o tribunal recorrido. Quando passar a vigorar o novo regime do agravo de instrumento, conseqüentemente, também o agravo de instrumento do art. 544

[32] V. DINAMARCO. *A reforma*... p. 280-281.

[33] Confiram-se os textos de comentários à reforma do CPC, anteriores à vigência da nova disciplina do agravo (v.g., DINAMARCO, *A reforma*... p. 203-204; PASSOS, Calmon de. *Inovações*... p. 127; THEODORO JR. *As inovações*..., p. 29 e 30; BERMUDES, S. *A reforma*... p. 76-78, NERY JR. *Atualidades*... p. 103): antes das alterações do Capítulo III, nenhum deles punha em dúvida a interposição do agravo do art. 544 frente ao órgão *a quo*.

(e sua resposta) passará a ser interposto frente ao órgão *ad quem*. Isso fica ainda mais evidente na medida em que se constata que toda a regulamentação constante daquele preceito é propícia a isso: cabe às partes trazerem as peças aos autos, junto com suas razões e contrarazões; o prazo para interposição e resposta também foi ampliado para dez dias; em momento algum se menciona "juízo de retratação" ou tramitação frente ao tribunal recorrido e assim por diante. Também por força da aplicação subsidiária das novas regras do Capítulo III, ter-se-á de admitir a interposição (e resposta) *pelo correio*. Essa solução é a que melhor se afina com aquele que foi o maior propósito da reforma no que tange ao agravo de instrumento: eliminar a morosidade no processamento do recurso e no andamento da causa em que se proferiu a decisão recorrida.[34]

Existe ainda outra ressalva a ser feita, para que a previsão de interposição do recurso diretamente perante o órgão *ad quem* não dificulte indevidamente o direito de recorrer. Eventualmente, não haverá coincidência quanto aos dias de funcionamento (dias úteis) do órgão *a quo* e do órgão *ad quem*. No que tange ao *termo inicial*, o prazo terá de ser computado sempre se levando em conta os dias úteis do órgão *a quo*. Primeiro, porque é nele que se dá o ato caracterizador do termo inicial do prazo (a intimação da decisão agravável). Depois, porquanto, não fosse assim, poderia haver indevida redução do prazo que talvez impossibilitasse a interposição do recurso (por exemplo: o prazo estaria em curso, sem que a parte pudesse ter acesso à decisão e às peças, por não estar funcionando o órgão *a quo*). Já para a determinação do termo final do prazo, *quando o recurso for diretamente interposto no protocolo do tribunal* (e não pelo correio ou outra forma prevista em lei local – v. item seguinte), importarão os dias de funcionamento do órgão *ad quem*. Em cada um dos casos, à evidência, serão aplicadas, respectivamente, as regras dos §§ 2º e 1º do art. 184 do CPC. Superveniência de férias no órgão *a quo* (ainda que exclusivamente neste) suspenderá o curso do prazo (art. 179) – afinal, enquanto não interposto o recurso, é só perante este que tramita o processo. Já se houver férias exclusivamente no órgão *ad quem*, não se sustará o prazo – aplicando-se apenas a norma do art. 184, § 1º.

[34] De qualquer modo e seja qual for a orientação que se adote, enquanto houver dúvida objetiva, o recurso não poderá simplesmente ser inadmitido, caso interposto perante o órgão que se entenda incorreto.

5. Interposição pela via postal e em protocolo integrado

Visando a não afetar a faculdade de recorrer (especialmente quando a causa não se processa na mesma localidade em que fica o órgão *ad quem*), a Lei nº 9.139/95 possibilita a interposição do agravo de instrumento (e de sua resposta) pelo correio. Essa inovação faz com que surjam algumas novas questões – a serem resolvidas sempre à luz da garantia do acesso à justiça.

Os agentes postais têm reforçada sua condição de auxiliares da justiça (a qual já assumiam na medida em que através deles cumpre-se grande parte das intimações e citações etc.). A apresentação da petição perante a agência do correio será suficiente para cumprir as exigências do prazo.[35] Daí por que o agente do correio deverá consignar, devidamente, data e hora do recebimento da petição.

Primeiro, haverá uma dualidade de funcionamento dos órgãos (diferença quanto aos "dias úteis"), já exposta no último parágrafo do item anterior. Para o termo inicial, deverão ser considerados, sempre, os dias úteis do órgão *a quo*. Todavia, quando a interposição (ou resposta) se der pelo correio (*e desde que o órgão* "a *quo*" *situe-se em localidade distinta da do órgão* "*ad quem*"), haverá uma variação quanto ao termo final: em princípio, o prazo se encerrará considerando-se as regras expostas acima (ou seja, serão tomados em conta os dias úteis no órgão *ad quem* – v. item IV, último parágrafo). Mas, se, naquele que seria o último dia para a interposição do recurso (ou apresentação da resposta) diretamente no protocolo do órgão *ad quem*, não funcionarem as agências postais da localidade em que se situa o órgão *a quo*, a remessa pelo correio poderá ser feita no primeiro dia subseqüente em que aquelas funcionem. Solução outra (tal como afirmar-se que as partes teriam o ônus de, nesse caso, enviar antes o recurso pelo correio, ou ir protocolá-lo no tribunal), constituiria óbice ilegítimo à faculdade de recorrer ou responder ao recurso. Tornaria letra morta a possibilidade de interposição pelo correio. E, sem tal possibilidade, seria afetada a própria legitimidade do regime de interposição direta do agravo de instrumento frente ao tribunal.

O constante do parágrafo anterior é aplicável, com as devidas adaptações, à hipótese de interposição em protocolo integrado (quando houver tal previsão em lei local, conforme autoriza a parte final do § 2º do art. 525).

[35] DINAMARCO. *A reforma*... p. 281.

Depois, há o problema do horário em que se encerra o prazo para a interposição pelo correio. O art. 172, *caput*, do CPC estabelece que o horário para a prática de atos processuais vai até as vinte horas. O § 3º do mesmo artigo estabelece, contudo, que, "quando o ato tiver de ser praticado em determinado prazo, por meio de petição, esta deverá ser apresentada no protocolo, dentro do horário de expediente, nos termos da lei de organização judiciária local". Com esse § 3º (estabelecido pela Lei nº 8.952/94), elimina-se a discussão existente quanto à possibilidade de o horário de funcionamento dos protocolos encerrarem-se antes ou depois daquele previsto no *caput* do artigo. Resta saber se tal parágrafo aplica-se analogicamente à interposição pelo correio (isso, sempre, nos casos em que o órgão *a quo* situe-se em localidade distinta da do órgão *ad quem*). Em caso positivo, independentemente do horário para prática de atos processuais, interessaria o horário de funcionamento das agências postais. O agravo de instrumento (ou sua resposta), para ser tempestivo quando enviado no último dia do prazo, haveria de ser postado até o horário de fechamento da agência postal. Caso se adotasse esse entendimento, seria irrelevante que os atos processuais possam ser praticados até as vinte horas: se a agência postal fechasse antes, esse horário de fechamento é que teria de ser observado. Todavia, existem fortes razões para que a resposta seja negativa. Primeiro, porque a norma do § 3º do art. 172 traz uma exceção à regra geral do *caput* – não admitindo, conforme a boa hermenêutica, interpretação extensiva. Assim, só se poderá conceber um horário diverso do previsto no *caput* do artigo quando houver petição a "ser apresentada *no protocolo*" – e não enviada pelo correio. Depois, porque se chegaria ao absurdo de o horário final para a prática de ato processual ficar à mercê de particulares (a Empresa de Correios e Telégrafos ou até os seus franqueados): a situação é absolutamente diversa da prevista no § 3º, em que "lei de organização judiciária local" estabelecerá o horário. Assim, o que vale para a postagem da petição de agravo de instrumento ou de sua resposta é o horário previsto no *caput* do art. 172 (vinte horas). Fechando as agências do correio antes desse horário, o prazo deverá ser prorrogado para o dia útil seguinte (aplicando-se analogicamente o art. 184, § 1º, II).[36]

Já no caso de apresentação do agravo de instrumento ou de sua resposta perante protocolo integrado (quando a lei local contenha tal previsão), incide, perfeitamente, o § 3º do art. 172.

O problema do custo econômico da interposição pelo correio (que, se não for adequadamente solucionado, caracterizará um óbice ilegítimo ao acesso à justiça) será apreciado no item IX, adiante.

6. Prazo para resposta e isonomia

O novo art. 523, § 2º, ao permitir a retratação do juiz no agravo retido, determinou que, para tanto, previamente se ouvirá o agravado. Acima (item II), já se apontou uma razão pela qual a menção a "cinco dias" contida no preceito refere-se ao prazo que tem o juiz para a retratação. Ainda, no tópico seguinte, outro motivo para tal entendimento será apresentado.

No presente item, importa apenas ressaltar que, não bastassem aquelas razões, existe outra para se descartar que o prazo de cinco dias seja para a resposta do agravado: o princípio constitucional da isonomia (CF, arts. 3º, IV, e 5º, *caput* e I), que impõe tratamento igual às partes no processo. Havendo dez dias para uma das partes interpor o recurso (novo art. 522), a outra tem direito ao mesmo prazo para respondê-lo.[37]

7. Juízo de retratação e devido processo legal

No item II, já se expuseram as condições dentro das quais é possível a retratação no agravo retido: ou bem o juiz, *assim que interposto o agravo* e observado o contraditório, se retrata, ou fica-lhe afastada essa oportunidade. Como se aduziu, essa é a única interpretação que impede: (a) que se generalize a instauração de um "incidente" de agravo retido dentro dos autos principais; e (b) que a definição quanto à retratação fique em aberto, vindo a se rever a decisão agravada apenas muito tempo depois. Naquele tópico, tomou-se em conta o princípio da oralidade (ou, quando menos, a necessidade de um processo célere).

Mas existe outro valor, igualmente relevante, que impõe a mesma conclusão. Para evidenciá-lo, cabe um rápido exame dos argumentos que se apresentaram contra a possibilidade da retratação em agravo retido, na sistemática originária do CPC. O primeiro deles era de ordem

[36] Essa era a solução adotada por aqueles que, antes da previsão do § 3º do art. 172, entendiam ser impossível a lei de organização judiciária local reduzir o horário final para protocolo de petição (v. DINAMARCO. *Vencimento de prazo*... p. 367-369, e, também, acórdão do TAPR, em Paraná Judiciário 40/170).

[37] Nesse sentido, DINAMARCO. *A reforma*... p. 278.

literal. O antigo art. 527, disciplinador do juízo de retratação, aplicar-se-ia apenas ao agravo de instrumento. Portanto, inexistiria autorização legal para o juiz redecidir a questão – o que esbarraria no estabelecido pelo art. 471, *caput* e inciso II. Depois, alegava-se que a retratação em agravo retido violaria o princípio do contraditório, vez que não haveria previsão de ouvida do agravado (ao contrário do que se dava no agravo de instrumento, na disciplina originária). Esses dois óbices eram afastáveis porque: (a) entre as várias normas encartadas no antigo art. 527 já havia uma que se aplicava inequivocamente ao agravo retido (a do § 2º), nada impedindo que o mesmo se desse em relação à que prevê a retratação; (b) bastaria que o juiz ouvisse o agravado antes de se retratar.[38] Existia, contudo, um terceiro e mais grave motivo para não se admitir a retratação (ao que consta, contudo, não externado em doutrina e jurisprudência). O estabelecimento de um procedimento relativamente rígido, com um regime de preclusões, visa, mais do que imprimir velocidade ao procedimento, garantir a certeza e a segurança das situações jurídicas processuais. Assegura-se às partes que elas não serão surpreendidas durante o processo por uma nova decisão de matéria há muito resolvida.[39] A retratação, no antigo regime do agravo de instrumento, é compatível com essa garantia: existe uma fase precisa e previamente determinada em que se estabelece a oportunidade do juiz retratar-se. As partes sabem de antemão o momento em que poderá haver reconsideração. Já no antigo regime do agravo retido, tal não se dava. Não existindo um procedimento legalmente previsto que permitisse a retratação, esta, se possível, ocorreria a qualquer momento. Admitindo-se a retratação em tal caso, conceder-se-ia ao juiz uma "carta branca", possibilitadora de nova decisão a qualquer instante e mesmo muito tempo depois do primeiro pronunciamento sobre a questão. Haveria ofensa ao princípio do devido processo legal (que tem, precisamente, a difícil função de garantir um procedimento rápido, justo e que ofereça às partes certeza e segurança jurídica). Assim, os dois primeiros óbices apresentados à retratação no antigo sistema, se já eram discutíveis, são evidentemente derrubados pela previsão do novo art. 523, § 2º. Agora, para que também o terceiro deles deixe de valer, é imprescindível a adoção do entendimento apresentado no item II e recapitulado acima: também em atenção ao devido processo legal, o juiz, para que se possa retratar no agravo retido, terá de fazê-lo assim que interposto o recurso – apenas ouvindo antes o agravado. Eventualmente, até poderá não se retratar no prazo de cinco dias, vez que é um prazo "impróprio" (não acarretador de preclusão temporal). Mas, não observado o prazo (e desde que por motivo justificável), haverá de fazê-lo na primeira oportunidade. O que não se concebe é que, muito tempo (e vários atos) depois de interposto o agravo retido ou de respondido o recurso, venha o juiz, sem mais, a "tirar da manga" a retratação. Nem se diga que seria inconcebível a imposição de preclusão ao juiz. A possibilidade de retratação, em si, já é uma *exceção* à regra estabelecedora da preclusão consumativa para os atos decisórios do juiz (CPC, art. 471: essa regra não diz respeito só à coisa julgada, mas também à preclusão).[40]

Essas mesmas considerações hão de nortear a possibilidade de retratação no caso do novo regime do agravo de instrumento. A despeito do agravo de instrumento ser diretamente interposto perante o órgão *ad quem*, é possível a retratação. Se antes havia uma precisa regulamentação para a retratação (com a previsão de um exato momento em que ela poderia se dar), o novo Capítulo III é lacônico quanto a isso. Só existe a norma do art. 529: "Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo". Há de se aplicar por analogia o artigo que regula a retratação no agravo retido (inversamente ao que se fazia na sistemática originária). Desse modo, assim que o agravante juntar no juízo *a quo* cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que o instruíram (o que se fará no prazo de três dias da interposição do recurso: novo art. 526),[41] o juiz, caso as razões

[38] Os argumentos contrários à retratação no agravo retido podem ser encontrados em TUCCI, R. L. , *Curso*... p. 316-317, e BERMUDES, S. *Comentários*... v. 7. p. 167-169, e em acórdão do TJSP publicado na RJTJSP 108/352. Barbosa Moreira apresenta resposta a essas objeções (*Comentários*..., v. 5. p. 464-466), indicando vastíssima jurisprudência favorável à retratação.

[39] CHIOVENDA. *Instituições*... v. 3. p. 155; modernamente e citando vasta doutrina: FERREIRA FILHO, Manoel Caetano , *A preclusão*... p. 28-29.

[40] ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Sentença e coisa julgada*... p. 264; ALVIM, Teresa Arruda. *Agravo de instrumento*. p. 214 e ss (esp. p. 220).

[41] Dinamarco afirma que "a primeira e mais intuitiva finalidade" do novo art. 526 "é propiciar ao juiz o juízo de retratação, que é do interesse do próprio agravante". "Por isso, o retardamento ou omissão no

recursais ponham-no em dúvida quanto ao acerto da decisão impugnada, *ouvida* a parte contrária, poderá retratar-se. Ainda, no agravo de instrumento, terá excepcionalmente uma segunda oportunidade para fazê-lo. Tal ocorrerá quando o relator requisitar-lhe informações (novo art. 527, I). Nesse momento, ao elaborá-las, pode vir a reformular seu entendimento, retratando-se. Depois disso, contudo, fica-lhe preclusa essa possibilidade – pelas mesmas razões já expostas acima e no item II.[42]

8. Retratação e "aproveitamento do instrumento"

Havendo retratação do juiz no agravo de instrumento, o até então agravado poderá aproveitar o procedimento recursal já instaurado (ou seja, requerer o prosseguimento do processamento do instrumento, com a inversão das posições de agravante e agravado). Na nova disciplina, deixa de existir regra expressa nesse sentido (tal qual a do original art. 527, § 6º). Todavia tal solução se impõe como decorrência direta do princípio da economia processual (princípio "formativo", segundo o qual, na já clássica definição que remonta a Mancini e Manfredini, o processo tem de ser acessível a todos, tendo em vista seu custo e duração).[43]

9. Assistência jurídica integral e agravo de instrumento

O custo econômico que advirá da interposição do recurso ou da apresentação de resposta diretamente frente ao juízo *ad quem* não se pode transformar em barreira ao pleno exercício de tais direitos. Já na vigência da Constituição anterior, entendia-se que a então denominada assistência "judiciária" deveria ser estendida a toda e qualquer espécie de despesa que viesse a obstar o pleno exercício do direito ao processo (com todas as faculdades que lhe são inerentes).[44] Não pode ser diversa a solução sob a égide da nova Constituição, que pretendeu conferir um conteúdo ainda mais amplo a tal direito social (art. 5º, LXXIV). Ao denominá-lo "assistência *jurídica*", o constituinte evidenciou que se estende inclusive a todo e qualquer auxílio jurídico que os economicamente menos favorecidos necessitem, até fora do processo.[45]

Mais do que isso, a "assistência" foi expressamente qualificada como *integral*. Deste modo, tanto as despesas relativas à fotocopiagem e autenticação das peças para o instrumento quanto as alusivas à eventual remessa postal do recurso ou da resposta estão abrangidas por aquele direito constitucional (para nem falar das custas recursais e do porte do retorno, antes já previstas).

Mas, especialmente porque se trata de um direito social (que envolve uma *atuação* do Estado), não basta afirmá-lo. Têm de ser apontados os meios de sua efetivação.

Já desfrutando no processo do "benefício da justiça gratuita" (que é um dos aspectos da assistência jurídica), a parte, quando intimada da decisão agravável ou para responder ao recurso, solicitará diretamente ao responsável pela vara ou secretaria do juízo *a quo* as peças pretendidas (independentemente de petição – cuja tramitação, por mais rápida que fosse, não teria uma definição em tempo hábil). O atendimento do pedido terá de ser feito em tempo suficiente para que se possa cumprir normalmente o prazo. Atraso injustificável por parte

---

cumprimento de tal preceito não será fatal a este, nem obstará ao conhecimento do agravo interposto" (*A reforma*... p. 288). Quanto a tudo isso, Dinamarco está certo. Também é correto que "a ciência do agravado não se dá por esse caminho". Mas, ao se determinar que o agravante trouxesse aos autos a petição de agravo, o comprovante de interposição e, especialmente, *a relação dos documentos que o acompanharam*, visa-se a fornecer um meio de o agravado saber quais são as peças que já integram o instrumento, para decidir quais indicar, naqueles casos em que o órgão *ad quem* situa-se em outra localidade. Note-se que, quanto a isso, o ofício pelo qual o órgão *ad quem* o intimará, ao que consta, não trará nenhuma informação (novo art. 527, II). Assim, embora o agravo não possa ter seu conhecimento afetado pelo atraso ou omissão na observância do art. 526, o agravante, caso tenha agido de má-fé, terá de ser punido, bem como, independentemente de sua má-fé, poderá caracterizar-se justo motivo para atraso na resposta do agravado (caso o ofício de intimação do agravado não traga as razões do agravo ou a relação dos documentos que o acompanharam – e desde que o órgão *ad quem* situe-se em outra localidade).

[42] Em sentido bastante diverso é o entedimento de Dinamarco (*A reforma*... p. 289).

[43] Trata-se de uma proposta "eminentemente instrumentalista" (DINAMARCO, *A reforma*... p. 290 e 291) e, bem por isso, deve prevalecer.

[44] Assim, Ada Pellegrini Grinover demonstrou que tal assistência haveria de se estender, por exemplo, inclusive às cauções processuais e depósitos para as rescisórias, sob pena de inconstitucionalidade dessas exigências (*Os princípios constitucionais*... p. 61-68).

[45] Confira-se a análise da evolução e reforço desse direito feita por Barbosa Moreira, em "O direito à assistência jurídica...", esp. p. 57 e ss.

da escrivania do juízo acarretará medidas de responsabilização penal e administrativa. Em última hipótese, a parte apenas enviará ao tribunal as razões recursais ou a resposta, apresentando, assim que possível, as peças (evidentemente, o envio tardio das peças só se admitirá em relação ao beneficiário da justiça gratuita – e quando houver tal atraso na sua obtenção).

Quanto às eventuais despesas de postagem, a parte apenas terá de, perante a agência do correio, comprovar que desfruta do benefício da justiça gratuita (*v.g.*, mediante cópia autenticada da decisão que o deferiu), para que possa enviar a petição com porte a ser cobrado do destinatário. Obviamente, caberá alguma instrução para as agências postais nesse sentido (e, aliás, tantas outras relativas a como deverão proceder). Nada há de muito difícil nisso, como já se comprovou recentemente na prática: depois de algumas dificuldades iniciais, as agências bancárias oficiais já estavam devidamente instruídas quanto ao procedimento extrajudicial da "consignação em pagamento".

As despesas de montagem das peças e do porte terão o mesmo destino das demais feitas pelo necessitado no curso do processo.

10. Improvimento do recurso com base em súmula – princípio da legalidade, liberdade de convencimento do juiz e garantia constitucional de motivação das decisões

Ainda, na nova disciplina, reformulou-se o art. 557. Entre outras hipóteses, autoriza-se ao relator negar seguimento a recurso "contrário a súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior". O preceito merece algumas rápidas considerações.

Sempre se entendeu que, no sistema brasileiro, fiel ao modelo europeu continental, não vigora o *stare decisis*. As decisões judiciais, ainda que reiteradas e pronunciadas por tribunais superiores, não são vinculantes. Enfim, mesmo as súmulas têm apenas força relativa. Na medida em que estabelecem "jurisprudência", influenciam as decisões posteriores. Não se caracterizam, porém, como "direito posto".[46] Os tribunais, seus integrantes e juízes singulares não são obrigados a acatá-las, vez que não são leis. O próprio princípio da legalidade (CF, art. 5º, II) – que possui especial relevância em nosso sistema (a ponto de peculiarizá-lo não só em relação aos sistemas da *common law* como em face de outros da tradição continental) – impõe tal conclusão.

É com essa ressalva que tem de ser entendido o novo art. 557, quando autoriza o indeferimento do recurso pelo próprio relator com base em súmula. O relator não está vinculado em termos absolutos ao entendimento veiculado na súmula. Assim, fará prevalecer, quando decide, o entendimento que lhe parece o mais consoante com os valores vigentes à época na sociedade (até porque, não fosse assim, jamais se conceberia evolução na jurisprudência – vede nota imediatamente acima). No mais das vezes, esse entendimento é o estabelecido na súmula (essa exatamente é uma das funções da súmula). Seja como for, toda vez que lhe pareça estar superada ou inadequada a súmula (e mesmo que não revista pelo tribunal que a enunciou), não deverá aplicá-la.

De outra parte e quando a aplique, caberá ao relator fundamentar motivadamente sua decisão. Terá, então, de mostrar: que o caso concreto se enquadra no previsto na súmula; qual o sentido e alcance que a súmula tem; que o entendimento constante desta continua prevalecendo (quando se tratar de súmula antiga) – e assim por diante. Enfim, cumprirá rigorosamente o dever constitucional de fundamentar a decisão (art. 93, IX, da CF). E fundamentar é expor, sem necessidade de pompa ou ostentação de erudição, em termos claros, as razões fáticas e jurídicas que fizeram com que se adotasse determinado entendimento. Por isso, assim como o julgador não pode simplesmente citar um preceito legal, como se isso fosse motivação,[47] muito menos poderá, por exemplo, indeferir o recurso nos seguintes termos: "Indefiro com base na súmula tal". Não haveria em tal hipotética decisão, rigorosamente, motivação alguma – e, por tal razão, seria absolutamente nula.

11. Encerramento

Seria supérfluo sumariar, ao final, as conclusões apontadas no curso do trabalho. Tampouco é possível, pura e simplesmente, qualificar a nova disciplina do agravo como "boa" ou "ruim" para a efetividade do processo. Mesmo uma análise nesses termos de cada uma das partes da nova Lei, vez que hipotética, está fadada a ser desmentida pela realidade: não são poucas as "criações legais" qualificadas como perfeitas que viraram "monstros" na vivência diária; outras tantas acabam por vir a desempenhar importantes funções nem sequer

[46] Conferir, por todos: DINAMARCO. *A instrumentalidade*... p. 43 e 108-112; MOREIRA, Barbosa. *Comentários*... v. 5, p. 25-26.

[47] TARUFFO, *Il significato costituzionale*... esp. p. 45; FIGUEIREDO, L. Valle. *Princípios*... p.125-126; NERY JR.. *Princípios*... p. 156.

concebidas quando de seu surgimento... Enfim, é a concretitude da vida que dará a resposta. O que se pode fazer é uma tentativa de indicar caminhos para que a reforma do sistema processual mais o aproxime, na prática, daquelas garantias de que se falou no início. E foi o que se tentou aqui, em relação ao recurso de agravo.

Bibliografia

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo.* 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992 .

ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil.* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 2 v. v.1: Parte geral.

ALVIM, Teresa Arruda. Limites à chamada discricionariedade judicial. *Revista de Direito Público*, v. 24, n 96, p. 157-166, out./dez. 1990.

ALVIM, Teresa Arruda. *Agravo de instrumento.* 1 ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, C. Antonio Bandeira de. Juízo liminar. Poder-dever de exercício de poder cautelar nessa matéria. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 3, p. 106-116, 1993.

MELLO, C. Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, C. Antonio Bandeira de. Mandado de Segurança contra denegação ou concessão de liminar. *Revista de Direito Público*, v. 22, n. 92, p. 55-61, out./dez., 1989.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1987. v. 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. O processo civil, hoje: um congresso da Associação Internacional de Direito Processual.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 5.

BEDAQUE, José R. dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

BEDAQUE, José R. dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 1. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BERMUDES, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 7: Arts. 496 a 565.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1: Do mandado de segurança individual.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CAPPELLETTI, M. *Giustizia e società*, Milano, Di Comunità, 1977. L'oralitá nel processo civile italiano: ideali contra realitá.

CAPPELLETTI, M. *Giustizia e società*. Milano: Di comunità, 1977. Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2. L'oralità e la prova.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1. Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progeto Orlando di riforme processuali.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2. Relazione sul projeto di riforma del procedimento elaborato dalla comissione per il dopo guerra.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Tradução por: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1 e v. 3.

DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Di Comunità, 1971. L'oralità nelle riforme del processo civile.

DI PIETRO, M. S. Zanella. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido R., *Fundamentos do processo civil moderno.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. Vencimento de prazos e horário do protocolo forense.

DINAMARCO, Cândido R. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido R., CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo.* 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

DINAMARCO, Cândido R. *Universalidade da tutela jurisdicional.*

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança*. Porto Alegre: Fabris, 1986. Da liminar em mandado de segurança.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança*: individual e coletivo: aspectos polêmicos. São Paulo: Malheiros, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil.* Curitiba: Juruá, 1991.

FIGUEIREDO, Lúcia V. Princípios constitucionais do processo. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 1, p. 118-126, 1993.

FIGUEIREDO, Lúcia V. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

GRAU, Eros Roberto. Poder de polícia: função administrativa e princípio da legalidade: o chamado direito alternativo. *Revista Trimestral de Direito Público.* n. 1, p. 88-103, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antonio C. de Araújo, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

LIEBMAN, Enrico T. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas por: Cândido R. Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1.

LIMA, A. Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

ARAGÃO, Egas D. Moniz. Do agravo regimental. *Revista dos Tribunais*, v. 51, n. 315, p. 130-152, jan., 1962.

ARAGÃO, Egas D. Moniz. *Sentença e coisa julgada*: exegese do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais:* teoria geral dos recursos. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil:* a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de dezembro de 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

TARUFFO, Michele. *Participação e processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione.

TARZIA, Giuseppe. *O novo processo civil de cognição na Itália*, conferência pronunciada, em 23.06.95, nas Jornadas de Direito Processual Civil, realizadas em Curitiba (reprodução escrita, autorizada pelo autor e fornecida pelos organizadores).

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TUCCI, Rogério L. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3: Processo de conhecimento: sentença, coisa julgada, processo nos tribunais e recursos.

VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1984.

YARSHELL, Flávio L. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade.* São Paulo: Malheiros, 1993.

O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais

ANDERSON CAVALCANTE LOBATO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O reconhecimento jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. A) A constitucionalização dos direitos fundamentais. I. A finalidade do Estado e a evolução dos direitos do homem. II. A definição dos direitos fundamentais. B) As gerações dos direitos fundamentais. C) Os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição Federal de 1988. 3. As garantias jurídicas dos direitos fundamentais. A) A garantia de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. B) Os limites materiais impostos ao processo de reforma constitucional. C) As restrições impostas à decretação do estado de exceção constitucional. 4. As garantias jurisdicionais: as ações constitucionais de proteção dos direitos fundamentais. A) As ações constitucionais de proteção dos direitos individuais e coletivos. B) As ações constitucionais de proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais.

1. INTRODUÇÃO

A problemática dos direitos fundamentais aparece inicialmente no momento das lutas contra o Estado absolutista monárquico. O primeiro documento que procurou de algum modo restringir os poderes do monarca surgiu na Inglaterra de 1215 com a Magna Carta outorgada por João-sem-terra. Séculos mais tarde, nas terras do novo mundo, foi proclamada a Declaração de Direitos do Estado de Virgínia, pouco antes da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, no ano de 1776. No entanto, as declarações de direitos somente alcançaram uma dimensão universal com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pelos revolucionários vitoriosos, na França de 1789.

As declarações de direitos inauguraram uma nova fase nas relações entre governantes e

Anderson Cavalcante Lobato é Pesquisador Recém-Doutor do CNPq junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da UFPR; Doutor em Direito pela Universidade de Ciências Sociais de Toulouse - França.

governados. Se do ponto de vista tradicional ao homem era atribuído tão-somente obrigações, com as Declarações de Direitos, o homem, visto como indivíduo, adquire direitos, cabendo ao governante o dever de garanti-los. Essa inversão radical nas relações entre soberanos e súditos dá origem ao Estado moderno que evoluirá em conformidade com a afirmação e o reconhecimento de novos direitos do homem.[1]

Fato é que os direitos do homem são, na verdade, direitos históricos, reconhecidos à medida que as condições da vida em sociedade se transformam; não são, pois, fruto da natureza, mas sim da civilização.[2] Das declarações de direitos até chegarmos à afirmação dos direitos fundamentais, que adquirem valor jurídico-constitucional, os direitos inerentes à pessoa humana passaram por um longo processo de reconhecimento e constitucionalização. A problemática dos direitos do homem hoje não seria tanto a busca de justificação teórica, mas sim de garantir-lhes proteção jurídica e jurisdicional. Os países ocidentais, em sua grande maioria, trazem nas suas Constituições nacionais o reconhecimento do valor jurídico-constitucional dos direitos do homem, porém quando se trata de garantir-lhes efetividade e concretização, os mecanismos jurídicos e jurisdicionais são ainda precários e de difícil acesso. Para melhor compreendermos a proteção dos direitos fundamentais, será necessário cuidarmos primeiramente do processo de seu reconhecimento jurídico-constitucional, para assim identificarmos claramente os direitos tutelados (2). Somente então, estaremos em posição de analisar as garantias jurídicas (3) e jurisdicionais (4) de proteção dos direitos fundamentais.

2. O RECONHECIMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As declarações de direitos da primeira fase do constitucionalismo liberal adquiriram um valor jurídico extremamente reduzido. É certo que cuidavam da afirmação de princípios fundamentais que deveriam ser reconhecidos e garantidos pela ordem constitucional; entretanto, o fato de não estarem inseridos no próprio texto da Constituição, dificultava sobremaneira o processo de garantia, seja jurídica, seja jurisdicional.

Vejamos, pois, alguns aspectos deste longo processo de constitucionalização dos direitos (A), passando pela sua classificação em gerações (B), para então analisar particularmente aqueles direitos reconhecidos pela Constituição brasileira de 1988 (C).

A) A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O processo de constitucionalização dos direitos do homem seguiu a mudança de concepção do Estado de direito que, partindo de uma compreensão estritamente liberal e individualista do homem, passou a compreendê-lo a partir de seu contexto social, econômico e cultural. Trata-se justamente de uma mudança radical do papel do Estado na vida em sociedade, que além de garantir os direitos de liberdade, passa a ser compreendido enquanto promotor do bem-estar social, permitindo a necessária correção das desigualdades econômicas e sociais.

Há pouco e pouco os direitos do homem adquirem um valor fundamental para a própria compreensão do Estado de direito. De fato, o Estado de direito, representando o Estado constitucional submisso às regras do Direito, por si só não mais podia expressar a idéia de direito inerente no seio da sociedade, que, segundo Georges Burdeau, permitiria o nascimento do Estado através do processo de institucionalização do poder político, onde "as vontades dos governantes só têm valor jurídico quando atribuídas ao Estado; quer dizer, quando elas estão conformes à idéia de obra a qual o poder institucionalizado é a energia criadora".[3] Seria, pois, necessário identificarmos claramente a finalidade do Estado que passa a ser considerada enquanto um elemento constitutivo do Estado moderno.[4]

É importante ressaltar desde logo a estreita ligação que existe entre a passagem do Estado liberal de direito ao Estado social de direito e a evolução dos direitos do homem (I), para então procurar uma definição dos direitos fundamentais inseridos no próprio texto das constituições dos Estados (II).

I. A FINALIDADE DO ESTADO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

Assim como a problemática dos direitos do homem, a idéia de Estado de direito surgiu primeiramente na Europa do século XVIII, durante

[1] Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 100.

[2] Bobbio, Norberto. *A era* … . ob. cit., p. 32

[3] Burdeau, Georges. L'État, Paris: Seuil, 1970, p.47.

[4] Dallari, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 90 e ss.

a luta contra o Estado absolutista.[5] A sua evolução histórica começa com a afirmação do Estado de polícia, que assumia a função de oferecer segurança e promover o desenvolvimento do Estado, sempre através de medidas de intervenção administrativa na vida das pessoas. Logo se percebeu que freqüentemente a administração se colocava acima das leis. De fato, no Estado de polícia se entendia que os governos e a administração poderiam, discricionariamente e com uma grande liberdade de decisão, impor aos cidadãos todas as medidas necessárias para se atingir os fins perseguidos, sempre com fundamento no interesse público.[6] Neste sentido, o Estado de polícia se identificava com o Estado absolutista na medida que, embora sujeito a uma ordem jurídica, esta não era capaz de estabelecer limites e proteger os cidadãos em face do poder político estatal.

O Estado de direito surgiu, então, com o objetivo de submeter o poder político às regras do direito. De modo que a administração encontraria no direito os limites à ação do Estado em face dos direitos reservados aos cidadãos. Portanto, o Estado de direito se caracterizaria pela existência de: (a) uma ordem jurídica definindo os direitos do cidadão e limitando o poder político do Estado; e, igualmente, (b) um controle judicial da aplicação das regras de direito. Este controle seria, pois, indispensável para a realização do Estado de direito e poderia ser exercido por juízes ordinários ou por juízes especiais, como por exemplo, os juízes administrativos.

A necessidade do controle judicial da aplicação das regras de direito conduziria à compreensão de uma ordem jurídica hierarquizada, tendo-se como princípio de base a supremacia da Constituição.

Particularmente interessante foi o exemplo francês, onde a evolução para o Estado de direito passou por uma fase de afirmação da supremacia da lei. Esta situação foi denominada de Estado legal, onde somente a lei teria a legitimidade popular necessária para impor limites ao poder político do Estado.[7] Neste sentido, o Estado legal, embora representando um progresso em relação ao Estado de polícia, não poderia oferecer ao cidadão todas as garantias do Estado de direito, posto que, de um lado, a ordem jurídica hierarquizada estava prejudicada em razão da impossibilidade de se impor às leis o respeito às regras constitucionais; por outro lado, e conseqüentemente, não se poderia pensar na existência do controle judicial da constitucionalidade das leis.

As duas exigências do Estado de direito, embora essenciais à afirmação de um Estado não-absolutista, não foram suficientes para oferecer a idéia de direito subjacente ao Estado contemporâneo. Assim, procurou-se introduzir um qualificativo, a saber: Estado liberal de direito, Estado social de direito e Estado democrático de direito.

A principal característica do Estado liberal é, sem dúvida, a busca constante pela não-intervenção do Estado nas relações entre particulares. O Estado liberal é conseqüência direta da luta contra o Estado absolutista e deste modo procura limitar ou conter os poderes do Estado, ao mesmo tempo que procura proteger os indivíduos das possíveis ingerências da administração na vida privada.

A idéia de Estado de direito liberal traz consigo a somatória de dois princípios inerentes ao Estado de direito: (a) a separação de poderes, onde pela divisão ou separação das três funções essenciais do Estado, legislar, executar e julgar, poder-se-ia assegurar o controle da atividade de um poder político pelo outro de mesmo nível; (b) o reconhecimento dos direitos individuais, que seriam inseridos no texto constitucional e assim protegidos pelo controle da constitucionalidade das leis.

A idéia de Estado social parte da constatação de que a não-intervenção do Estado nas relações particulares teria trazido uma desigualdade entre os indivíduos. Os mais fortes economicamente estariam sendo beneficiados em detrimento dos indivíduos menos favorecidos pelas relações econômicas.

Haveria, pois, necessidade de uma intervenção do Estado em favor dos mais fracos economicamente, que só seria legítima se regulada, limitada e controlada pelo direito.

Assim, no Estado de direito social se procurou primeiramente alargar a enumeração dos direitos individuais que estariam protegidos pela Constituição do Estado, concedendo-lhes, por um lado, uma dimensão coletivista, social, econômica e cultural e, por outro lado, afirmando-

[5] Magalhães, José Luiz Quadros de. Direitos humanos: evolução histórica, Revista Brasileira de Estudos Políticos, UFMG, 1992(74/75), p. 109.

[6] Chevallier, Jacques. L'État de droit, Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger, Paris: LGDJ, 1988, p. 329; Ver ainda: Redor, Marie-Joèlle, De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914). Paris: Economica/PUAM, 1992, 389p.

[7] CHEVALLIER, Jacques, L'État, ob. cit., p. 333

se a obrigação do Estado em oferecer os meios necessários para a sua concretização.

É flagrante, nos nossos dias, a oposição entre as concepções do Estado liberal e do Estado social de direito. No momento da reconstrução dos Estados destruídos pela segunda grande guerra na Europa, em razão dos movimentos totalitários que souberam canalizar as insatisfações individuais, advindas das desigualdades entre as pessoas, as novas Constituições optaram pela afirmação de um Estado social de direito.[8]

No entanto, recentemente, os anos setenta e oitenta foram marcados pelos movimentos neoliberais que há pouco e pouco, procuraram reformar as constituições sociais e, sobretudo, interferir no momento de elaboração das novas constituições que surgiram em razão da luta contra regimes autoritários, seja na Europa, seja na América Latina. O objetivo principal seria, pois, a desconstitucionalização, ou seja, a supressão no texto constitucional daquelas matérias, de ordem econômica e social, que segundo esta corrente doutrinária estariam dificultando o natural desenvolvimento da sociedade.

Procurou-se então um compromisso entre as posições liberalizantes e socializantes do Estado. Este compromisso foi possível pela clara afirmação do princípio democrático, onde cada corrente poderia buscar, no debate político interno, o apoio popular para a implantação de programas liberais ou sociais de governo.[9]

A Constituição brasileira de 1988 adotou a expressão "Estado democrático de direito", onde se procurou ressaltar o princípio democrático que deve prevalecer sob toda a construção jurídica criada pelo novo texto constitucional.

De fato, quando a Constituição brasileira de 1988 afirma no seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito, assume, na realidade, um compromisso entre as concepções liberal e social, do Estado de direito. Assim, a concretização do Estado de direito pressupõe a realização de certos princípios constitucionais, tais como o princípio da juridicidade, da constitucionalidade, da separação dos poderes, dos direitos fundamentais, e, no contexto do Estado democrático de direito, o princípio democrático.

II. A DEFINIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É comum encontrarmos diversas expressões que buscam designar aqueles direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e que estão, por conseguinte, protegidos pela Constituição. Contudo, pode-se indicar desde logo certas particularidades que serão de grande utilidade para a correta compreensão do significado jurídico-constitucional dos direitos fundamen-tais.[10]

De fato, por muito tempo utilizou-se a expressão *direitos naturais* para designar aqueles direitos inerentes à natureza do homem e à sua finalidade no mundo. Esta expressão estava sem dúvida fortemente vinculada à corrente filosófica do jusnaturalismo e procurava assim conceder um caráter universal aos direitos então reconhecidos pelas declarações de direitos.

Ainda sob a influência do jusnaturalismo, encontramos a expressão *direitos do homem* ou *direitos humanos*, correntemente utilizada nos textos de direito internacional. Agrupando diversas correntes filosóficas de caráter humanista, esta expressão procura ressaltar igualmente a dimensão de universalidade, designando aqueles direitos, supra-estatais. Eles permanecem profundamente vinculados à idéia das declarações de direitos, e neste sentido, têm um valor jurídico-constitucional reduzido.[11]

Utiliza-se freqüentemente a expressão *liberdades públicas* para designar aqueles direitos que estão tutelados jurídica e jurisdicionalmente. No entanto, esta expressão traz consigo uma dificuldade quanto à amplitude dos direitos tutelados, identificando-se muitas vezes com a corrente liberal que concede um efetivo valor jurídico somente aos direitos e liberdades individuais e coletivos.[12]

Da mesma forma, quando se quer tratar somente de certa e determinada categoria de direitos são utilizadas expressões tais como: *direitos individuais, direitos coletivos, direitos sociais, econômicos e culturais*.

A expressão *direitos e garantias* procura justamente ressaltar o fato de se prever conjuntamente com os direitos certos mecanismos jurídicos e jurisdicionais que lhes possam dar efetividade e concretização.

---

[8] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 48

[9] COELHO, Inocêncio Mártires. Direito, Estado e Estado de direito. *Revista de Informação Legislativa*. Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, Senado Federal, 1990(108), p. 18

[10] LOBATO, Anderson Cavalcante. *Le système mixte de controle de constitutionnalité: le cas du Brésil et du Portugal*, Tese de Doutorado, Universidade de Toulouse, fevereiro de 1994, p. 216

[11] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 162

[12] CRETELLA, José Júnior. *Liberdades Públicas*, São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 45

Recentemente, sob a influência dos juspublicistas alemães, adotou-se a expressão *direitos fundamentais* para designar aqueles direitos inerentes à pessoa humana, inseridos no texto das constituições e que se encontram portanto, tutelados jurídica e jurisdicionalmente pelo Estado.[13]

A constitucionalização dos direitos do homem garante, pois, o seu reconhecimento enquanto direitos fundamentais, juridicamente positivados e protegidos, posto que são suscetíveis de serem discutidos e efetivados perante o Judiciário.[14] No entanto, o processo de sua incorporação constitucional é lento e permanente. E, para melhor compreendê-lo, podemos classificar os direitos fundamentais em gerações de direitos, identificando-os historicamente.

B) As gerações dos direitos fundamentais

O estudo comparativo das constituições dos Estados contemporâneos nos permite identificar três gerações de direitos no longo processo de incorporação nos textos constitucionais. A primeira geração de direitos situa-se na primeira metade do século XIX e corresponde aos direitos e liberdades de caráter individual, como, por exemplo, a liberdade de religião e de consciência, a liberdade de circulação e de expressão, o direito de propriedade e da inviolabilidade do domicílio. A característica comum de todos estes direitos é a de protegerem o indivíduo contra o arbítrio ou abuso do Estado. Podemos citar entre nós a Constituição imperial de 1824, enquanto exemplo deste período de reconhecimento dos direitos individuais e, tendo como exemplo clássico em direito constitucional comparado, a Constituição belga de 1832.

A segunda geração de direitos fundamentais aparece na segunda metade do século XIX e corresponde ao reconhecimento dos direitos de caráter coletivo, por exemplo, o direito de reunião, de associação, de greve ou ainda os direitos relativos à participação política do cidadão: o sufrágio universal e o direito de criação dos partidos políticos. Um exemplo entre nós deste período é, sem dúvida, a primeira Constituição Republicana de 1891.

Na primeira metade do século XX começaram a surgir constituições que reconheciam os direitos da terceira geração, que se caracterizam por serem direitos que dependem de uma ação positiva do Estado e estão relacionados às questões de ordem social, econômica e cultural, tais como o direito ao trabalho, à saúde, à habitação, à educação, ao acesso à cultura e ao lazer.

Nesse momento, observa-se uma mudança importante na concepção do Estado que deixa de ser visto exclusivamente enquanto manifestação de um poder despótico e passa a ser reconhecido enquanto poder capaz de garantir o equilíbrio social e econômico. A sociedade deixa de se preocupar somente com a proteção do indivíduo diante da ação do Estado para, ao contrário, exigir sua ação no sentido da concretização dos novos direitos econômicos, sociais e culturais.[15] Podemos citar entre nós o exemplo das constituições de 1934 e de 1946, que são representativas deste período.

A atual Constituição brasileira de 1988 constitui um Estado democrático de direito, onde, já dissemos, se percebe uma opção de compromisso entre o Estado liberal e o Estado social de direito. Compromisso este somente possível se baseado no princípio democrático.

Referimo-nos, no início, ao processo permanente de reconhecimento de novos direitos do homem que assumem a natureza de direitos fundamentais quando incorporados ao texto constitucional. Trata-se, pois, do princípio constitucional da lista aberta dos direitos fundamentais que se encontra expresso no § 2º, do artigo 5º, da Constituição de 1988, nos seguintes termos:

> "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".

O princípio da lista aberta permite, assim, o reconhecimento gradual e permanente de novos direitos, decorrentes sobretudo dos tratados e acordos internacionais, nos quais o Estado brasileiro participa.[16]

Deste modo, percebe-se hoje, no final do século XX, o surgimento de uma quarta geração de direitos, correspondente àqueles que se relacionam com o progresso da ciência, como o

[13] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 472

[14] ECHAVARRIA, Juan Jose Solozabal. Algunas cuestiones basicas de la teoria de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*. Madrid: 1991(71), p. 97

[15] MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direitos Humanos…, ob. cit., p. 114.

[16] MOTA, Henrique. Le principe de la 'liste ouverte' en matière de droits fondamentaux, in *La justice constitucionnelle au Portugal.* Paris: Economica, 1989, p. 179.

direito à não-manipulação genética, ou ainda aqueles identificados à solidariedade entre os povos, como o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade. Neste sentido, temos notícia do movimento internacional coordenado pela Fundação Cousteau pela adoção, pela Assembléia das Nações Unidas, dos direitos das futuras gerações, relacionados à proteção ao meio ambiente e ao desenvolvimento social e industrial ecologicamente sustentável.[17]

Embora tenhamos aqui apresentado, para efeitos didáticos, os direitos fundamentais divididos em várias gerações representativas do seu processo de reconhecimento e constitucionalização, é necessário deixar claro que a dicotomia aparente entre, por um lado, os direitos de primeira e segunda geração, isto é, direitos civis e políticos, que demandariam uma atitude abstencionista por parte do Estado – direitos de natureza negativa – ; e, por outro lado, os direitos da terceira geração, ou seja, direitos econômicos, sociais e culturais, que contrariamente demandariam uma atitude promotora do Estado – direitos de natureza positiva –, esta aparente antinomia pode e deve ser superada pelo reconhecimento da indivisibilidade e interdependência de todos os direitos fundamentais.[18]

Resta-nos agora analisar quais os direitos que assumem a qualidade de direitos fundamentais no contexto brasileiro pela incorporação no texto da Constituição Federal de 1988.

C) Os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição Federal de 1988

Os constituintes de 1987/88 tiveram uma grande preocupação com os direitos fundamentais. Esta preocupação se concentrou particularmente no aspecto de sua efetividade. De fato, somente a incorporação constitucional dos direitos do homem não seria de modo algum suficiente para garantir-lhes aplicação concreta. Porém, o Estado democrático de direito é justamente fruto do compromisso assumido entre as concepções liberalizante e socializante do Estado. É por esta razão que encontramos muitas vezes preceitos constitucionais aparentemente contraditórios entre si ou que deixam sérias dúvidas sobre o seu modo de aplicação. Somente a idéia de compromisso pode explicar e contribuir na interpretação e aplicação concreta destes preceitos e princípios constitucionais. Veremos agora que essas questões constitucionais aparecem com freqüência na enumeração dos direitos fundamentais no texto da Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais estão enumerados no Título II da Constituição de 1988, intitulado: "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". Este título está dividido em cinco capítulos, com 13 artigos (do art. 5º ao 17). Os direitos individuais e coletivos da primeira e segunda geração de direitos adquiriram neste final de século uma quase unanimidade, de modo que na Constituição compromisso de 1988, eles terminaram ocupando um espaço significativo do Título II. Estão, pois, distribuídos em quatro capítulos: Capítulo I, "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", com o artigo 5º e seus setenta e sete incisos e dois parágrafos; o Capítulo III, "Da Nacionalidade", com dois artigos (arts. 12 e 13); o Capítulo IV, "Dos Direitos Políticos", artigos de 14 a 16; e o Capítulo V, "Dos Partidos Políticos", com o artigo 17.

Os direitos fundamentais da terceira geração, a saber os direitos sociais, econômicos e culturais, justamente por representarem um ponto essencial de conflito, ficaram restritos à enumeração do Capítulo II, "Dos Direitos Sociais", com os artigos de 6 a 11. Sendo que o artigo 6º se limita à indicação genérica dos direitos sociais, quais sejam: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Porém, o desenvolvimento desses direitos ficou para o final do texto constitucional, Título VII, "Da Ordem Econômica e Financeira", com quatro capítulos: Capítulo I, "Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica" (arts. 170 a 181); Capítulo II, "Da Política Urbana" (arts. 182 e 183); Capítulo III, "Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária" (arts. 184 a 191); Capítulo IV, "Do Sistema Financeiro Nacional" (art. 192); bem como o Título VIII, intitulado "Da Ordem Social", com nada menos que oito capítulos: Capítulo I, "Disposições Gerais" (art. 193); Capítulo II, "Da Seguridade Social" (arts. 194 a 204); Capítulo III, "Da Educação, da Cultura e do Desporto" (arts. 205 a 217); Capítulo IV, "Da Ciência e da Tecnologia" (arts. 218 e 219); Capítulo V, "Da Comuni-

[17] HEIN, Ronny. Jacques Cousteau: um mergulho na utopia, in *Os Caminhos da Terra*, Ed. Azul, abril de 1994, p. 48 ss.

[18] A partir de uma perspectiva internacional: Antônio Augusto Cançado Trindade, A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais: evolução e tendências atuais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. UFMG, 1990 (71), p. 16 ss.

cação Social" (arts. 220 a 224); Capítulo VI, "Do Meio Ambiente" (art. 225); Capítulo VII, "Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso" (arts. 226 a 232); Capítulo VIII, "Dos Índios" (arts. 231 e 232).

Ora, do estudo aprofundado dos artigos 7 a 11 do Capítulo II, intitulado "Dos Direitos Sociais", ressalta o fato de tratarem mais precisamente dos direitos individuais e coletivos inerentes ao cidadão trabalhador e que somente de uma forma indireta se lhes pode conceder uma dimensão social. Assim, os direitos fundamentais da terceira geração se concentram, pois, nos títulos VII e VIII, que cuidam respectivamente da ordem econômica e social.

Identificados os direitos reconhecidos pela Constituição de 1988 podemos agora analisar os mecanismos de proteção jurídica e jurisdicional garantidos aos cidadãos brasileiros, visando precisamente a obtenção de uma maior eficácia jurídica.

3. As garantias jurídicas dos direitos fundamentais

A incorporação dos direitos do homem no texto constitucional trouxe a preocupação por uma estrutura jurídico-constitucional capaz de garantir por um lado, a imutabilidade dos direitos reconhecidos, e por outro lado, a aplicação concreta desses direitos.

Estes objetivos só poderiam ser alcançados pela afirmação de certas garantias jurídicas, tais como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (A); a determinação de imutabilidade dos direitos reconhecidos através dos limites impostos ao processo de reforma constitucional (B); e a imposição de limites concretos à possibilidade de restrição de direitos nos momentos de crise constitucional (C).

A) A garantia de aplicação imediata dos direitos fundamentais

As constituições contemporâneas costumam garantir aplicação imediata às normas definidoras dos direitos fundamentais. Assim, a Constituição brasileira de 1988, estabeleceu expressamente no artigo 5º, § 1º, que:

> "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Porém, qual seria o significado concreto da constitucionalização da idéia de aplicação imediata das normas definidoras de direitos, se, de fato, as normas constitucionais gozam de imperatividade,[19] posto que esta seria uma característica de toda norma jurídica? Com maioria de razão, não deveriam as normas constitucionais gozarem de maior obrigatoriedade por força do princípio da supremacia constitucional inerente às Constituições rígidas?[20]

Em realidade a necessidade da garantia de aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais tem razões históricas. Tivemos a oportunidade de compreender como os direitos inerentes à pessoa humana foram gradativamente adquirindo valor jurídico-constitucional, à medida que eram incorporados ao texto das constituições contemporâneas. Ora, este longo processo não ocorreu sem resistência, particularmente de ordem doutrinária e jurisprudencial. Com efeito, ainda que inseridos no texto constitucional, surgiram desde logo teses tendentes a lhes atribuir valor jurídico reduzido, destituindo-os de obrigatoriedade.

Identificamos primeiramente junto à jurisprudência norte-americana, a distinção entre (a) normas constitucionais mandatórias, *mandatory provisions*, de caráter obrigatório; e (b) normas constitucionais diretórias, *directory provisions*, desprovidas de obrigatoriedade, não vinculando nem a atuação do poder público, nem dos particulares.[21]

Do mesmo modo, foi entre os norte-americanos que surgiu a classificação das normas constitucionais quanto à aplicabilidade em (a) normas auto-aplicáveis, *self-executing*, que seriam desde logo aplicáveis, porque estariam diretamente regulamentando as situações fáticas a que se referem; e (b) normas não auto-aplicáveis, *not self-executing*, que não poderiam ser imediatamente aplicadas porque dependeriam de norma infraconstitucional regulamentadora que lhes garantisse aplicabilidade.[22]

Embora considerada superada e incompatível com a realidade das constituições contemporâneas,[23] fato é que esta classificação vem sendo seguidamente utilizada por nossos tribunais para

[19] BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.* Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 71, 2ª edição, atualizada e ampliada.

[20] DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos.* 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1992, p.13.

[21] BARROSO, Luis Roberto. *O Direito…*, ob. cit., p. 72.

[22] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p. 64.

[23] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade…*, ob. cit., p. 66.

afastar a aplicação de certas normas constitucionais considerando-as, pois, dependentes de regulamentação infraconstitucional.

O Professor José Afonso da Silva nos dá notícia ainda da classificação elaborada pela jurisprudência italiana que considerou a existência de normas constitucionais destituídas de natureza jurídica, denominadas programáticas, e que se aproximariam das declarações de direito sem que houvesse garantia jurídica e jurisdicional possível de lhes atribuir um mínimo de imperatividade.[24]

É preciso primeiramente situar corretamente o conceito de aplicabilidade das normas constitucionais. Assim, se para o cientista político, a idéia de aplicabilidade está ligada à sua efetividade, ou seja, ao fato de que a norma esteja sendo devidamente cumprida e observada, para o jurista, "a aplicabilidade das normas constitucionais (também de outras) depende especialmente de saber se estão vigentes, se são legítimas, se têm eficácia".[25]

De modo que a expressa afirmação da aplicação imediata das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais busca lhes garantir uma maior efetividade.

Os constituintes brasileiros de 1987/88 procuraram garantir aplicação imediata às normas definidoras dos direitos fundamentais enumerados no Título II, que se apresentam enquanto normas auto-aplicáveis, posto que não necessitam de norma regulamentadora infraconstitucional.

É verdade que a grande maioria das normas constitucionais inseridas nos Títulos VII e VIII da Constituição e que procuram dar um maior desenvolvimento aos direitos sociais, econômicos e culturais, se apresentam enquanto normas não auto-aplicáveis, necessitando, pois, de regulamentação infraconstitucional para serem efetivadas. No entanto, é preciso deixar claro que enquanto normas jurídicas de valor constitucional, produzem efeitos jurídicos imediatos, tais como a revogação e a caracterização da inconstitucionalidade de toda legislação infraconstitucional incompatível com os novos direitos, ou ainda abrindo a possibilidade do exercício das novas garantias jurisdicionais expressas pelo mandado de injunção e pela ação de inconstitucionalidade por omissão, temas que teremos a ocasião de abordar ainda neste estudo.

[24] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...*, ob. cit., p. 69.

[25] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...*, ob. cit., p. 42.

B) Os limites materiais impostos ao processo de reforma constitucional

O processo de reforma das constituições rígidas deve respeitar certas condições ou limites que podem assumir uma natureza formal, quando tratam do processo constituinte, ou uma natureza material, quando procuram impedir a modificação de regras e princípios considerados essenciais à identidade do Estado.

A Constituição brasileira de 1988 prevê ordinariamente um único processo de reforma constitucional: a emenda à Constituição (art. 60, CRFB). De fato, o processo de revisão constitucional previsto no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi sem dúvida excepcional, e se encontra encerrado.

O artigo 60 da Constituição começa estabelecendo os limites de natureza formal que conduzem o processo de emenda constitucional, a saber: a iniciativa (art. 60, I, II e III); a discussão e *quorum* de votação (art. 60, § 2º); e a promulgação (art. 60, § 3º). Em seguida, no § 4º, aparecem os limites materiais, proibindo a proposição de emenda objetivando abolir: (I) a forma federativa de Estado; (II) o voto direto, secreto, universal e periódico; (III) a separação de poderes; e (IV) os direitos e garantias individuais.

Prevaleceu aqui a concepção liberal dos direitos fundamentais, posto que se concedeu o caráter permanente e imutável somente aos direitos individuais da primeira geração. Os direitos coletivos, sociais, econômicos e culturais, da segunda e terceira geração de direitos e que estão inseridos especialmente no Capítulo II, do Título II, e são desenvolvidos detalhadamente nos Títulos VII e VIII da Constituição, foram considerados, por via de conseqüência, conjunturais, admitindo-se, pois, modificação através de emenda constitucional.

C) As restrições impostas à decretação do estado de exceção constitucional

O Estado constitucional deve regulamentar igualmente os momentos de crise institucional que exijam a adoção de medidas excepcionais. Os Estados latino-americanos guardam um grande receio, muitas vezes justificado, de que a crise se prolongue indefinidamente, transformando o Estado constitucional em Estado autoritário. Deste modo, se faz necessário estabelecer mecanismos de controle político e jurídico, das medidas excepcionais adotadas em momentos de crise do Estado.

A Constituição de 1988 procurou resguardar os direitos fundamentais das medidas to-

madas em estado de exceção constitucional. Indicou-se taxativamente quais direitos fundamentais seriam suscetíveis de limitação pelo decreto presidencial de exceção. Com efeito, são duas as medidas que podem ser tomadas na defesa do Estado e das instituições democráticas, o estado de defesa e o estado de sítio.

O estado de defesa pode ser decretado pelo Presidente da República, após consulta ao Conselho da República e ao Conselho de Defesa Nacional, para preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades. Deve ser decretado por prazo de 30 dias, prorrogável uma única vez pelo mesmo período. O controle político será exercido pelo Congresso Nacional, que receberá a comunicação do ato, com a sua respectiva justificativa, no prazo de 24 horas, podendo rejeitá-lo pelo *quorum* da maioria absoluta, caso em que cessará imediatamente o estado de defesa.

Quanto à proteção dos direitos fundamentais, ficou expresso no artigo 136, § 1º, inciso I, que as medidas tomadas no estado de defesa só poderão restringir certos e determinados direitos, quais sejam: o direito de reunião, ainda que exercida no seio das associações; e o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e telefônicas.

O estado de sítio pode ser decretado pelo Presidente da República, mediante consulta ao Conselho da República e ao Conselho de Defesa Nacional, havendo ainda necessidade de uma autorização prévia do Congresso Nacional, que exercerá assim um controle político do ato. As hipóteses são as seguintes: (a) grave comoção de repercussão nacional ou comprovação de ineficácia das medidas tomadas no estado de defesa; e (b) declaração de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Na primeira hipótese, o decreto terá uma duração de 30 dias, prorrogável por igual período, quantas vezes for necessário. Já na segunda hipótese, o decreto vigorará enquanto perdurar o conflito armado, sendo que a proteção dos direitos fundamentais ficará assegurada pela exigência do artigo 138, afirmando que o próprio decreto deverá indicar as garantias constitucionais que ficarão restringidas ou suspensas, de modo a permitir um controle político e jurisdicional futuro.

Nos incisos de I a VII, do artigo 139, estão indicados os direitos fundamentais que poderão ser restringidos quando da decretação do estado de sítio com fundamento na primeira hipótese prevista no art. 137, inciso I, da Constituição, sendo possível restringir-se além dos direitos indicados para o caso de decretação do estado de defesa, os seguintes direitos fundamentais: (a) o direito de locomoção, com possibilidade de detenção em edifícios não destinados a acusados ou condenados por crimes comuns; (b) a liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão; (c) o direito de inviolabilidade do domicílio; (d) o direito de propriedade, pela possibilidade de intervenção nas empresas de serviços públicos e admitindo-se a requisição de bens.

A indicação exaustiva dos direitos fundamentais suscetíveis de serem restringidos no estado de crise institucional com a decretação do estado de defesa ou do estado de sítio, representa, sem dúvida, uma garantia jurídica de proteção desses direitos. Esta opção dos constituintes permitirá o exercício do controle jurisdicional de conformidade à constituição do ato presidencial de instauração do estado de exceção, uma vez restabelecida a normalidade constitucional.

4. As garantias jurisdicionais: as ações constitucionais de proteção dos direitos fundamentais

A incorporação dos direitos do homem no texto constitucional lhe permite uma proteção jurisdicional através da aplicação do princípio da supremacia da Constituição e, conseqüentemente, do sistema de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

A Constituição brasileira de 1988 consolidou a tendência pela adoção, no Brasil, de um sistema misto de controle de constitucionalidade, onde se procura conjugar o sistema difuso e concentrado de controle, ou seja, onde a questão de inconstitucionalidade pode ser suscitada perante todo juiz e tribunal visando a solução de um caso concreto ou ainda, por certas e determinadas autoridades perante o Supremo Tribunal Federal, pela via do controle abstrato das normas, independentemente da existência de um caso concreto.

A jurisdição constitucional no Brasil permite pois que as questões de inconstitucionalidade – e aqui se pode incluir a violação de um direito fundamental – possam ser imediatamente suscitadas e decididas perante qualquer juiz ou tribunal. Contudo, a proteção dos direitos fundamentais exige muitas vezes um procedimento mais célere para garantir a efetividade da decisão. Desse modo, percebemos há pouco e

pouco o crescimento da demanda por ações constitucionais que visem especificamente a oferecer uma proteção jurisdicional aos direitos fundamentais expressos na Constituição.

A expressão *jurisdição constitucional das liberdades* adotada pelo jurista italiano Mauro Cappelletti, visa justamente designar a existência de um processo constitucional especial para a proteção dos direitos fundamentais.[26] Desperta grande interesse a problemática do acesso direto dos cidadãos às ações de natureza constitucional que possam imediatamente garantir efetividade aos direitos fundamentais.

Os países europeus de jurisdição concentrada conhecem dois exemplos que não podemos deixar de mencionar: o recurso constitucional alemão e o recurso de amparo espanhol. Ambos visam permitir a todo cidadão que se sinta lesado em seus direitos fundamentais, encaminhar a questão ao Tribunal Constitucional.

No que diz respeito ao recurso constitucional alemão *(verfassungsbeschwerde)* é importante perceber que teoricamente se assemelha ao mandado de segurança brasileiro, em razão sobretudo da possibilidade de sua apresentação por qualquer pessoa que se sinta lesada em um de seus direitos fundamentais por ato de autoridade pública (art. 93-4a, Constituição Federal Alemã). Entretanto, na prática, o recurso constitucional se aproxima do nosso recurso extraordinário, posto que o art. 94-2, da Constituição de Bonn, admite que uma lei federal possa restringir o acesso direto do interessado à tentativa de solução do caso pela via do direito ordinário. Deste modo, "a atividade do Tribunal Constitucional Federal no plano do recurso constitucional se limita quase inteiramente à verificação da constitucionalidade das decisões de justiça".[27]

O recurso de amparo espanhol foi concebido a partir do modelo do recurso constitucional alemão, e apesar de certas e determinadas particularidades,[28] nos é permitido concluir, que guarda a mesma estrutura jurídica de modo a ressaltar uma semelhança e proximidade com os institutos do mandado de segurança e recurso extraordinário brasileiros.[29]

Os constituintes brasileiros de 1987/88, preocupados com o acesso direto dos cidadãos à justiça constitucional, idealizaram um recurso especial, qual seja: a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, previsto no § 1º, do artigo 102 da Constituição Federal. A utilização deste novo recurso está diferida por falta de regulamentação infraconstitucional. Porém, ele representa de fato uma maior concentração das questões constitucionais envolvendo os direitos fundamentais.

A verdade é que a jurisdição constitucional brasileira, tradicionalmente difusa, já prevê a existência de ações constitucionais que procuram dar solução imediata quando ocorra violação de certos direitos fundamentais. São as ações constitucionais, de natureza mandamental e de rito especial, que estão previstas no artigo 5º da Constituição de 1988.

O estudo do processo de reconhecimento dos direitos fundamentais nos permite identificar dois blocos de ações constitucionais segundo os direitos protegidos: num primeiro bloco encontramos as ações constitucionais destinadas à proteção dos direitos individuais e coletivos (A), e no segundo bloco, as ações constitucionais de proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais (B).

A) As ações constitucionais de proteção dos direitos individuais e coletivos

A primeira ação constitucional reconhecida pelo constitucionalismo brasileiro foi a ação de *habeas corpus* visando a proteção da liberdade de locomoção. É verdade que os primeiros anos da República, com a adoção da Constituição de 1891, possibilitaram o desenvolvimento da doutrina brasileira do *habeas corpus*, quando se procurava admitir o presente instituto enquanto mecanismo jurisdicional de defesa do cidadão contra todo e qualquer ato do poder público eivado de ilegalidade ou abuso do poder. Tratava-se de uma ampliação sem precedentes da ação de *habeas corpus*, com o objetivo de proteger todo e qualquer direito individual em face do arbítrio da administração.

A Constituição brasileira de 1934, buscando inspiração na doutrina brasileira do

[26] CAPPELLETTI, Mauro. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Milano: Giufrè, 1955.

[27] KATZENSTEIN, Dietrich. Rapport Allemand. Partie I: L'accès direct à la protection: techniques et résultats, III^{e} Colloque International d'Aix-en-Provence: Cours Constitucionnelles Européennes et droits fondamentaux, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Paris/Aix-en-Provence: Economica/PUAM, 1991-VII, 1993, p. 97.

[28] LLORENTE, Francisco Rubio. Rapport Espagnol. Partie I: L'accès direct à la protection: techniques et résultats, III^{e} Colloque International d'Aix-en-Provence: Cours Constitucionnelles Européennes et droits fondamentaux, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Paris/Aix-en-Provence: Economica/PUAM, 1991-VII, 1993, p. 133/4.

[29] LOBATO, Anderson Cavalcante. *Le système mixte…*, ob. cit., p. 301 e ss.

habeas corpus e por influência do recurso de amparo mexicano, instituiu a ação constitucional do mandado de segurança, visando a proteção de todo e qualquer direito líquido e certo não amparado pelo *habeas corpus*. O maior problema na conceituação do novo instrumento constitucional residia justamente na correta compreensão da expressão *direito líquido e certo*. A discussão na doutrina e nos tribunais a respeito do seu significado foi extremamente rica, tendo-se chegado à conclusão de que a sua compreensão não pode estar dissociada do procedimento especial e sumário previsto na ação constitucional, de modo que por *direito líquido e certo* há que se entender todo aquele direito passível de ser demonstrado direta e imediatamente sem necessidade de maior dilação probatória.

Quando comparamos, ainda que rapidamente, a ação de mandado de segurança com o recurso constitucional alemão ou com o recurso de amparo espanhol, percebemos que além da particular diferença de jurisdição difusa, no caso brasileiro, e concentrada, no modelo europeu, existiria uma diferença significativa dos direitos protegidos, posto que, no exemplo europeu, a proteção se limita aos direitos fundamentais da primeira e da segunda geração, cuja preocupação básica está na proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Deste modo, a ação constitucional deverá demonstrar claramente a violação de um direito reconhecido pelo texto constitucional.[30] Ora, no caso da ação de mandado de segurança, o autor deverá tão-somente demonstrar a violação de um direito que se apresente de forma clara e objetiva, portanto líquido e certo, não havendo, pois, necessidade de uma referência direta ao texto constitucional. Assim sendo, a proteção jurisdicional concedida pelo mandado de segurança brasileiro alcança uma maior amplitude, posto que permite um controle da constitucionalidade e da legalidade dos atos de autoridade pública. Certo é que esta amplitude se justifica sobretudo em razão da inexistência entre nós do contencioso administrativo que exerce, nos países europeus, o controle da legalidade dos atos da administração pública. Compreender-se-ia, assim, a importância adquirida pela ação de mandado de segurança na realidade jurídica e jurisdicional brasileira.

A Constituição brasileira de 1988 enriqueceu sobremaneira as ações constitucionais de proteção dos direitos individuais e coletivos, reconhecendo primeiramente a ação de *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, Constituição Federal), visando exclusivamente a proteção da liberdade de locomoção e a ação de mandado de segurança individual (art. 5º, LXIX, Constituição Federal), visando a proteção dos outros direitos individuais. A novidade trazida está na dimensão coletiva do mandado de segurança (art. 5º, LXX, Constituição Federal), permitindo a sua utilização pelos partidos políticos, organização sindical, entidade de classe ou associação, sempre em defesa dos interesses coletivos que representam.

O constituinte entendeu necessária a introdução da ação de *habeas data* (art. 5º, LXXII, Constituição Federal), visando garantir o acesso e, se necessário, a correção das informações sobre a pessoa do demandante, inseridas em registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. É verdade que a recusa em fornecer tais informações poderia caracterizar a violação de um direito líquido e certo passível de correção pela via do mandado de segurança, entretanto, tendo em vista a experiência recente do período autoritário conjugada com a proliferação de bancos de dados informatizados de fácil criação e utilização, seria justificada, assim, a adoção de uma ação constitucional específica que, assumindo o rito especial e sumário próprio das ações constitucionais de proteção dos direitos fundamentais, poderia assim melhor garantir o direito individual de informação e da privacidade.

As ações constitucionais até então enumeradas têm um eixo comum porque têm como finalidade a proteção de direitos individuais e coletivos, da primeira e segunda geração dos direitos fundamentais. São ações dirigidas contra o Estado que, por ilegalidade ou abuso de poder, viola ou deixa de reconhecer o direito do demandante. Em razão do profundo enraizamento destes direitos e garantias na cultura ocidental, pode-se obter aqui um maior grau de efetividade. O mesmo não acontece com os direitos sociais, econômicos e culturais da terceira geração dos direitos fundamentais, cujo reconhecimento é ainda recente, suscitando assim uma grande dificuldade de aplicação concreta.

B) As ações constitucionais de proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais

A primeira e importante característica dos direitos sociais, econômicos e culturais da terceira geração dos direitos fundamentais está em exigir

[30] LOBATO, Anderson Cavalcante. *Le système mixte*..., ob. cit., p. 303.

uma ação positiva do Estado para a sua concretização. Tal exigência motivou a aceitação de um novo tipo de inconstitucionalidade, a saber, a inconstitucionalidade por omissão, resultante da inércia ou do silêncio prolongado dos órgãos públicos, pela falta de medidas legislativas, de governo ou mesmo de natureza administrativa.[31]

Por influência da Constituição portuguesa de 1976, o constituinte brasileiro de 1987/88 introduziu a inconstitucionalidade por omissão dentre as possibilidades de verificação abstrata da constitucionalidade das normas através da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, § 2º, Constituição Federal). Entretanto, a novidade, sem precedentes, trazida pela Constituição de 1988 está na criação da ação de mandado de injunção (art. 5º, LXXI, Constituição Federal), visando garantir a aplicação imediata dos direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sempre que a inércia do poder público inviabilizar ou dificultar o seu pleno exercício.[32]

A primeira leitura do novo instrumento de garantia constitucional dos direitos fundamentais limitava-o à defesa dos direitos de primeira e segunda geração, inseridos no Título II da Constituição de 1988 (arts. 5º a 17). Ora, uma interpretação teleológica e sistêmica não pode deixar de compreender a ação de mandado de injunção enquanto um instrumento de defesa do indivíduo frente à inércia do Estado em promover os direitos fundamentais da terceira geração, ou seja, os direitos sociais, econômicos e culturais. Na Constituição brasileira de 1988, tais direitos foram desenvolvidos nos Títulos VII e VIII, tratando respectivamente dos direitos econômicos e sociais.

Há que considerar-se, por um lado, o fato de que o constituinte, na busca do compromisso, utilizou-se freqüentemente de normas de eficácia limitada, deixando para o embate político futuro a tarefa de concretização dos direitos constitucionais, através de norma infraconstitucional regulamentadora. Deste modo, poder-se-ia admitir a utilização da ação de mandado de injunção para garantir qualquer outro direito inserido na Constituição de 1988, mesmo que fora dos títulos acima mencionados destinados à definição e reconhecimento expresso dos direitos fundamentais. Por outro lado, a norma definidora do mandado de injunção refere-se primeiramente a "direitos e liberdades constitucionais", não permitindo assim uma interpretação restritiva, admitindo a ação somente para garantir certos e determinados direitos fundamentais.[33]

No entanto, a maior dificuldade que têm encontrado doutrinadores e tribunais no tratamento jurídico-constitucional da ação de mandado de injunção está na definição de seus efeitos jurídicos. O Supremo Tribunal Federal entendeu correto equiparar os efeitos jurídicos da decisão na ação de mandado de injunção aos efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade por omissão.[34] Assim procedendo, deixou obscurecida a diferença fundamental entre ambos institutos jurisdicionais. De fato, a ação de inconstitucionalidade por omissão tem como objetivo principal a proteção da ordem jurídico-constitucional; a ação de mandado de injunção, por sua vez, tem a finalidade de garantir o exercício de um direito fundamental inibido pela falta de norma regulamentadora.

Entretanto, recentemente, percebe-se há pouco e pouco uma mudança de orientação da parte do Supremo Tribunal Federal, no sentido de admitir efeitos imediatos e concretos à decisão que reconhece a omissão inconstitucional nos processos de injunção.[35]

É verdade que a mudança jurisprudencial se limita a conceder aplicabilidade imediata à norma constitucional não auto-aplicável, sem que houvesse necessidade do pronunciamento de uma sentença normativa ou integrativa do direito. Porém, em assim procedendo, o Judiciário já está caminhando no sentido da proteção do direito

[31] COSTA, RUBENS, José. O mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais, in *Mandados de segurança e de injunção*, Coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 432.

[32] VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A nova feição do mandado de injunção, *Revista de Direito Público*, 1991(100), p. 170; SILVA, José Afonso da. Mandado de Injunção, *in Mandados de segurança e de injunção*, Coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 399; Flávia Piovesan, *Proteção judicial…*, ob. cit., p. 123.

[33] ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil, in *As garantias do cidadão na justiça*, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 12.

[34] BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional…*, ob. cit., p. 183.

[35] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos. O direito à emanação de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas, in *As garantias do cidadão na Justiça*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 364.

fundamental, pela sua realização ou efetividade, independentemente da inércia do poder público.[36]

A segunda característica dos direitos sociais, econômicos e culturais da terceira geração dos direitos fundamentais reside na sua manifestação enquanto interesses difusos, identificados pela pluralidade de sujeitos e indivisibilidade de seu objeto, de modo que não se possa determinar um ou alguns sujeitos com a exclusão dos demais, como, por exemplo, o direito à proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural, ou ainda dos consumidores.[37] Deste modo, "transita-se, portanto, de uma idéia do indivíduo, singularmente concebido, primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos, à idéia de ente coletivo, que transcende o indivíduo, como novos personagens e novos sujeitos de direitos".[38]

Uma primeira tentativa de proteção desta nova dimensão dos direitos fundamentais pode ser obtida através da ação popular[39] (art. 5º, LXXIII, Constituição Federal), aberta a qualquer cidadão, visando anular todo ato lesivo: (a) ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; (b) à moralidade administrativa; (c) ao meio ambiente; e (d) ao patrimônio histórico e cultural.

No entanto, a finalidade da ação popular é, sobretudo, de controle da atuação governamental e, nesse sentido, a proteção dos direitos difusos aqui alcançada será quase sempre reflexa e limitada pelos contornos processuais da demanda popular.[40] Deste modo, no Brasil, antes mesmo da Constituição de 1988, foi promulgada a Lei nº 7.347/85, disciplinando a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.[41] O estudo comparativo destes instrumentos processuais revelaria um certo grau de complementariedade entre ambos, como, por exemplo, em relação à legitimação ativa; o autor, na ação popular, deve ser sempre o cidadão brasileiro no exercício de um direito político, ao passo que, na ação civil pública, o seu autor poderá ser o Ministério Público, os entes federativos, as autarquias, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou ainda associação, constituída há pelo menos um ano e que inclua dentre as suas finalidades tutelar os direitos difusos, objeto da demanda (Lei nº 7.347/85, art. 5º).

Em definitivo, estando os direitos fundamentais inseridos no texto constitucional, a sua tutela jurídica e jurisdicional depende diretamente do respeito ao princípio da supremacia constitucional. A jurisdição constitucional permite, pois, que cada cidadão suscite uma exceção de inconstitucionalidade, sempre que entender que houve violação de um direito fundamental, constitucionalmente reconhecido e protegido. E, quando há violação do direito por parte do poder público, são colocadas ao alcance de todos as ações constitucionais, de natureza mandamental e rito sumário, não se permitindo que a ilegalidade, abuso de poder ou inércia da administração se perpetuem. Já quando se tratar de direitos que não possam ser individualizados, assumindo assim a característica de verdadeiros direitos difusos, encontramos de imediato a ação civil pública e, de forma complementar, a ação popular, permitindo-se, assim, que o cidadão ou a sociedade civil organizada possa provocar o Judiciário na defesa dos direitos sociais, econômicos e culturais, que favorecem de fato toda a coletividade.

[36] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos. O direito à emanação de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas, in *As garantias do cidadão na Justiça*, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 364.

[37] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1994, p. 21.

[38] PIOVESAN, Flávia. A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1988, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 1992 (38), p. 79.

[39] ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Para uma tutela jurisdicional dos interesses difusos, *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: v. LX, 1984, p. 211.

[40] RAMOS, Elival da Silva. *Ação popular como instumento de participação política*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 228.

[41] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1994.

Bibliografia

ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. In *As garantias do cidadão na justiça*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva. 1993. p. 1-14.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Para uma tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, v. LX, 1984, p. 191-221.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.* 2ª edição, at. e ampl.. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, 429 p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 217

BON, Pierre e outros. *La justice constitucionnelle au Portugal.* Paris: Economica, 1989, 418 p.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social.* Belo Horizonte: Del Rey, 1993, 239 p.

BURDEAU, Georges. *L'État*. Paris: Seuil, 1970, 190 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos. O direito à emanação de normas jurídicas e à proteção judicial contra as omissões normativas". In *As garantias do cidadão na Justiça*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva. 1993. p. 351-367.

CAPPELLETTI, Mauro. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Milano: Giufrè, 1955.

CHEVALLIER, Jacques. L'État de droit. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. Paris: LGDJ, 1988, p. 313-380.

COELHO, Inocêncio Mártires. Direito, Estado e Estado de direito. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1990 (108), p. 5-24.

COSTA, Álvaro Augusto Ribeiro. Anotações sobre a atual situação dos direitos humanos no Brasil. *Arquivo do Ministério da Justiça*. Brasília, 1993 (182), p. 137-161.

COSTA, José Rubens. O mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais. In *Mandados de segurança e de injunção.* Coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 431-447.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Liberdades Públicas.* São Paulo: Bushatsky, 1974, 241p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1985, 268 p.

DESWARTE, Marie-Pauline. Droits sociaux et État de droit. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger.* Paris: LGDJ, 1995(4), p. 951-985.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2ª edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 1992, 155 p.

ECHAVARRIA, Juan Jose Solozabal. Algunas cuestiones básicas de la teoria de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*. Madrid, 1991(71), p. 87-109.

KATZENSTEIN, Dietrich. Rapport Allemand. Partie I: L'accèes direct à la protection: techniques et résultats. IIIe Colloque International d'Aix-en-Provence: Cours Constitucionnelles Européennes et droits fondamentaux. In *Annuaire International de Justice Constitutionnelle.* Paris/Aix-en-Provence: Economica/ PUAM. 1991-VII, 1993, p. 89-100.

LLORENTE, Francisco Rubio. Rapport Espagnol. Partie I: L'accèes direct à la protection: techniques et résultats. IIIe Colloque International d'Aix-en-Provence: Cours Constitucionnelles Européennes et droits fondamentaux. In *Annuaire International de Justice Constitutionnelle.* Paris/Aix-en-Provence: Economica/ PUAM, 1991-VII, 1993, p. 133-140.

LOBATO, Anderson Cavalcante. *Le système mixte de controle de constitutionnalité: le cas du Brésil et du Portugal.* Tese de Doutorado. Universidade de Toulouse. Fevereiro de 1994, 441 p.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direitos humanos: evolução histórica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. UFMG, 1992(74/ 75), p. 91-121.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1994, 280 p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 6ª ed., rev. e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, 407 p.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II: Constituição e Inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, 546 p.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, 191p.

PIOVESAN, Flávia. A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 1992(38), p. 76-88.

RAMOS, Elival da Silva. *Ação popular como instumento de participação política*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, 264 p.

REDOR, Marie-Joèlle. *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*. Paris: Economica / PUAM, 1992, 389 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 1993, 766 p.

SILVA, José Afonso da. Mandado de Injunção. In *Mandados de segurança e de injunção*, Coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 397-403.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988(635), p. 7-13.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais: evolução e tendências atuais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, UFMG, 1990(71), p. 7-55.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989(177), p. 14-28.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A nova feição do mandado de injunção. *Revista de Direito Público*, 1991(100), p. 169-174.

O Estado regulador nas concessões de serviços públicos

JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Ente regulador nas concessões. 3. Normas regulamentadoras. 4. Criação de um ente técnico. 5. Características do ente regulador. 6. Órgãos de condução e fiscalização. 7. Associação dos usuários. 8. Representação dos usuários. 9. Defesa dos direitos dos usuários. 10. Audiência pública. 11. Participação dos Estados e Municípios. 12. Sistemas de controle. 13. Dever de informação das concessionárias. 14. Resolução dos conflitos. 15. Ética dos entes reguladores. 16. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O tema concessões já foi tratado em profundidade por renomados pesquisadores. Desde as primeiras concessões de que tratam os manuais, o interesse dos juristas tem sido quase que exclusivamente voltado para os aspectos do retorno do capital investido e a política tarifária, embora sejam estes um dos pontos de maior relevo no âmbito das concessões. No Brasil as primeiras concessões outorgavam ao particular, por sua conta, a construção e exploração das ferrovias. O Estado subvencionava uma certa importância a título de garantia dos juros, cuja finalidade era assegurar a estabilidade financeira dos concessionários, com a participação do Estado no risco da exploração.

As razões destes estudos estão dirigidas preferencialmente para a proposta de um ente regulador e fiscalizador, independente e capaz de atingir os objetivos que os usuários esperam da concessionária. Na delimitação deste tema, serviu a experiência de outros países que vivenciam os mesmos problemas com as concessões, em razão da dificuldade de conciliar a finalidade privada do concessionário que é o justo lucro de seu investimento, com os objeti-

José Carlos de Oliveira é Professor do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da UNESP – Campus de Franca – SP.

vos da coletividade, preços justos e serviço adequado. Na busca em conciliar as experiências alienígenas e no intuito de propor a criação de um órgão técnico voltado para a nossa realidade, apresentamos a delineação de um ente regulador a ser criado pelo legislador.

2. Ente regulador nas concessões

As mudanças implementadas pelas emendas à Constituição, visando tornar possível à iniciativa privada a gestão de serviços públicos, representam, na verdade, um marco inicial para criação de normas para regulamentar o modo de prestação dos serviços concedidos, para que o investidor privado obtenha o devido lucro em seu negócio e os usuários o serviço adequado com tarifas módicas.

Cada um dos serviços públicos (energia elétrica, gás, combustíveis, saneamento básico, ferrovias e rodovias) será individualmente regulamentado pelo Legislativo, de forma que o concessionário tenha uma linha mestra para atuar e que esta regulamentação sirva também de parâmetro para avaliar o grau de eficiência e do atendimento aos objetivos da gestão privada em serviços de interesse coletivo.

O Brasil viveu uma experiência similar quando a atividade privada atuava na geração, transporte e distribuição de energia elétrica e também no sistema de telefonia. Naquela época, Oswaldo Aranha Bandeira de Melo enfatizava que

> "... o serviço exercido por concessão, em regra, tem seu fim deturpado pelo concessionário, o qual procura satisfazer quase que exclusivamente as suas ambições gananciosas, em detrimento do bem-estar coletivo – razão de ser do serviço. Demais, a fiscalização do poder público, contra abusos dos concessionários, é muito difícil e dispendiosa, pois estes procuram estabelecer o máximo de transtornos à ação do poder público, procurando, por todos os meios, fugir à sua interferência controladora".

Com a volta das concessões, o poder público, antes de abrir algum serviço público à iniciativa privada, deve regulamentá-lo conforme dispõe o artigo 29 da Lei de Concessões. A ulterior normatização do serviço concedido impõe o reajuste da tarifa, para mais ou para menos, quando o poder concedente cria, altera ou extingue qualquer encargo legal, após a apresentação da proposta vencedora, quando comprovado seu impacto, tornando necessário o restabelecimento do inicial equilíbrio econômico-financeiro, conforme parágrafo 3º do art. 9º da Lei de Concessões. Por isso, qualquer outra obrigação que o poder concedente imponha ao concessionário após a apresentação da proposta ou após a assinatura do contrato de concessão, dará margem ao pedido de atualização da tarifa. Outra questão que surgirá refere-se à atualização tecnológica do serviço e ampliação da rede de atendimento. Não obstante os parágrafos 1º e 2º do artigo 6º da Lei de Concessões expressamente consignarem como obrigação do concessionário a prestação do serviço adequado e a atualidade do serviço, compreendida como "modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço", o concessionário vai pleitear um reajuste das tarifas quando for solicitada a expansão do serviço. Isto não ocorrerá quando expressamente estiver consignado no contrato de concessão, que a tarifa arrecadada será aquela suficiente para o cumprimento de todas as exigências da lei, das normas técnicas, bem como para atualização e expansão dos serviços.

Além da necessária regulamentação que exige a própria Lei de Concessões, o poder concedente implementará a efetiva concorrência entre os concessionários. A concorrência entre os fornecedores de serviços é política das mais salutares para o atendimento efetivo dos fins públicos do serviço concedido. Em todas as áreas existe a possibilidade da concorrência, seja direta, quando dois concessionários atuarem na mesma região, seja indireta, pela comparação de desempenho e eficiência entre dois ou mais concessionários, que embora atuando em áreas distintas, faculte a visualização do atendimento dos objetivos legais, para impor correções e alterações nas tarifas.

A concorrência é possível também no fornecimento de energia elétrica, conforme prevê a Lei nº 9.074/95, no artigo 16:

"É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 KW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica".

Sendo que após oito anos da publicação da lei, o poder concedente poderá diminuir estes limites. Bem oportuno lembrar que no Reino Unido este limite está fixado em 1 MW, estando prevista a redução deste limite para beneficiar a livre concorrência no mercado supridor de energia elétrica.

No setor de telefonia a concorrência é medida que se impõe para o alcance dos objetivos do poder público. Em recente seminário sobre concessões e parcerias realizado na cidade de Ribeirão Preto, uma empresa multinacional de telecomunicações apresentou equipamento telefônico celular residencial, próprio para concorrer com a empresa fornecedora destes serviços por linha física. E ainda na área de telefonia celular móvel, a concorrência entre duas concessionárias, na mesma região, tende a diminuir o valor das tarifas para o consumidor e propiciar o aumento da qualidade dos serviços oferecidos.

A possibilidade ou mesmo a necessidade da livre concorrência no fornecimento de tais serviços não é suficiente para alcançar os fins que se espera das concessões. A norma regulamentadora impossibilitará ou dificultará as fusões e incorporações de empresas que visem dominar o mercado de uma determinada região ou dificultar a comparação dos serviços, com outras concessionárias, em termos de tarifas, eficiência e outros requisitos legais. Na hipótese da existência do monopólio privado no fornecimento de serviços, o poder concedente deverá ter mecanismos legais para desmembrar as atividades da empresa, como ocorreu nos Estados Unidos, com a divisão da AT&T, em 1984.

3. Normas regulamentadoras

As normas regulamentadoras dos serviços públicos abertos à gestão privada e de outros que o poder público possa inserir neste elenco atenderão a certos objetivos, dentre os quais elencamos os seguintes: a) proteger os direitos dos consumidores; b) promover a competitividade entre os concessionários; c) promover o livre acesso do usuário ao serviço com qualidade, continuidade, eficiência, igualdade, confiabilidade, e a não-discriminação entre usuários; d) homologar tarifas justas e razoáveis; e) atualizar constantemente o serviço; f) controlar, fiscalizar sem que haja ingerência política nos órgãos técnicos encarregados de promover a fiscalização; g) manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Cada serviço concedido exige uma norma que regule as relações que envolvem o concedente, o usuário e o concessionário, com objetivo de harmonizar os fins que se espera destas atividades, ou seja, a continuidade dos serviços com tarifas justas e razoáveis, qualidade e eficiência nos serviços.

4. Criação de um ente técnico

É necessária a criação de um ente técnico para supervisionar o atendimento dos objetivos elencados nas normas regulamentares e naquelas diretrizes específicas inseridas individualmente em cada contrato de concessão.

O ente técnico a ser criado pelo legislador possuirá competência para atuar de acordo com as normas reguladoras dos serviços. Sua competência vincular-se-á às atividades de controle e fiscalização dos concessionários para o atendimento dos objetivos elencados na lei.

Em razão do preceito constitucional estampado no inciso II do art. 5º, que prescreve: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", está claro que tanto a regulamentação dos serviços como a criação de um órgão técnico para fiscalizar o cumprimento dos objetivos esperados pela concessão de serviços devem ser criadas por lei, que atribuirá a competência, os limites e as responsabilidades.

Dentro dos limites de sua competência, podemos elencar alguns, como: prestação de serviço adequado pelo concessionário; o atendimento aos direitos dos usuários; a política tarifária; a prevenção de condutas anticompetitivas; o respeito e o cumprimento das normas legais, regulamentares e contratuais; a solução das controvérsias; e o poder-dever de intervir na concessão, aplicando as penalidades legais e contratuais.

Apesar de todas estas funções, em rol exemplificativo, o ente regulador não será o exclusivo defensor dos usuários, dos concessionários ou dos interesses do poder concedente. Sua função é mais ampla, ou seja, terá por finalidade o bem-estar da coletividade e o atendimento aos fins propostos pela normatização dos serviços.

A fiscalização dos serviços não é tarefa exclusiva dos entes reguladores. Participam deste poder-dever também os Estados, os Municípios e os usuários, estes, individualmente ou representados por associações ou outras entidades que velem pelos interesses da coletividade, seja quanto aos serviços propriamente ditos ou referente a interesses difusos.

5. Características do ente regulador

Em vista da necessidade de regulamentação dos serviços públicos e da criação de ór-

gãos técnicos[1] do poder concedente para a fiscalização das concessões, neste capítulo, faremos uma abordagem sintética das principais funções de um órgão regulador e fiscalizador a ser criado pelo Legislativo. Na verdade, a abordagem que segue tem suas raízes na lei de regulamentação e controle da Argentina, cujos antecedentes se remontam ao direito estadunidense, bem como às considerações de alguns doutrinadores que cuidaram do tema, sem deixar em segundo plano a nossa legislação de concessão de serviços públicos.

Todos os serviços públicos de interesse geral explorados por empresas de capital privado, mediante concessão ou permissão, serão objeto de regulamentação[2] pelo Legislativo e controle pelo poder concedente conforme dispõe o inciso I do artigo 29 da Lei de Concessões de serviços públicos. Depois de regulamentado, o controle e a fiscalização dos serviços serão exercidos pelos entes reguladores, ou órgãos técnicos do poder concedente, como prefere a Lei de Concessões, no parágrafo único do artigo 30. O controle será exercido conforme o regime de cada serviço público concedido e de acordo com as competências que as respectivas leis de criação lhes outorgue.

O ente regulador, como pessoa jurídica de direito público, tem capacidade e independência para atuar e gozar de autonomia financeira para exercer adequadamente suas funções. A sua autonomia financeira provirá de taxa de fiscalização, a cargo dos concessionários, suficiente para a manutenção do ente fiscalizador. Este encargo estará previsto no edital de licitação e nas normas regulamentares, salvo se o valor não representar impacto que afete o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 9º, parágrafo 3º da Lei de Concessões).

O órgão técnico do poder concedente, no exercício da polícia administrativa, levaria a cabo todo ato que fosse necessário ou conveniente para conhecer a situação do concessionário e o cumprimento das normas regulamentares e leis aplicáveis à concessão, contratada com o concessionário.

No caso de descumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes aos serviços, os usuários estão obrigados a levar ao conhecimento do ente regulador as irregularidades conhecidas, relativas ao serviço, para que o órgão técnico, tomando ciência dessa circunstância, aplique as medidas concernentes para obter o cumprimento da lei e dos regulamentos, conforme incisos do artigo 7º da Lei de Concessões.

As controvérsias ou questões suscitadas entre os usuários individuais ou associações de usuários (art. 29, inciso XII, da Lei de Concessões), e entre os concessionários, estariam submetidas ao julgamento administrativo, (art.23, inciso XV, da Lei de Concessões) pelos órgãos técnicos, sem prejuízo do direito de recorrer ao Judiciário. Este somente poderia revisar o ato impugnado por motivo de legitimidade, não por razões de mérito, conveniência ou oportunidade, ou em decorrência do interesse público.

6. Órgãos de condução e fiscalização

Os entes reguladores, ou órgãos técnicos como prefere a lei, conduzidos por um colegiado com estabilidade funcional, designados pelo Poder Executivo, com prévio acordo do Legislativo

[1] No delineamento básico das idéias elencadas neste capítulo, foram consultados os seguintes documentos: *Ley de Regulación y control de los servicios públicos*; Cassagne, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994. Zarate, Enrique Carlos. *El Control de las concesiones de servicios públicos*. Buenos Aires: 1937. ENRE – *Ente Nacional Regulador de la Eletricidad*, informe anual 1993/1994, v. I e II. Cincunegui, Juan Bautista. *La regulación pública*. Buenos Aires: R.A.P. (193) p. 25-57. Adaglio, Alejandro. *El rol del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: R.A.P. (153) p. 9-31. Collazo, Oscar Juan. *De la delegación en la prestación de servicios o en la ejecución de obras públicas a empresas privadas o mixtas mediante contratos de concesión. Su necesario control. Proposición de medidas a adoptar*. Buenos Aires: R.A.P. (149) p.7-27. Gordillo, Agustín. *Organismos de control*. Buenos Aires: R.A.P. (194) p.107-111. Lei nº 8.987, de 14 de fevereiro de 1995. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

[2] Compete ao poder concedente editar a lei regulamentar de suas concessões. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, traça os princípios básicos a serem atendidos nas concessões de serviços, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1º desta lei: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços." A Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos no âmbito federal. No Estado de São Paulo, a Lei nº 7.835, de 8 de maio de 1992, dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos.

(nada impede, e seria bem melhor que os membros deste órgão fiscalizador fossem escolhidos mediante concurso público de provas e títulos), sujeitando-se às seguintes prescrições: ser brasileiro, idôneo e possuir capacidade técnica e jurídica, sobre a atividade que o ente pretende regular; e ter antecedentes de trabalhos ou pesquisas sobre o controle de serviços públicos.

Toda vez que um dos membros do ente regulador for submetido a um processo ou questionamento administrativo sobre desvio de poder ou má condução de suas funções, automaticamente seria suspenso do cargo até decisão final, e a renúncia do investigado não seria motivo para a suspensão das investigações e aplicação das penalidades que se encontrar sujeito, bem como a devida indenização pelos prejuízos que com a sua ação ou omissão tenha causado aos usuários ou ao próprio serviço concedido.

7. Associação dos usuários

Em cada ente regulador (que poderá atuar somente em nível federal ou também em nível estadual, conforme dispuser a lei) haverá uma comissão assessora, composta pelos representantes dos usuários ou associações de usuários, que em seu objeto social faculte a representação de seus associados ou usuários de um determinado município onde se prestem os serviços. A comissão assessora teria a função de intervir obrigatoriamente perante os organismos de controle, sempre que direta ou indiretamente estiver em pauta alguma questão referente aos serviços ou aos direitos dos usuários, bem como, nos assuntos referentes à política tarifária, qualidade do serviço, procedimento de apuração de infração cometida por membro dos entes reguladores e principalmente nos procedimentos administrativos tendentes à aplicação de sanções aos concessionários pelo descumprimento de normas regulamentares ou oferta irregular de serviços.

8. Representação dos usuários

A intervenção dos usuários ou de associação representativa de seus interesses seria obrigatória nos seguintes casos: a) quando afetar direta ou indiretamente uma pluralidade de usuários, por questões comuns de uma região, de um lugar ou qualquer outra distinção que os agrupe; b) por modificações tarifárias, ou do regime tarifário; c) em decorrência de alterações de planos, programas, obras ou metas estabelecidas pela concessão; d) quando for o caso de outorga de novas permissões, concessões ou modificações na concessão; e) nos casos de aplicação de uma sanção ao concessionário, ou quando se formular acusação a um membro de um ente regulador. Este rol, meramente exemplificativo é ampliado de acordo com os direitos e obrigações elencados individualmente, em cada uma das normas regulamentadoras dos serviços.

Torna-se inviável cada um dos usuários ingressar com pedido para o reconhecimento de seus direitos. Por esta razão, é necessária a instituição de um defensor dos usuários, que no exercício da representação, objetivando a proteção e defesa dos direitos dos representados, atue de ofício, exercendo a tutela dos interesses homogêneos, toda vez que chegue a seu conhecimento uma circunstância que lesione, restrinja ou vulnere, de forma atual ou potencial, os direitos e interesses dos usuários. Esta prerrogativa não exclui as demais pessoas jurídicas públicas, privadas ou instituições que tenham interesse legítimo ou simplesmente legitimação ativa para atuarem na defesa destes direitos.

9. Defesa dos direitos dos usuários

Nas concessões, os direitos dos usuários são os reconhecidos na lei regulamentadora do serviço, na lei de defesa dos direitos dos consumidores, bem como nas normas contratuais e regulamentos de cada serviço público.

Os entes reguladores não se constituem unicamente como organismos de defesa dos direitos dos usuários. Eles representam o interesse público, e o êxito destes fins é alcançado mediante a aplicação objetiva das normas que regulam individualmente cada serviço concedido. Os entes reguladores, na busca do fim público, promoverão, indistintamente, a defesa dos direitos dos concessionários, dos usuários, bem como a representação e a defesa do poder concedente, dentro das faculdades que lhes sejam atribuídas pelos estatutos legais. No exercício de seu mister os entes intervirão em toda questão que se lhes seja reclamada pelas partes, atendendo às reclamações que lhes formulem os concessionários, decidindo conforme o regime legal de cada serviço, bem como a solução das questões que afetarem de forma individual ou coletiva os direitos dos usuários.

10. Audiência pública

O ente regulador convocará audiência pública ou utilizará outros sistemas de consulta para conhecer a opinião dos interessados sobre projetos, regulamentos ou resoluções de caráter geral ou de uma determinada região ou cidade.

Na audiência pública será parte toda pessoa física ou jurídica privada ou pública que invoque um interesse legítimo relacionado com a prestação dos serviços públicos envolvidos.

O procedimento administrativo de audiência sujeitar-se-á aos princípios da publicidade e acesso irrestrito dos interessados e do público em geral a todo o procedimento. Poderá o órgão dar assistência técnica e jurídica aos usuários, às associações e às entidades não-governamentais que representem interesses de usuários, facultando a mais ampla participação de todos os membros da coletividade no processo de controle e na obtenção de informações fidedignas e comprovadas, sobre os serviços prestados pelo concessionário sob a responsabilidade de quem tenha a obrigação de efetuá-la.

Na audiência onde se debatessem questões de interesse coletivo, atuaria o defensor do usuário ou associação, que fizesse esse papel, competindo-lhe a defesa de seus direitos frente ao ente regulador. No exercício de sua representação o defensor do usuário terá a faculdade de: requerer todo tipo de informação necessária para o bom exercício da representação, podendo, no caso de demora, reticência, falha na informação, ou mesmo erro, dar a conhecer ao ente regulador estas circunstâncias, para que o mesmo intime o concessionário a dar cumprimento satisfatório ao requerimento.

11. Participação dos Estados e Municípios

Os Estados, mediante convênio de cooperação com o poder concedente, participarão de forma complementar no sistema de controle e fiscalização dos concessionários que prestarem serviços em seus respectivos territórios, conforme preceitua o artigo 36 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

Os municípios, apesar da omissão da lei supra-referida, poderiam, através de alguma entidade, firmar convênio de cooperação com o poder concedente. Esta possibilidade pode ser inferida da interpretação do parágrafo único do artigo 30, que não veda a participação de organismo municipal em funções tão importantes como a fiscalização dos serviços no município onde a concessionária atua.

A participação dos Estados e dos municípios no sistema de fiscalização seria realizada pela atuação de um funcionário para os municípios ou de uma comissão para os Estados, que representariam os interesses deles, dos municípios e também a defesa dos direitos e dos interesses dos usuários do respectivo território. Referidas pessoas atuariam como membros integrantes das comissões assessoras e funcionariam em cada ente regulador, de forma obrigatória, toda vez que um tema se referir especificamente a qualquer aspecto relacionado com os usuários de uma determinada região ou cidade.

Os Estados ou municípios solicitariam aos entes reguladores a formação de convênios e assistência por meio dos quais se exerceria o controle na prestação do serviço público referente aos serviços prestados pelos concessionários, no que afetem aos usuários e digam respeito aos respectivos territórios. Nestes casos atuariam como organismos delegados dos entes reguladores, ajustando as suas funções e atividades de fiscalização aos regulamentos gerais e demais condições estabelecidas pelos organismos de controle.

No exercício da função de cooperação fiscalizatória, os representantes do Estado ou do município somente poderão agir para constatar o cumprimento ou descumprimento das obrigações dos concessionários, informando eventuais irregularidades, não podendo tomar medidas ou emitir resoluções, pois estas competem aos entes reguladores.

Os Estados ou municípios estabeleceriam centros de atendimento aos usuários, a nível municipal ou regional e teriam como função assessorar, informar, divulgar e receber as reclamações e denúncias dos usuários, as quais seriam remetidas imediatamente aos entes reguladores para conhecimento e providências.

12. Sistemas de controle

O sistema de controle das obrigações decorrentes das normas regulamentadoras e dos contratos de concessões seria realizado pelo processamento por parte dos entes reguladores das informações obtidas dos usuários e das associações de defesa de seus direitos. Respeitando as leis dos regimes dos serviços, efetuariam controles permanentemente, periódicos ou esporádicos, com pessoal e meios técnicos próprios ou mediante contratação de auditoria especializada, para averiguar e comprovar o

efetivo cumprimento das obrigações por parte dos concessionários (art. 31, inciso V, da Lei de Concessões).

No exercício das funções de controle, os entes reguladores ou entidade com eles conveniada, conforme parágrafo único do artigo 30, teriam, dentre outras, as seguintes faculdades: a) instituir métodos de contabilidade e regras técnicas uniformes para os concessionários; b) propor formas, métodos e sistemas de informações para o devido exercício do controle; c) proceder às inspeções e auditorias contábeis, econômica, financeira e técnica; d) ter acesso à documentação contábil, econômica e financeira das concessionárias, de seus registros e dos próprios controles referentes aos serviços; e) propiciar a maior concorrência de ofertas, sempre debaixo de condições de qualidade, seriedade, eficiência; f) inspecionar as instalações das concessionárias, no intuito de assegurar a qualidade e a segurança dos bens e dos usuários; g) requerer análises e pareceres de auditoria técnica e consultoria especializada para medir a qualidade e a atuação das concessionárias com respeito à duração e à vida útil das instalações e o estado de manutenção a que são submetidas, conforme o prazo de concessão; h) requerer todo tipo de informação que seja considerada necessária ou conveniente para o exercício das funções de controle.

13. Dever de informação das concessionárias

As concessionárias estão sujeitas, conforme prescreve o artigo 31 da Lei de Concessões, a diversos encargos e dentre estes a obrigação de fornecer informações sobre os serviços prestados, sujeitando-se às seguintes prescrições: a) seriam apresentadas no prazo estipulado, sujeitando-se às conseqüências da sanção pelo descumprimento injustificado; b) a informação do concessionário seria produzida de forma que possa existir compreensão e processamento técnico perante o ente regulador e dos usuários.

Toda vez que o concessionário fizer um pedido de atualização de tarifas em razão de investimentos, ou qualquer outra causa necessária, firmará declaração, com base em documentação e informações que se coloquem à disposição do ente regulador.

Toda informação emanada do concessionário será submetida à comprovação mediante registro, pesquisas e informações supletivas por parte do ente regulador, auxiliado nesta tarefa por peritos ou técnicos, que prestarão informações sobre o assunto, para todos aqueles que demonstrem interesse legítimo, ou mesmo aqueles que tenham legitimação ativa para a defesa dos interesses dos usuários.

14. Resolução dos conflitos

O modo amigável de solução das divergências contratuais, conforme previsto no inciso XV do artigo 23 da Lei de Concessões, obriga o atendimento aos requisitos da ampla defesa e obediência aos princípios norteadores da Lei de Concessões. O poder concedente instituirá procedimentos eficazes para prevenir e solucionar eventuais conflitos, de forma a proteger os direitos e garantias dos usuários, do próprio concedente e também do concessionário.

No procedimento administrativo de solução de conflitos entre o concessionário, os usuários e o órgão regulador, levar-se-á em conta a solução dos seguintes problemas, exemplificativamente: a) erros de fatura; variação de tensão (caso de energia elétrica); poder calorífico (no caso de fornecimento de gás canalizado); salubridade (no caso de fornecimento de água); rapidez, segurança e eficiência (no caso de telefonia); b) o ressarcimento pelos danos ocasionados aos usuários; o não-atendimento dos objetivos enumerados nas leis e regulamentos; c) a reclamação dos serviços do concessionário poderá ser efetuada por qualquer meio de comunicação; d) o concessionário facilitará a consulta ao usuário e ao ente regulador nos registros das reclamações, os quais serão dotados de confiabilidade, certeza e veracidade; e) o ente regulador deverá ter conhecimento de toda reclamação dos usuários, diariamente, inclusive das reclamações respondidas e solucionadas; vencido o prazo, se a concessionária não atender ao usuário, ele pode recorrer ao ente regulador; f) quando os concessionários incorrerem, injustificadamente, em permanente descumprimento das normas de atendimento aos usuários, os entes reguladores aplicarão as sanções que correspondam segundo ao regime do serviço e à regulamentação.

Os entes reguladores instrumentarão um sistema de processamento de informações e solução de casos, de interesse geral ou particular, com o objetivo de fixar um só entendimento, uniforme, para a solução dos casos que lhe são confiados para preservar a igualdade da proteção dos direitos dos usuários.

Toda pessoa física ou jurídica que tenha legítimo interesse, terá acesso à informação de caráter geral ou de interesse geral dos usuários, e em caso de negativa por parte da concessionária, o interessado poderá interpor mandado de segurança, com o objetivo de facultar o acesso às referidas informações.

15. Ética dos entes reguladores

No exercício do poder controlador e fiscalizador, pela própria essencialidade destas atividades e seu profundo impacto social, a confiança pública depende, em grande parte, da observância de algumas regras por parte daqueles funcionários que devem interpretar, administrar e executar os regimes legais de cada serviço de interesse coletivo.

A reputação e o prestígio dos entes reguladores dependem não só da aplicação objetiva da legislação, mas também da conduta de seus funcionários, agentes e empregados.

Nenhum de seus membros atuará deliberadamente de forma a originar suspeita na comunidade dos usuários, que seus atos reflitam violação de suas obrigações.

Os entes reguladores exigirão dos concessionários o cumprimento de todas as obrigações legais, regulamentares e contratuais a que estão sujeitos. Não existirá modalidade de controle que possa ser discutida ou não acatada pelos concessionários, salvo se constituir um abuso de direito.

As funções do ente regulador se constituirão em atividades de interesse público. Seu objetivo é o perfeito ajuste entre os serviços concedidos, a atuação do concessionário e as prerrogativas do poder concedente. Seus membros não atuarão quando demonstrarem interesse econômico, ou financeiro ou de qualquer outro tipo, direto ou indireto, em algum negócio, ou transação ou atividade profissional que esteja em conflito com o cumprimento de suas obrigações.

Constituirá também ofensa às normas éticas, quando os membros dos entes reguladores tiverem algum emprego ou realizarem algum serviço, qualquer que seja a modalidade de vinculação, o qual possa sufocar seu objetivo e independência de juízo. Também participar, assessorar, ou de alguma forma influir em algum assunto onde tenha interesse financeiro ou econômico direto ou indireto; ou estar comprometido em algum negócio, exercício profissional, comercial, industrial, ou de serviços, com a empresa concessionária ou permissionária, submetida à fiscalização pelo ente regulador onde preste serviço ou trabalhe.

Nenhum empregado ou funcionário que tivesse sido parte de um processo de privatização ou tenha representado ou assessorado o Estado no processo de seleção ou no estudo dos pedidos de esclarecimentos dos interessados na concessão, ou na preparação dos leilões, ou na informação da empresa sujeita à privatização, poderá aceitar um cargo, ou função, ou emprego, em uma empresa concessionária. Nenhum funcionário ou empregado em um ente regulador poderá aceitar um cargo, ou função ou emprego em uma empresa que esteja controlada por um ente regulador onde este funcionário tenha trabalhado.

Depois de ter cessado a relação profissional com uma concessionária, constituirá também falta ética ingressar em um ente regulador como funcionário ou empregado, antes de ter transcorrido prazo suficiente. Também, de qualquer forma, ingressar ou prestar serviços a uma concessionária que esteja sujeita à fiscalização ou controle de um ente regulador, antes que tenha transcorrido tempo suficiente após cessar a relação do funcionário com o organismo controlador.

Sem prejuízo da sanção pecuniária punitória, o concessionário que infringir a norma ética será responsabilizado pelos danos que sua conduta tenha produzido aos usuários e ao concedente, sem prejuízo de sua obrigação em devolver o que tenha injustamente recebido. Da mesma forma, responsabilizar-se-ão, pecuniariamente, os membros dos entes reguladores envolvidos em circunstâncias danosas, derivadas de transgressão cometida, sem prejuízo da ação penal, se for o caso.

16. Conclusões

A finalidade almejada pelo governo na abertura dos serviços públicos à livre concorrência não pode ser unicamente diminuir o tamanho da máquina estatal ou o pagamento da dívida pública. O poder público, atendendo à política dominante, deve fazer a opção por um modelo que entenda ser o mais justo, aquele que propicia de uma forma clara, de mais valia à coletividade.

O concessionário exerce a atividade concedida, por sua conta e risco, na medida em que

lhe foi delegada pelo poder concedente, observando as normas regulamentares, as cláusulas contratuais e sujeitando-se ao poder regulamentador e fiscalizador da administração.

1. Um dos motivos que pesou no fracasso das concessões de serviços públicos no Brasil foi a ineficiência dos órgãos fiscalizadores. Nesta volta da gestão privada de serviços públicos, o poder de intervir deve ser exercido de forma rígida, para afastar a possibilidade do desprezo pelo fim público, que caracteriza quase sempre a atuação do concessionário privado.

O poder público, como órgão concedente, deve cumprir sua função, na íntegra, de forma que o contrato de concessão seja, efetivamente, respeitado sob todos os seus aspectos, possibilitando sempre a adequação do serviço às realidades da época.

2. O controle popular deve atuar de forma que os serviços concedidos sejam aquilo que os usuários esperam, ou seja, tarifas módicas, qualidade, igualdade entre os usuários da mesma classe, eficiência dos serviços, regularidade e investimentos em tecnologias para que o serviço não se torne obsoleto com o passar dos anos. E perante o monopólio de fato, o poder concedente deve atuar de modo a impedir a ação abusiva da concessionária que se torne ofensiva à livre iniciativa.

A sociedade requer do Estado mecanismos de fiscalização para a proteção dos direitos, de forma a proporcionar uma adequação justa e de equilíbrio entre as liberdades. O Estado deve fiscalizar sem constranger, alterar ou extinguir os direitos, pois este poder do Estado encontra limitações, informadas pelo princípio da legalidade, normas constitucionais, leis regulamentares, princípio da razoabilidade, conveniência e oportunidade.

A fiscalização dos serviços públicos, prestados pela iniciativa privada, não é tarefa exclusiva dos órgãos técnicos do poder concedente. Participam deste poder-dever também os Estados, os municípios e os usuários, individualmente ou representados por associações ou outras entidades que velem pelos interesses da coletividade. Os Estados ou os municípios poderão estabelecer centros de atendimento aos usuários, a nível municipal ou regional e terão como função assessorar, informar, divulgar e receber as reclamações e denúncias dos usuários.

3. Além da necessária regulamentação que exige a própria Lei de Concessões, o poder concedente deve implementar a efetiva concorrência entre os concessionários. A concorrência entre os fornecedores de serviços é política das mais salutares para o atendimento efetivo dos fins públicos do serviço concedido. Em todas as áreas existe a possibilidade da concorrência, seja direta, quando dois concessionários atuarem na mesma região, seja indireta, pela comparação de desempenho e eficiência entre dois ou mais concessionários, que embora atuando em áreas distintas, faculte a visualização do atendimento dos objetivos legais, para impor correções e alterações nas tarifas.

4. É necessária a criação de um ente técnico para supervisionar o atendimento aos objetivos elencados nas normas regulamentares e naquelas diretrizes específicas inseridas, individualmente, em cada contrato de concessão.

O ente técnico a ser criado pelo legislador deve possuir competência para atuar de acordo com as normas reguladoras dos serviços. Sua competência deve estar vinculada às atividades de controle e fiscalização dos concessionários para o atendimento aos objetivos elencados na lei.

5. O Estado deve reordenar sua posição estratégica mediante a transferência, à iniciativa privada, de atividades indevidamente exploradas pelo setor público, permitindo assim que a administração concentre seus esforços e recursos em atividades essenciais e prioritárias.

O Estado administrador deve se estruturar a partir do princípio da subsidiariedade, que orienta sua ação política para suprir o indivíduo ou as organizações sociais naqueles casos em que eles não possam realizar seus próprios fins.

Crédito ao consumidor e superendividamento

Uma problemática geral

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

SUMÁRIO

1. Crédito ao consumo – problemática geral 2. Legislação comparada 3. Brasil 4. O que está em jogo?

Este texto é uma primeira reflexão sobre um tema que vem sendo debatido desta mesma perspectiva em outros lugares. Muito embora haja disposições sobre o crédito ao consumidor no CDC, não houve ainda a abordagem da questão deste ponto de vista nos comentários que sobre o assunto se fizeram. O que escrevo a seguir é basicamente a minha exposição no curso promovido pelo Brasilcon e pela Escola do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em 12 de julho de 1995, na cidade de Caxias do Sul, RS.

1. CRÉDITO AO CONSUMO – PROBLEMÁTICA GERAL

A chamada sociedade de consumo é uma sociedade de massas e de classes: suas relações definem-se pelo mercado, que ao mesmo tempo permite interações anônimas e despersonalizadas entre grande número de pessoas (por isso sociedade de massas) e determinadas pela sua posição respectiva no processo produtivo (na apropriação dos benefícios da vida social, por isso sociedade de classes). O *crédito ao consumo* é um estímulo ao consumo, é um elemento de dinamização da produção capitalista. Pressupõe um movimento perpétuo, jogando para o futuro uma perspectiva de incessante crescimento e desenvolvimento. Sendo que o mercado depende do constante crescimento do consumo (planejado pelas unidades produtivas, especialmente por aquelas que acumulam saber, conhecimento e infor-

José Reinaldo de Lima Lopes é Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP; Professor Visitante da Universidade da Califórnia, San Diego. Pesquisador do CEDISO-Centro de Estudos, Direito e Sociedade.

mação, como as grandes corporações capazes de influir determinantemente nos mercados). A contrapartida desta confiança ilimitada no futuro é a generalização do seguro social e privado (Ewald e Sunstein). Tudo pode ser vendido a crédito, tudo pode ser objeto de seguro. Nestes termos, ao lado do crédito (que se transforma numa indústria), grandes somas de capitais dirigem-se também para a indústria do seguro, inclusive o seguro do crédito.

O crédito é um instrumento de criação de moeda, já que esta não é uma mercadoria como as outras. Por isso, em todos os Estados nacionais que ainda emitem e controlam suas respectivas moedas aceita-se que o Banco Central, ou banco emissor, retenha parte da moeda depositada com os particulares (bancos privados) sob a forma de depósitos compulsórios, para reduzir o multiplicador da moeda. O crédito é, pois, uma questão de política geral monetária e de desenvolvimento (daí a regulação deste mercado com fixação de limites de prazo, de taxas, de valores por consumidor, incentivo a consumo: Alexandridou, 1994,155).

Crédito ao consumo é um sistema de financiamento, por meio de crédito direto concedido pelo comerciante, mas, sobretudo, por financeiras, bancos e cartões de crédito. Em todos os casos, o consumidor tende a transformar-se no cliente, que mantém relações continuadas, permanentes muitas vezes.

Outro aspecto a ser lembrado é a situação particular do consumidor em países subdesenvolvidos.Benjamin (Benjamin, 1994) adverte para distinção entre problemas de *qualidade* dos bens e serviços e os problemas de *disponibilidade*: o direito de defesa do consumidor está voltado para os primeiros, não para os segundos, por enquanto, embora o segundo seja essencial nos países pobres. Ou seja, existe nas sociedades periféricas e pobres um problema anterior ao da qualidade, que poderíamos chamar de integração econômica das massas, ou extensão da cidadania econômica (de um certo ponto de vista). Há uma política do consumidor, ao lado de um direito de defesa do consumidor.

Por outro lado, nas sociedades periféricas (embora em todas haja o problema) é alarmante a divisão de classes: o direito do consumidor não pode ser um instrumento de proteção apenas dos mais afluentes e articulados, dos consumidores de bens mais sofisticados, com voz e vez na mídia, com capacidade pessoal e coletiva de resistência, influência e pressão sobre o Estado, em qualquer dos três poderes. A legislação que assumisse um consumidor-tipo estaria destinada ao fracasso ou à aplicação não eqüitativa (seletiva ou lotérica, como dizem Wanderley Guilherme dos Santos e José Eduardo Faria).

No do Brasil, o crédito ao consumo destinado a certas classes sociais é fonte de escândalos que chegam ao foro internacional, como a *escravidão* (informal) *por dívidas*. Há, pois, nas sociedades de classes, e especialmente pobres como o Brasil, duas espécies de consumidores: os privilegiados e os desfavorecidos (ou hipossuficientes, como diz nosso CDC no art. 6º, VIII). Os primeiros têm acesso mais fácil a créditos e bens, embora sujeitos a práticas restritivas e ilícitas também. Constituem a chamada – vulgarmente – classe média ou classe alta. No Brasil, eles compõem os 10% mais ricos da população, que concentram 48,1% da riqueza nacional (números relativos a 1990, e que mostram a concentração havida desde 1981, quando concentravam "apenas" 44,9% da riqueza). Às vezes são cortejados pelos credores, às vezes não. Os bancos oferecem seus produtos (crédito) como um sonho, vendendo-os como qualquer produto na forma de propaganda, em horários nobres da televisão, do rádio, dos jornais. Mesmo sendo privilegiados, estes consumidores sofrem da *vulnerabilidade* dos consumidores em geral – técnica, jurídica, às vezes fática.

Os segundos, os consumidores desfavorecidos, são os pobres – estimulados ao consumo, seja supérfluo, seja necessário. O consumo necessário destas classes subalternas atinge coisas banais na vida urbana, como, por exemplo, eletrodomésticos dos mais simples. Mas os mais simples dos eletrodomésticos são-lhes inacessíveis, se não lhes for concedido crédito. São os consumidores de que fala Françoise Domont-Naert (Domont-Naert, 1992). Pobreza, insuficiência de recursos disponíveis, precariedade do seu *status* social, subdesenvolvimento cultural, exclusão dos modos de vida dominantes, ausência de poder no seio da sociedade, são as características desse grupo. No Brasil, o quadro é absolutamente dramático, se levarmos em conta que os 50% mais pobres da população detêm apenas 12% da renda nacional (números relativos a 1990 e que apresentam uma queda de 2,5% em comparação com 1981, quando os 50% mais pobres detinham 14,5% da renda). Em outras palavras, metade da população

brasileira é composta por consumidores *desfavorecidos*, para além de *vulneráveis*.

Um problema raramente mencionado no Brasil tem sido o do superendividamento dos consumidores (*overindebtness, surendettement*). Trata-se do fenômeno social (e não apenas pessoal) da inadimplência dos consumidores por ultrapassarem sua capacidade de consumo a crédito. Em geral, a questão, do ponto de vista do direito, é tratada como um problema pessoal (moral, muitas vezes) cuja solução passa apenas pela execução pura e simples do devedor. Esquece-se que o endividamento depende de que o consumidor tenha tido acesso ao crédito (responsabilidade do credor), que tenha sido estimulado e incentivado a consumir e a consumir a crédito, que tenha sido vítima, em certos casos, de uma força maior social, qual seja, uma recessão, uma onda de desemprego (hoje em dia desemprego *estrutural* crescente, dado o *jobless growth*).

O crédito ao consumo, como aliás toda a disciplina do consumidor (seja o direito de defesa do consumidor, seja a política do consumidor), precisa ser tratada juridicamente como fruto do Estado-social. Em outras palavras, é uma disciplina jurídica da extensão da cidadania social (de direitos sociais). Seguindo a advertência de Ramsay (Ramsay, 1994), é por isso que o crédito ao consumo precisa ser regulado. Nisto há três vertentes ou espécies de regulação: a) regulação da indústria para os que têm acesso (classe média) – aí se aplicam plenamente as regras do art. 52 do nosso CDC; b) regulação para evitar a discriminação contra setores e grupos determinados, por motivos de pertença ou identidade; c) regulação para redistribuir socialmente os custos do superendividamento (de natureza social e não pessoal).

2. Legislação comparada

Embora o direito nunca possa ser comparado sem que se analise a cultura jurídica, o sistema institucional de aplicação e o ambiente social em que vigora, uma visão das legislações de diversos países pode ser uma porta de entrada importante para uma primeira abordagem deste problema do crédito ao consumo. É o que faremos a seguir.

a. *União Européia*

Existe uma *Diretiva do Conselho, de 22.12.86 (Diretiva do Conselho 87/102 emendada pela Diretiva 90/88, de 22.2.90)*. Por ela, o consumidor deveria receber informação adequada sobre taxa de juros (dever de informação das condições do empréstimo ou financiamento). A diretiva exclui certos créditos de caráter não-comercial como, por exemplo, o crédito imobiliário. Distingue créditos de grande porte do crédito ao consumo e exclui créditos muito pequenos da sua disciplina, para não onerá-los administrativamente. Para a diretiva o "consumidor significa a pessoa natural que age com fins externos (estranhos) à sua atividade profissional" (art. 1º-2/a). Outra *Diretiva do Conselho, de 15.12.89*, estabelece regras técnicas (liberalizantes do movimento do capital e flexíveis) para coordenação das leis a respeito de instituições financeiras.

b. *Dinamarca* – Estabeleceu pela Lei nº 398/13.6.90, regras sobre a transparência nas taxas de juros.

c. *Finlândia* – A Lei de Bancos (de depósitos), de 28.12.90 criou no seu Capítulo 5 a "Proteção dos clientes": ali se estabelece a proibição de afirmações enganosas, práticas comerciais abusivas. Pela lei, todos os contratos-padrão precisam ser apreciados pela autoridade supervisora dos bancos. A competência da autoridade supervisora dos bancos e do *Ombudsman* dos consumidores para regular a matéria é concorrente.

d. *França* – É a Lei nº 89/1010 de 31.12.89, que dispõe sobre endividamento de consumidores (incorporada ao Código do Consumo – Lei nº 93/949 de 26 de julho de 1993). Este, no art. 331, institui uma comissão que investiga os casos de *surendettement (overindebtness) – superendividamento*. Um procedimento amigável de convenção das condições de pagamento de todos os credores para o *consumidor de boa-fé, pessoa física*, para seus débitos *não-profissionais* (art. 331-2) pode ser iniciado. O plano é solicitado pelo devedor e pode conter: abatimento ou redução de juros, remissão de valores, consolidação ou substituição de garantias e formas de sua execução. Caso o devedor não preencha os requisitos ou em 60 dias não se chegue a um acordo pode-se iniciar a insolvência. Como no caso da Diretiva do Conselho, a lei francesa prevê uma aplicação estrita e estreita do conceito de consumidor.

e. *Alemanha* – Lei do Crédito ao Consumo, de 17.12.90 (*Verbraucherkredit Gesetz*), em vigor desde 1º de janeiro de 1991 abrange todo crédito ao consumo, inclusive o rotativo, a antecipação por cheque especial (abertura de

crédito), o hipotecário, o *leasing* e a criação de pequenas empresas. Há regras para *proteção social* do consumidor, tais como a redução de juros de mora, pagamentos em atraso etc. A regulação dos limites de juros ficou de fora, assim como os casos de insolvência. A proteção dos consumidores em matéria de crédito iniciou-se com a jurisprudência. Os tribunais começaram usando o critério do art. 138(I) do BGB – examinando se o contrato poderia ser anulado por violação dos *bons costumes* e sobretudo se houvera prevalecimento da fraqueza de outrem. Desequilibrada, a liberdade de contratação, prevista na Lei Fundamental de Bonn, não poderia vigorar e os tribunais puderam interferir no contrato (Kemper, 1994). A insolvência dos consumidores será disciplinada junto com as insolvências em geral na nova *Insolvenzordnung* (InsO) a entrar em vigor em 1999, o que deverá incluir o perdão dos débitos no prazo de sete anos (Kemper, 1995).

f. *Inglaterra* – Vigora ali, desde 1974, um *Consumer Credit Act* que dá à Corte capacidade de mandar pagar o que achar razoável quando o consumidor atinge um estado de insolvência.

g. *Bélgica* – A Lei de 12 de junho 1991 impõe ao financiador (mutuante) o dever de agir como um bom financiador: se o mutuante concede crédito acima da capacidade do tomador (mutuário) o juiz pode exonerar o consumidor de parte dos juros de mora e reduzir as obrigações ao principal.

h. *Portugal* – O Decreto-Lei nº 359/91, de 21.9.91, aplica-se a créditos concedidos a pessoas singulares, fora de sua atividade comercial ou profissional, conforme a Diretiva do Conselho acima mencionada. Vigora para os créditos dentro do limite de 30.000 a 6.000.000 de escudos e também não inclui empréstimos imobiliários. Acompanhando uma tendência do direito do consumidor de recuperar o instituto do arrependimento, prevê um período de reflexão (art. 8º) de sete dias úteis para arrependimento.

i. *Estados Unidos* – Em 1968 entrou em vigor o *Consumer Credit Protection Act,* emendado em 1980. Os temas de defesa do consumidor de crédito são em primeiro lugar a transparência e a informação ao consumidor (*Title I – Truth in Lending Act*), em segundo lugar defesa contra práticas abusivas (*Title II – Extortionate Credit Transaction*), em terceiro lugar restrições ao excesso de garantias (*Title III – Restrictions on Garnishment*). Estabelece uma Comissão Nacional de Finanças do Consumidor (*Title IV – National Commission on Consumer Finance*). Em 1970 e 1974 foi também emendado para acrescentar dispositivos relacionados aos cartões de crédito. Em 1974 foi também aprovado o *Equal Credit Opportunity Act*, contra discriminação por idade, sexo, estado civil, raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, recebimento de assistência social ou exercício legítimo de direitos legalmente protegidos. Trata-se, como se vê, de proteção do consumidor para ter acesso ao crédito numa sociedade em que a falta de crédito significa exclusão social, marginalização. Data de 1977 o *Fair Debt Collection Practices Act.* No sistema norte-americano, ao contrário dos sistemas civilistas, há uma disponibilidade generalizada para a insolvência civil. O regime é muito liberal permitindo um *fresh start*. Por disposição constitucional, a insolvência é matéria de legislação e jurisdição federal.

3. Brasil

O modelo de desenvolvimento brasileiro iniciado nos anos 30 e consolidado nos anos 60 foi o de uma industrialização financiada pelo Estado, pelo capital internacional e por poupança interna voluntária ou obrigatória. Deste período as Leis nº 4.131/62 (capital estrangeiro), 4.595/64 (reforma bancária), 4.728/65 (mercado de capitais, inclusive alienação fiduciária), 4.380/64 (correção monetária nos contratos imobiliários) etc.

Era preciso criar um mercado consumidor inexistente, dada a pobreza e a concentração de renda já existente. O remédio foi ampliar o crédito ao consumo. Tudo se poderia comprar a prazo, desde um par de sapatos a qualquer outro bem. Os bens duráveis poderiam ser objeto de alienação fiduciária em garantia. O modelo faliu nos anos 80 com o fim da entrada de capital estrangeiro, com as crises do petróleo, com a democratização (aumento das demandas sociais) e com o empobrecimento generalizado, fruto das políticas de concentração de renda (pois a filosofia de base de então, como a de hoje, era de que só o capital poderia promover o desenvolvimento nacional, e para isso era preciso incentivar o capitalismo e acelerar sua concentração para dar-lhe capacidade de investimento).

O modelo neoliberal que vem sendo perseguido nos anos 90 gerou – no Plano Real – uma

estabilização da moeda, mas o custo social já aparece sob a forma de uma inadimplência dos consumidores. Notícia veiculada pela *Folha de S. Paulo*, de 23 de junho de 1995, 2-9, dá conta de que havia naquela altura 1.800.000 consumidores com carnês em atraso. Segundo a Associação Comercial de São Paulo (ACSP) as 11 mil firmas cadastradas no Serviço de Proteção ao Crédito queriam renegociar as dívidas. Uma rede de lojas informava que havia 8% de atraso entre seus clientes, sendo que um ano antes a média de atraso era de 2,8%. Para resolver o caso, estava disposta a abrir mão dos 10% de multa de mora, renegociar a dívida e prolongar o prazo em até 10 vezes, mantendo a taxa de juros de 7,5% ao mês. Nitidamente, o problema não era de um consumidor ou outro, mas um verdadeiro fenômeno social, resultado da explosão de consumo ocorrida nos meses anteriores (após a estabilização relativa da moeda). Por isso mesmo, o Conselho Monetário Nacional mudou as regras para o cheque especial (crédito rotativo) e cartão de crédito.

O superendividamento é, portanto, um fato e um fato social e de política econômica e monetária. O CDC prevê, no art. 52, uma disciplina dos *contratos de crédito ao consumo* – com as seguintes garantias a favor dos consumidores: preço do produto em moeda corrente nacional; montante dos juros de mora e taxa efetiva anual de juros (na Comunidade Européia trata-se da Taxa Anual de Encargos Efetiva Global que deve revelar o custo total do crédito, encargos, taxas etc.); acréscimos legalmente previstos; número e periodicidade das prestações; soma total a pagar, com e sem financiamento; limite da multa de mora (a 10%) do valor da prestação; liquidação antecipada com redução dos juros (revogando, assim, o art. 955 do C. Civil).Em geral sendo contratos de adesão, aplicam-se a eles as regras do art. 54 do mesmo CDC.

A cláusula de arrependimento (art. 49) seria aplicável? Em princípio sim. Mas neste caso, a lei brasileira é mais restrita do que a de Portugal, pois somente se a contratação ocorre fora do estabelecimento, prevê-se o arrependimento.

Não foi imaginado um esquema especial de insolvência para o consumidor. Nestes termos, a insolvência civil é insuficiente. Nela não há uma investigação das causas pessoais e sociais que levaram à insolvência, nem mesmo um esquema de negociação que permita ao consumidor sair da situação, como parece ser o objetivo da legislação francesa. Nossa insolvência é apenas uma execução coletiva, sem atentar para os fatos da vida do consumidor desfavorecido, para o julgamento especial que permita tratamento diferenciado quando o superendividamento se dever a uma atitude de boa ou má-fé.

A jurisprudência vinha criando e sustentando algumas defesas individuais para o consumidor: já havia decisões favorecendo os consumidores no sentido de ter por nulas as procurações outorgadas às financeiras para emitir títulos (letras de câmbio) ou transferi-las (coisa que foi objeto do Decreto-Lei nº 359/91 de Portugal, art. 11, pois as letras de garantia só podem ser nominais, "não à ordem"). Além disso, houve decisões no Rio Grande do Sul dando pela inconstitucionalidade da busca e apreensão liminar com base no Decreto-Lei nº 911/69 – alienação fiduciária – entendo tratar-se de um privilégio inconstitucional para as financeiras (Tribunal de Alçada RS – 3ª Câmara Cível, 1910447679 – Porto Alegre; o juiz não pode ser obrigado a dar a liminar, tutela antecipada, sem poder exercer o juízo concreto sobre o perigo de mora). Houve também julgados mitigando a prisão do depositário infiel.

4. O QUE ESTÁ EM JOGO?

Tratando-se do crédito ao consumo, especialmente do tema do superendividamento dos consumidores, claro que estão em jogo tanto a política de consumo quanto o direito do consumidor. De política de consumo porque a insolvência dos consumidores é um fato social, com origens muitas vezes na *força maior social* – desemprego, período de turbulência econômica geral. Nestas circunstâncias, quem deve pagar a conta? O problema torna-se um problema de políticas públicas e de redistribuição. De direito do consumidor porque a saída da insolvência requer mecanismos aplicados também caso a caso. Mesmo que se deva por princípio abandonar a ideologia fácil e freqüente de que os pobres são os responsáveis por sua própria pobreza (Iain Ramsay).

Saídas para o superendividamento devem passar pelas concordatas e reorganizações negociadas, hoje disponíveis apenas para o capital e o capitalista. Nestes casos teria aplicação o art. 6º, V, do CDC – revisão de cláusulas excessivamente onerosas –, num ambiente de renegociação coletiva, obedecida a *par conditio creditorum.* Além disso, dando apli-

cação também aos dispositivos do CDC sobre os serviços de educação e informação (CDC art. 6º, II e III) e prevenção, seria preciso alertar os consumidores para os riscos do endividamento, inclusive ensinando-lhes os cálculos mínimos dos encargos.

Há um problema geral de política do consumo no equívoco dos órgãos de defesa do consumidor (privados ou públicos) de aceitar o consumismo, aceitar uma perspectiva econômica equivocada, conformista, sem capacidade de ser crítica do sistema que provoca o superendividamento. Exemplar disso seria o fato de que alguns iniciaram ações para que os depositantes recebessem juros e correção monetária nas poupanças; outros iniciaram ações para que alguns pagassem menores prestações. Vê-se que os interesses são conflitantes. Quem é o consumidor a ser defendido diante do sistema financeiro: o depositante, ou o mutuário? Em geral, até hoje, o depositante é encarado como o consumidor, mas na outra ponta da intermediação feita pelos bancos está o consumidor mutuário. Nada disso foi jamais discutido entre nós pelas associações de consumidores ou pelos institutos privados.

Assistimos à concessão de anistias pelo poder público (de multas, de impostos e de dívidas) para diferentes setores, não para os consumidores de crédito, isto é, para os beneficiários (ou vítimas) de crédito ao consumo. Qual o impacto concentrador de renda que tudo isto tem? Claro está que a defesa do direito do consumidor pode perder-se em enormes equívocos quando não atenta para estes aspectos distributivos e macroeconômicos da questão. Como sugere Wilhelmsson, trata-se de substituir uma estratégia de antagonismo por uma de cooperação (pois a solução do endividamento passa a ser problema concertado entre devedor e credores), personalizada (a solução padrão universal não serve para cada caso ou categoria), e dinâmica (não se negocia apenas sobre o contratado, mas sobre as condições de pagamento futuras). Trata-se também de rever as perspectivas mais gerais da teoria dos contratos, como já tenho dito em outro texto: arrependimento e lesão, institutos tradicionais na teoria contratual anterior ao liberalismo econômico, estão voltando, como instrumentos de regulação concreta (antes que abstrata) e personalizada.

A defesa do consumidor desfavorecido, sobretudo, coloca um problema de ordem geral, especialmente no que diz respeito a sua representação. Se bem que a perspectiva do consumidor vulnerável ou hipossuficiente esteja na base do direito do consumidor, um ideal a ser permanentemente lembrado é o da autonomia individual. Com isto quero lembrar que a defesa do consumidor precisa guardar-se continuamente contra uma perspectiva paternalista que afinal termina sendo antidemocrática. Quero também lembrar que a defesa coletiva do consumidor por meio de substitutos ou representantes termina sempre fazendo reaparecer a questão espinhosa da representação democrática. De um lado, o poder dado ao Ministério Público no direito brasileiro dá a este órgão uma capacidade incontrolada de decisão: sendo uma carreira preservada da influência externa por um necessário e válido isolamento, corre o risco de tornar-se um guardião paternalista (quiçá autoritário) dos direitos do povo que não conta com mecanismos de prestação de contas ao próprio povo. De outro lado, as chamadas entidades da sociedade civil, inclusive associações de consumidores, correm todos os riscos da representação corporativa de interesses (sobretudo a incapacidade de apreciação global da problemática do consumo, restringindo-se a uma defesa de interesses homogêneos), sem falar da natural tendência da oligarquização das organizações todas (Robert Michels). Ainda acompanhando Wilhelmsson, mesmo que seja indispensável haver formas coletivas de ação, nem todas as organizações envolvidas nesta ação têm o mesmo grau de fiabilidade para os consumidores.

Bibliografia

ALEXANDRIDOU, Elisa. Consumer credit in Greece. *Consumer Law Journal,* v. 3, n. 5, p. 155-156. 1994.

BENJAMIN, Antonio H. *Consumer protection in less developed countries*; *The Latin American experience:* paper on Summer Programme in Community Consumer Law, Louvain-la-Neuf.

DOMONT-NAERT, Françoise. *Consommateur-defavorisés: crédit et endettement.* Bruxelas: Kluwer,1992.

KEMPER, Rainer. The Current Situation of Consumer Credit Law in the Federal Republic of Germany. *Consumer Law Journal,* v. 2, n. 5, p. 157-170. 1994.

_____. The coming consumer bankruptcy scheme with the release of the residual debt in Germany. *Consumer Law Journal,* v. 3, n. 2, p. 69-75. 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

RAMSEY, Iain. *Developing consumer law in Asia.* [s.l.]: IOCU, 1994. Consumer credit law as distributive justice.

WILHELMSSON, Thomas. *Developing consumer law in Asia.* [s.l.]: IOCU, 1994. Regulation of contract terms.

A antecipação da tutela na sistemática do Código de Processo Civil

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Configuração legal da antecipação da tutela*. 3. *Aspectos processuais da tutela antecipada.* 4. *Natureza jurídica da tutela antecipatória e da medida cautelar. Distinção essencial e inconfundível*. 5. *A antecipação da tutela na Justiça Federal.* 6. *A antecipação da tutela específica nas vias de controle de constitucionalidade.* 7. *Considerações finais.*

1. INTRODUÇÃO

Merecem destaque, à guisa de introdução do tema, as palavras sábias e oportunas do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Presidente da Escola Nacional da Magistratura, em prol de "Um Novo Processo, Uma Nova Justiça", nestas letras:

> "Ao aproximar-se a excitante virada do século, nestes tempos de extraordinárias transformações nos campos político e ideológico, quando países se agregam em comunidades econômicas, nações se libertam e fronteiras estão em constante mutação, regimes totalitários e carismáticos se esfacelam e uma onda de liberalismo varre os horizontes, quando a pobreza cede lugar à miséria, a violência invade os lares, a ciência e a tecnologia atingem patamares inacreditáveis e os sonhos povoam os corações dos que acreditam no amanhã, cabe-nos, a todos nós, missão relevante, árdua, mas grandiosa e bela.
>
> O Estado Democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não mais é visto como mero poder eqüidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e res-

Antônio Souza Prudente é Juiz Federal Titular da Sexta Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e Professor Titular de Processo Civil da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal – AEUDF.

Palestra proferida no Auditório do Superior Tribunal de Justiça em 8.3.96, durante o Seminário sobre a *Reforma do Código de Processo Civil*, sob a coordenação do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

ponsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa nova postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programáticos, vendo-as sempre dotadas de eficácia em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, valorização do trabalho e da livre iniciativa, defesa do meio ambiente e construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Foi-se o tempo do Judiciário dependente, encastelado e inerte. O povo, espoliado e desencantado, está nele a confiar e reclama sua efetiva atuação através dessa garantia democrática que é o processo, instrumento da jurisdição.

É de convir-se, todavia, que somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a imprescindibilidade de um novo processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da Justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver."[1]

O processo busca, assim, novos procedimentos, que realizem, efetivamente, a Justiça, no Estado social democrático.

A técnica da antecipação da tutela se apresenta, nesse contexto, como instrumento eficaz de um processo justo, no disciplinamento que, ora, dá-lhe a nossa legislação processual civil.

2. Configuração legal da antecipação da tutela

A doutrina italiana tem sustentado a necessidade de instalação, nos sistemas de direito positivo, da *tutela giurisdizionale differenziata*[2], no que se tem afinado a processualística moderna.

Na observação de Nelson Nery Júnior,

> "essas tutelas podem ser concebidas com a criação de instrumentos mais efetivos à solução da lide ou com mecanismos de aplicação da prestação jurisdicional. Exemplo da primeira hipótese são o mandado de segurança, a ação popular, o *habeas data*, o mandado de injunção, o *habeas corpus*, a ação civil pública (CF 129 e LACP 1º), a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, espécie de *class action for damages* (CDC 81, parágrafo único, III e 91 ss). Exemplo da segunda hipótese são os juizados especiais de pequenas causas (Lei nº 7.244/84) e tutela antecipatória, instituída pelo CPC 273 e 461, §3º, com a redação dada pela Lei nº 8.952/94."[3]

De registrar-se ainda que no 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil, realizado em Porto Alegre (RS), em julho de 1983, várias proposições foram apresentadas, nesse sentido, destacando-se a do Prof. Ovídio Baptista, no sentido de se criar um parágrafo único ao artigo 285 do CPC, para a instituição de medida liminar antecipatória dos efeitos do provimento de mérito, *in verbis*:

> Art. 285 Parágrafo único: "Sempre que o juiz, pelo exame preliminar dos fundamentos da demanda e pelas provas constantes da inicial, convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar antecipando os efeitos da sentença de mérito, se a natureza de tais eficácias não for incompatível com tal providência".

No anteprojeto de Modificação do Código de Processo Civil, publicado no *Diário Oficial* da União de 24.12.85, a antecipação da tutela (Título IV, arts. 889-E a 889-G) figurava ao lado do processo cautelar (Título II, arts. 796 a 889), como espécies do processo de cognição sumária.

Com advento da Lei nº 8.952, de 13.12.94, com vigência após sessenta dias de sua publicação, inaugurou-se na sistemática do processo civil brasileiro a *antecipação da tutela* no plano geral do processo de conhecimento (CPC, arts. 273, incisos I e II e parágrafos 1º a 5º) e a específica (CPC, art. 461, parágrafos 1º a 5º).

3. Aspectos processuais da tutela antecipada

O artigo 273 do Código de Processo Civil, com a redação determinada pela Lei nº 8.952, de

[1] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 26-27.

[2] PISANI, Andréa Proto. Sulla Tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista de Diritto Processuale*, Padova, v. 39, p. 336-591, 1979.

[3] NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o*

13.12.94, assim se expressa:

> "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e : I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do artigo 588. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento."

O comando do artigo 273 do Código de Processo Civil autoriza o juiz a antecipar a tutela, quando verificar, nos autos, a existência de prova inequívoca, a convencê-lo da verossimilhança da alegação do autor do pedido.

Prova inequívoca e *verossimilhança da alegação* se apresentam no campo da percepção intelectiva como expressões aparentemente antagônicas.

Rangel Dinamarco, que nesta seara é mestre de todos nós, explica, com rigor científico, que

> "a dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque *prova inequívoca* é prova tão robusta que não permite equívoco ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança. *Convercer-se da verossimilhança*, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática *pode* ser como a descreve o autor.
>
> Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (*prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança*), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou *verossimilhança*, pela qual, na mente do observador, os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.
>
> O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de *prova inequívoca* significa que a mera aparência não basta e que a *verossimilhança* exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar."[4]

Ao requerer a tutela antecipada, o autor poderá juntar, nos autos, prova documental, testemunhal e pericial, anteriormente colhidas e documentadas, em processo regular, bem como pareceres técnicos de especialistas.

Observe-se, também, a despeito das opiniões contrárias, que a garantia processual da tutela antecipatória não deverá ser alçada a um privilégio exclusivo do autor da demanda, em face do princípio da isonomia de tratamento das partes, no processo, que há de se revelar, nessa relação, como um *instrumento justo da composição da lide*, beneficiando sempre quem demonstra ser o titular do direito (autor ou réu).

Exemplifica-se, no ponto, com a sistemática das ações possessórias, onde "é lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor" (CPC, art. 922).

Veja-se, assim, na expressão "pedido inicial", contida no *caput* do art. 273, um signi-

Processo Civil: A Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de dezembro de 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 46.

[4] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 143.

ficado amplo e abrangente de ambas as partes, até mesmo porque, na antecipação dos efeitos da tutela – diz a lei – o juiz atenderá "requerimento da parte" (autor ou réu).

A todo modo, ao juiz é vedado conceder a medida *de ofício*.

Na concessão da medida, o juiz pode decidir aquém do pedido, mas nunca deve fazê-lo *ultra* ou *extra petita*.

Quando a lei diz que *o juiz poderá* antecipar a tutela pedida, veja-se, ali, o *poder-dever* do juiz concedê-la, obrigatoriamente, se estiverem presentes os pressupostos legais, necessários a seu livre convencimento.

A decisão judicial, que nega ou concede a tutela antecipada, é de natureza interlocutória, agravável de instrumento, perante o tribunal competente (CPC, arts. 522 e 524, com a redação da Lei nº 9.139, de 30.11.95, com vigência a partir de 30.1.96), sendo incabível, na espécie, o agravo retido, por se afigurar inócuo.

O disposto no parágrafo 5º do art. 273 do Código de Processo Civil mostra, com clareza, que a decisão da tutela antecipada (de natureza interlocutória) não se confunde com a que encerra o processo (sentença de mérito) com julgamento antecipado da lide.

Se a concessão da tutela antecipada pode ocorrer, em qualquer fase do processo, perante o juiz singular ou o tribunal competente, a revogação ou modificação da medida poderá ser feita, também, em qualquer tempo, por decisão interlocutória, pelo próprio juízo que a conceder, ou mesmo, no tribunal, no acórdão de natureza interlocutória que decidir o recurso de agravo contra ela interposto, revelando, assim, a natureza provisória e precária da medida.

Diante da norma do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, afiguram-se de simples reforço os dispositivos legais que exigem fundamentação expressa da decisão que concede, denega, revoga ou modifica a tutela antecipada (CPC, art. 273, §§ 1º e 4º).

A lei diz que a execução da tutela antecipada observará, no que couber, os princípios que regem a execução provisória da sentença, sem necessidade da caução garantidora à reparação de eventuais danos causados à parte contrária, com a concessão da medida (CPC, art. 273, § 3º); vale dizer, não abrange atos que importem alienação do domínio, nem permite, ainda assim, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro, ficando sem efeito, sobrevindo decisão que a revogue.

Mesmo que não se faça referência, no texto legal, à norma do inciso I do artigo 588 do Código de Processo Civil, a responsabilidade objetiva do autor da medida, por eventuais danos que venha a causar à parte adversa, não fica afastada, na espécie, diante da inteligência sistêmica dos artigos 574 e 811 do Código de Processo Civil.

A propósito da inteligência da norma proibitiva da antecipação da tutela, quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (CPC, art. 273, § 2º), merecem destaque as observações oportunas do eminente processualista Teori Albino Zavascki, ao expressar que

> "antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nesses casos, o prosseguimento do próprio processo. O princípio vale não apenas para a concessão como também para a execução da medida antecipatória; mesmo quando se tratar de provimento por natureza *reversível*, o dever de salvaguardar o *núcleo essencial* do direito fundamental à segurança jurídica do réu impõe que o juiz assegure meios para que a possibilidade de reversão ao *status quo ante* não seja apenas teórica, mas que se mostre efetiva na realidade fática. Não fosse assim, o perigo de dano não teria sido eliminado, mas apenas deslocado, da esfera do autor para a do réu."[5]

Pondera, de outro lado, com inegável acerto, o ilustre Professor Luiz Guilherme Marinoni que

> "o princípio da probabilidade não pode desconsiderar a necessidade de ponderação do valor jurídico dos bens em confronto, pois, embora o direito do autor deva ser provável, o valor jurídico dos bens em jogo é elemento de grande importância para o juiz decidir se antecipa a tutela nos casos em que há risco de prejuízo irreversível do réu. Definir, na lei, que o juiz não pode conceder a tutela quando ela pode trazer prejuízos irrever-

[5] ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul./set. 1995.

síveis ao réu impediria a consideração das particularidades do 'caso concreto' e comprometeria o juiz com uma decisão que, em certas circunstâncias, poderia não ser a mais adequada."[6]

As duas interpretações, a rigor, complementam-se, na busca de uma aplicação justa da figura legal em comento.

Registre-se, por último, que o pedido de antecipação da tutela assecuratória, prevista no art. 273, inciso I, do Código de Processo Civil, no bojo de uma ação intentada contra a Fazenda Pública, que envolva sentença condenatória de cumprimento de obrigação líquida de dar dinheiro, resta prejudicado pelo óbice absurdo do precatório, ainda previsto, injustamente, no artigo 100, §§ 1º e 2º da Constituição Federal.

4. Natureza jurídica da tutela antecipatória e da medida cautelar. Distinção essencial e inconfundível

Fulcrada no princípio da *efetividade do processo*, a *antecipação da tutela* surge, na sistemática do processo civil vigente, como exigência imperiosa do princípio da *inafastabilidade da jurisdição* (CF, art. 5º, inciso XXXV).

Na feliz expressão do eminente processualista Nelson Nery Júnior,

> "tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas 'cautelares satisfativas', que constitui em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar. (...) A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar porque não se limita a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC, art. 273, I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução, ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor)."[7]

5. A antecipação da tutela na Justiça Federal

Com exceção das hipóteses das garantias instrumentais efetivas do mandado de segurança (individual e coletivo), do *habeas corpus*, do *habeas data*, do mandado de injunção, da ação popular e da ação civil pública, que já comportam a técnica da antecipação da tutela, com inegável sucesso, tal figura encontra, no raio de competência jurisdicional da Justiça Federal, um espaço de difícil realização nas ações intentadas contra a Fazenda Pública, que veiculam pretensão condenatória de pagamento em dinheiro (mesmo que o crédito seja de natureza alimentar – Súmula nº 4 do TRF/1ª Região), pelo domínio dos privilégios da União Federal e de seus entes autárquicos (CF, art. 100, §§ 1º e 2º), no âmbito dessa competência (CF, arts. 108 e 109).

Tome-se, ainda, como exemplo, a hipótese do artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil, que prevê a tutela antecipatória punitiva quando restar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Na lição de Guilherme Marinoni,

> "é possível a antecipação, com base no inciso II do art. 273, quando: (a) os fatos constitutivos do direito do autor estão provados e a exceção substancial indireta é infundada; (b) não é contestada parcela do direito afirmado; e (c) o recurso remexe em matéria de fato e carece, à evidência, de seriedade, ou quando o recurso trata de matéria de direito devidamente pacificada no Tribunal",

advertindo-nos de que "a antecipação no caso

[6] MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 114.

[7] NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit*., p. 52.

de 'abuso de direito de defesa', na verdade, tem certo parentesco com o *référé provision* do direito francês. Através da *provision* é possível a antecipação quando *l'obligation ne soit pas sérieusement contestable* ("a obrigação não é seriamente contestável", arts. 771 e 809 do Código de Processo Civil Francês).[8]

Ora, a experiência forense, no âmbito da Justiça Federal, tem revelado o constante abuso do direito de defesa da União, de suas autarquias e das entidades fundacionais, quer através de razões infundadas, de respostas diretas e indiretas, desgarradas da realidade dos autos, quer mediante contestações e recursos, repetitivos e enfadonhos, que versam sobre matéria jurídica totalmente resolvida e pacificada na jurisprudência terminal de nossos tribunais.

Somam-se a esse abuso informal os privilégios fazendários e do Ministério Público, que ainda figuram na legislação processual, quanto a prazos para contestar (quádruplo) e para recorrer (dobro) (CPC, art. 188), devendo ser intimada a União Federal, através de seus advogados e procuradores, pessoalmente, sob pena de nulidade dos atos praticados, em evidente lesão aos princípios da isonomia das partes, da efetividade justa do processo e da rápida solução do litígio (CPC, art. 125, I e II).

De notar-se, por último, que os representantes legais dessas pessoas públicas se utilizam, por "dever de ofício", de todos os recursos previstos na sistemática processual vigente (e são muitos), em manifesto propósito protelatório, que fere fundo o princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*).

O abuso legal desses privilégios se agrava ainda mais quando a União perde a demanda, pois, nesse caso, a sentença do juiz só produzirá efeito depois de confirmada pelo tribunal (CPC, art. 475, inciso II).

Esgotadas as vias recursais ordinárias, especial e extraordinária, se a Fazenda Pública for condenada a cumprir obrigação de dar dinheiro, a parte vencedora haverá de submeter-se à *via crucis* do instrumento moroso e injusto do precatório (CF, art. 100, §§ 1º e 2º c/c o art. 730, incisos I e II do CPC), ante o privilégio legal da impenhorabilidade dos bens públicos, não se admitindo, na espécie, a execução provisória da sentença, prevista no art. 588, incisos I a III, do CPC.

De resto, antes do pagamento final, através do precatório (principal e complementares), o vencedor terá de remover o círculo vicioso que se instalou, agora, no processo de execução de sentença contra a Fazenda Pública, nos termos do artigo 604 do Código de Processo Civil, com a redação determinada pela Lei nº 8.898, de 20.6.94, considerando que a Fazenda vem embargando, sistematicamente, todas as execuções dessa espécie, que se lhe apresentem, com repetição de todos os recursos possíveis, no processo de embargos, cuja sentença final, com trânsito em julgado, poderá se submeter, novamente, a idêntica *via crucis* processual, sem perspectiva, a *médio* ou *longo prazo*, de uma finalização da causa.

Como se vê, a técnica processual da antecipação da tutela, preconizada no artigo 273, incisos I e II, do Código de Processo Civil, encontra óbices legais, intransponíveis, na sistemática processual civil, em vigor, e no próprio texto constitucional (CF, art. 100, §§ 1º e 2º), quando a Fazenda Pública (União, suas autarquias e fundações públicas) figura, como promovida, na relação processual. Se a Fazenda for autora do pedido da tutela antecipada, inexiste, evidentemente, qualquer óbice, desde que preenchidos os requisitos legais para sua concessão, afirmando-se, ainda, assim, a quebra do equilíbrio das partes no processo.

O nosso Código de Processo Civil, ao tratar da tutela específica, com a redação da Lei nº 8.952, de 13.12.94, determina:

> "Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento" (art. 461, *caput*).
>
> "A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente" (art. 461, § 1º).
>
> "A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa" (art. 287) - (art. 461, § 2º).
>
> "Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em deci-

[8] MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 66-113.

são fundamentada." (art. 461, § 3º).

"O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito" (art. 461, § 4º).

"Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial" (art. 461, § 5º).

A dimensão da tutela específica e da assecuratória, aqui previstas, ilumina-se no ensinamento do Prof. Cândido Rangel Dinamarco, neste enfoque:

"Oriundo do Código de Defesa do Consumidor, deve o art. 461 do Código de Processo Civil ser interpretado em sistema com o art. 83 daquele, segundo o qual *(mutatis mutandis) todas as espécies de ação são admissíveis para a tutela jurisdicional nas obrigações de fazer ou de não fazer*. Esse preceito não está escrito no Código de Processo Civil, mas resulta claramente do seu sistema e da regra de adequação entre os provimentos jurisdicionais existentes e as situações de direito material a serem providas. Falar em *todas as espécies de ações* significa incluir as espécies de tutela que se obtêm no processo de conhecimento (constitutiva, condenatória ou meramente declaratória) e também a tutela executiva e a cautelar. O art. 461 situa-se no livro do *processo de conhecimento* e precisamente no capítulo da *sentença e da coisa julgada*, mas isso não afasta a influência que terá na *tutela executiva* relacionada às obrigações de fazer ou de não fazer. Para Ada Pellegrini Grinover, o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor abre caminho inclusive às *ações mandamentais*, o que estaria evidenciado de modo especial nos §§ 4º e 5º do art. 461 do Código de Processo Civil." [9]

[9] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit*., p. 152.

Nesse contexto amplo, possibilita-se a aplicação da tutela específica ou assecuratória, em qualquer processo, onde figure a Fazenda Pública como autora, ré, assistente ou opoente, observando-se os pressupostos legais para sua concessão.

De ver-se que a tutela específica, em caráter liminar, como está prevista no parágrafo 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil, identifica-se, em seus pressupostos, como aquela inserida no art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, com força mandamental, superando esta pela garantia assecuratória da multa coercitiva ("chicote jurídico"), aplicável até mesmo, *de ofício*, conforme está expresso no parágrafo 4º do aludido art. 461 do Código de Processo Civil.

Há de observar-se, no ponto, que as obrigações de fazer ou de não fazer da Fazenda Pública são de natureza personalíssima, no sentido de que somente devem ser cumpridas pelo agente público, investido da competência legal para tanto, no que se identificam com as obrigações de natureza infungível.

Diante de atividades ilegais e abusivas e de constantes omissões da Administração Pública, a lesar direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, existe, agora, em nosso ordenamento jurídico-processual, a figura instrumental e eficaz da tutela específica.

Inúmeras são as ações que tramitam, no foro da Justiça Federal, a revelar pretensões que têm por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer do Poder Público, através de seus agentes (*v.g*. ações que visam o cumprimento da obrigação constitucional e legal de fazer o reajuste de proventos do aposentado em valor não inferior ao salário mínimo), a merecer a tutela específica, quando se façam presentes os pressupostos legais.

Partindo do suposto de que a tutela antecipada não se confunde com a tutela cautelar (que tem livre trânsito, *sem caráter satisfativo*, em todas as instâncias judiciais, uma vez observados seus pressupostos legais), entendo ser admissível a tutela específica contra a Fazenda Pública, também, no curso da ação rescisória, a despeito da norma do art. 489 do Código de Processo Civil.

6. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA, NAS VIAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Se a Corte Suprema está expressamente autorizada, na Constituição Federal, a processar e

julgar medida cautelar em ações diretas de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, *p*), penso inexistir, no sistema, qualquer óbice que a desautorize a decidir sobre pedido de antecipação de tutela específica, em ações dessa natureza, ainda que as figuras, como já visto, não se confundam.

No procedimento do controle difuso de constitucionalidade (CF, art. 97; CPC, arts. 480 a 482), fulcrado na doutrina de Marshall (1803), com a recomendação de que o juiz ao aplicar as leis na solução dos conflitos, deve antes verificar se elas estão em harmonia com a Constituição, porque, só assim, serão tidas como leis (prestigiando, sobremodo, a figura do *juiz natural*), já se buscam mecanismos legais que garantam uma prestação jurisdicional célere e justa, a não se permitir o fenômeno da pulverização de julgados, em matéria constitucional, com o congestionamento incontrolável dos tribunais do País e do próprio Supremo Tribunal, como guardião máximo da Constituição (CF, art. 102, *caput*).

A morosidade e a insegurança jurídica, que resultam desse sistema, com prejuízo sensível à cidadania e às liberdades públicas, diante das decisões contraditórias dos tribunais, em matéria constitucional, a se afrontarem com a crescente pletora de feitos, que se multiplicam, em busca de uma solução definitiva para a questão constitucional, que é entregue, quase sempre, tardiamente, pela Corte Suprema (*v.g*. bloqueio dos cruzados, no governo Collor), vêm de reclamar, com urgência, o aprimoramento do sistema (não a sua eliminação, como pretendem alguns), através de mecanismos que devolvam, com rapidez e eficiência, a matéria constitucional ao Supremo Tribunal Federal, a fim de que nos defina, com presteza, a inteligência da Constituição, em termos absolutos, com força vinculante e efeitos *erga omnes*.

Nesse contexto, a utilização efetiva da antecipação da tutela específica, pelos interessados, poderá contribuir como instrumento valioso na solução do problema da morosidade da Justiça no Brasil.

Impõe-se, nesse particular, *de lege ferenda*, a seguinte sugestão:

> Por se tratar de questão de ordem pública, a argüição de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, *incidenter tantum*, deverá ser suscitada, também, *de ofício*, por qualquer juiz, ao dar o voto na Turma, Câmara ou grupo de Câmaras, a exemplo do que ocorre no incidente de uniformização de jurisprudência nos tribunais (CPC, art. 476, *caput*).

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pela maioria absoluta dos membros que integram o tribunal ou dos membros do respectivo órgão especial (CF, art. 97), essa decisão, após o transcurso do prazo para embargos de declaração (único recurso cabível, na espécie) deverá ser remetida *ex officio* (remessa oficial), sem prejuízo do recurso voluntário-extraordinário (CF, art. 102, inciso III, alíneas *a*, *b* e *c*) à Suprema Corte, que a confirmará ou a reformará, *in totum* ou *em parte*, fixando a inteligência da matéria constitucional, a ser seguida, obrigatoriamente, por todos, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Pacificada a questão constitucional pelo guardião supremo da Constituição, e submetidos os órgãos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário a essa decisão extrema, teremos resgatado os *princípios fundamentais da segurança jurídica* e da *efetividade* da jurisdição, com prestígio do livre acesso à Justiça, que, já desafogada dos milhares de feitos repetitivos, tornar-se-á mais célere, sábia, justa e eficaz.

Nesse ponto, queda-se obsoleta a tese da avocatória, de colorido fascista, uniformizando-se os efeitos do sistema concentrado com os do sistema difuso, a introduzir, no País, a doutrina do *stare-decisis*, com as características próprias de nossa cultura equatorial, em busca de rápidas soluções de Justiça.

Na dinâmica do novo sistema de controle de constitucionalidade, o Senado Federal não mais entraria em cena, com sua resolução formal, para a retirada do ordenamento jurídico da lei imprestável, porque a decisão do Alto Pretório já teria esse efeito por si só.

De alguma forma, já caminhamos nos atalhos da dinâmica jurisprudencial para o reconhecimento do almejado sistema, inaugurando-se, em nossos tribunais regionais federais, o instrumento corretivo da ação rescisória, em matéria constitucional, sem os entraves das Súmulas nºs 343/STF e 143/TFR, a estabelecer-se, na seara da jurisprudência, um fenômeno curial de eficácia plena das decisões de mérito da Suprema Corte, em sede constitucional, que ouso denominar de "controle difuso-póstumo de constitucionalidade de leis ou de atos normativos do Poder Público".

Cristaliza-se esse controle através do ins-

trumento processual da ação rescisória, excepcional, com base no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, por *violação literal de disposição de nossa Lei Fundamental*, conforme se vê do seguinte julgado:

"*CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO*. AÇÃO RESCISÓRIA. ADMISSIBILIDADE, SEM INTERFERÊNCIA DA SÚMULA Nº 343/STF. VIOLAÇÃO DA LEI FUNDAMENTAL (CPC, ART. 485, V) – *JUDICIUM RESCINDENS*: INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DE AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES (LEI Nº 7.787/89, ART. 3º, I).– *JUDICIUM RESCISORIUM*: PROCEDÊNCIA DA APELAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA:

I – *Judicium Rescipiens*: No Estado de Direito, a lei inconstitucional agride a alma do povo, que a Constituição materializa, em seus preceitos. Não há ato jurídico perfeito nem coisa julgada em afronta à Constituição, cuja inteligência última se reserva, em termos absolutos, ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, *caput*). Se o julgado rescindendo amparou-se em texto legal absolutamente nulo, por violar a Constituição Federal, *admite-se a ação rescisória*, com base no artigo 485, inciso V, do CPC, sem interferência da Súmula nº 343/STF, na espécie.

II – *Judicium Rescindens*: A Resolução nº 14/95 - Senado Federal (*DOU* de 28.4.95) determinou a suspensão, com efeitos *ex tunc*, da expressão "avulsos, autônomos e administradores", contida no inciso I do art. 3º da Lei nº 7.787/89, por haver sido declarada inconstitucional pelo Alto Pretório, no RE nº 177.296-4/210, no que foi seguido pelo TRF/1ª Região, na argüição de inconstitucionalidade na AC nº 93.01.12212-0/DF.

Declara-se rescindido o Acórdão da colenda 3ª Turma deste Tribunal, no julgamento da AMS nº 92.01.03326-5/MG, que contraria o entendimento da Suprema Corte, nesta matéria.

III – *Judicium rescisorium*: Apelação provida, para conceder a segurança buscada.

(Ação Rescisória nº 94.01.23859-6/DF. Rel. Juiz Souza Prudente. 2ª Seção. TRF/1ª Região - Unânime - Julgado em 30.5.95).

Em juízo de admissibilidade, disse eu:

"Entendo, assim, que se o julgado perseguido amparou-se em texto legal absolutamente nulo, porque afronta nossa Lei Fundamental, merece ser rescindido tal julgado, por se tratar de ato jurídico-processual, também, visceralmente nulo, contrário à Constituição, que é a fonte vital de todo o ordenamento jurídico".

Nessa convicção já se manifestara, no Alto Pretório, o eminente Ministro Cunha Peixoto, com estas letras:

"O *Corpus Juris Secundum*, reportando-se ao direito norte-americano, assim compreendia a diretriz ali dominante: 'Em sentido amplo, uma lei inconstitucional é nula, em qualquer tempo, e a sua invalidade deve ser reconhecida e proclamada para todos os efeitos ou quanto a qualquer estado de fato. Não é lei ou não é uma lei; é algo nulo, não se reveste de força, não possui efeito ou é totalmente inoperante. Falando de modo geral, a decisão, pelo tribunal competente, de que a lei é inconstitucional, tem por efeito tornar essa lei nula e nenhuma; o ato legislativo, do ponto de vista jurídico, é tão inoperante, como se não tivesse sido emanado ou como se a sua promulgação não houvesse ocorrido. É considerado inválido ou nulo, desde a data da promulgação e não somente a partir da data em que é judicialmente declarado inconstitucional.' (RTJ 101/210).

Com razão, pois, o colendo Tribunal Federal da 5ª Região, no julgamento da AR nº 228-PE, relatada pelo douto Juiz José Delgado, afirmou, em decisão plenária, que 'a Súmula nº 343/STF há de ser entendida com a mensagem que ela própria contém. Ela se destina a prestigiar a interpretação controvertida de texto legal pelos tribunais. Não se expande, conseqüentemente, a prestigiar divergência sobre inconstitucionalidade de lei entre tribunais inferiores e o Supremo Tribunal Federal. A função do direito é ordenar. Atua de modo sistemático e obedecendo a uma hierarquia de valores que se expressam, também, no campo das competências. A unidade de sua força

se encontra na horizontalidade de suas decisões e no estado harmônico como se apresenta o ordenamento jurídico. Este, em determinados momentos, deve submeter-se ao processo de verticalização que lhe foi imposto pela Constituição Federal, pelo que, em tema de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, há de sempre homenagear a Corte que tem competência para a respeito decidir' (*DJU* de 12.8.94, p. 43.447).

Na mesma linha de pensar já vem decidindo este egrégio tribunal, conforme se vê do acórdão proferido nos autos da Ação Rescisória nº 93.01.28097-3/DF, de que foi relator o eminente Juiz Nelson Gomes da Silva (*DJU* de 6.3.95, p. 10.743 - Seção II), sob a orientação pretoriana da Suprema Corte (RE nº 103.880-SP. Relator Min. Sidney Sanches – RTJ 114/361).

Não há ato jurídico perfeito, nem coisa julgada que prevaleçam em afronta à Constituição. No Estado de Direito, a lei inconstitucional agride a alma do povo, que a Constituição materializa, em seus preceitos.

Já dissera Pontes de Miranda, com inegável acerto, que a Constituição é rasoura a desbastar tudo que com ela não se harmonize. Contra ela tudo fenece, nada prospera. Nela e por ela viceja toda a ordem jurídica nacional.

A lei violada, pois, na espécie, é a Lei Fundamental do nosso ordenamento jurídico, cuja inteligência última se reserva, em termos absolutos ao Supremo Tribunal Federal, como seu intérprete e guardião maior (CF, art. 102, *caput*) a não suportar, no espaço desse ordenamento, o ato jurídico e/ou normativo nulo e de nenhum efeito para as relações jurídicas, que nele buscam sua sobrevivência."

Abre-se, aqui, cenário profícuo à utilização efetiva, pelos interessados, da antecipação da tutela específica, em todas as instâncias judiciais, a fim de que a Administração Fazendária não faça a cobrança de um tributo que já fora declarado inconstitucional pela Corte Suprema, como no caso, em referência, prestigiando-se, assim, o princípio constitucional da segurança jurídica.

Na esfera do executivo, já se colhem posturas afinadas a esse diapasão jurisprudencial, conforme revelam as letras do Decreto nº 1.601, de 23.8.95, art. 1º (*DOU* de 24.8.95 - Seção I) e da Medida Provisória nº 1.175, de 27.10.95, arts. 17 e 18 (*DOU* de 30.10.95 - Seção I - p. 17.115), que autorizam a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a não interpor e a desistir dos recursos judiciais cabíveis quando a decisão versar, no mérito, sobre matéria constitucional, já decidida, definitivamente, pelo STF, a saber:

I – a contribuição de que trata a Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, incidente sobre o resultado apurado no período-base encerrado em 31 de dezembro de 1988;

II – o empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-lei nº 2.288, de 23 de julho de 1986, sobre a aquisição de veículos automotores e de combustível;

III – a contribuição ao Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis nºs 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

IV – o imposto provisório sobre a movimentação ou a transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira – IPMF, instituído pela Lei Complementar nº 77, de 13 de julho de 1993, relativo ao ano-base 1993 e às imunidades previstas no art. 150, inciso IV, alíneas *a*, *b*, *c* e *d* da Constituição;

V – a taxa de licenciamento de importação, exigida nos termos do art. 10 da Lei nº 2.145, de 29 de dezembro de 1953, com a redação da Lei nº 7.690, de 15 de dezembro de 1988;

VI – a sobretarifa ao Fundo Nacional de Telecomunicações;

VII – o adicional de tarifa portuária, salvo em se tratando de operações de importação e exportação de mercadorias quando objeto de comércio de navegação de longo curso;

VIII – a parcela da contribuição ao Programa de Integração Social exigida na forma do Decreto-lei nº 2.445, de 29 de junho de 1988, e do Decreto-lei nº 2.449, de 21 de julho de 1988, na parte que exceda o valor devido com fulcro na Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970.

A antecipação da tutela específica, com o perfil que lhe dera a reforma de nossa legislação processual civil, adquire espaço amplo de

aplicação, nesse contexto, através de um controle de constitucionalidade bem mais célere e eficaz.

7. Considerações finais

A técnica de antecipação da tutela, que se introduz na sistemática do processo civil brasileiro, vem de se constituir num grande avanço, na tarefa de resgatar-se os valores fundamentais do cidadão, no mundo moderno, através da garantia constitucional do devido processo legal.

Na instrumentalidade do processo, há de se prestigiar, sobretudo, a *vida* e a liberdade das pessoas envolvidas no conflito, colocando-se o juiz, como agente da soberania estatal, na posição segura e equilibrada de pacificador das lides.

Urge que os trabalhos da reforma processual prossigam, guiados pelo espírito daqueles que acreditam na implantação de um *processo justo*, a serviço de uma *Justiça célere e eficaz.*

O ideal de efetividade, que comanda os construtores da reforma, há de nos permitir a realização da promessa de se "criar um novo processo e com ele uma nova 'Justiça', para responder aos desafios de um novo tempo". [10]

Bibliografia

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. ed. atual 1995. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1995. 256 p.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Código de Processo Civil*: Lei n. 5869, de 11.1.1973. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 924 p.

[10] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Op. cit*., p. 28.

Proteção legal do *chip*

Um modelo de lei para os países do Mercosul

ANTÔNIO FONSECA

SUMÁRIO

Introdução. 1. Relação entre o Tratado IPIC e o Acordo TRIPS. 1.1 Conseqüências legais da proteção do chip no contexto do novo GATT (OMC). 2. Um modelo de lei para os países do Mercosul.

INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta uma resenha da proteção da propriedade intelectual sobre *chips*, em nível de tratados internacionais, e oferece um modelo de lei para os países do MERCOSUL. Na primeira parte, o autor traça uma relação entre o Tratado sobre a Proteção da Propriedade Intelectual com respeito aos Circuitos Integrados e o Acordo TRIPS (Acordo sobre Aspectos do Comércio relacionados com os Direitos de Propriedade Intelectual, incluindo Mercadorias Falsificadas) do GATT. O primeiro foi elaborado sob os auspícios da OMPI e aprovado em 1989, em Washington, aqui identificado como Tratado IPIC. O segundo, simplesmente Acordo TRIPS, foi assinado em 1994, sob os auspícios do GATT, hoje Organização Mundial do Comércio (*World Trade Organization*).

Chip é um nome popular usado para designar o produto final (*hardware*), largamente utilizado na microeletrônica, sobretudo em computadores, capaz de armazenar milhões de informações. O objeto da proteção legal não recai propriamente sobre o *chip*, mas sobre o desenho ou representação tridimensional do produto. Esse desenho é conhecido sob diferentes designações, tais como, máscara (*mask work*), segundo a lei americana, topografia de circuitos integrados (*topography of integrated circuits*), de acordo com o Tratado IPIC, *layout* de circuito (*circuit-layout*), conforme a lei japonesa, *layout* de desenho (*layout-design*),

Antônio Fonseca é doutor em Direito, Procurador Regional da República em Brasília.

nos termos da lei sueca, ou topografia de produto semicondutor (*topography of semiconductor product*), segundo a diretiva da Comunidade Européia.

1. Relação entre o Tratado IPIC e o Acordo TRIPS

O Tratado IPIC, também conhecido como Tratado de Washington, estabelece padrões normativos a respeito da propriedade intelectual sobre *chips* e foi aprovado por 49 países, após 4 anos de negociações. Os Estados Unidos e Japão votaram contra e cinco outros países se abstiveram. Disciplinando a proteção detalhada sobre uma tecnologia em particular, esse Tratado foi concluído um ano antes da data prevista para conclusão da Rodada Uruguai. Por que haveria o GATT de tratar da mesma matéria, quando essa já fora objeto de um tratado recente?

A desaprovação pelo Japão e Estados Unidos, que juntos respondiam por 88% do mercado mundial de produtos semicondutores, fez do Tratado IPIC uma Carta de Direitos adotada predominantemente por países não-produtores de *chips.* Daí, se poderia argüir que a sorte do Tratado seria sombria. A sua vida, todavia, ganharia novo prospecto com o Acordo TRIPS.

Os pontos-chaves do Acordo TRIPS sobre a matéria envolvem os tópicos, tais como, infringimento inocente, licença não-voluntária, duração da proteção, solução de disputas, medidas de proteção na fronteira e administração da política sobre propriedade intelectual. Com exceção do último, esses tópicos levantaram larga controvérsia durante a elaboração do Tratado na OMPI, cujo disciplinamento teria sido insatisfatório sob o ponto de vista dos negociadores americanos.

Na Rodada Uruguai, a diplomacia comercial estava consciente da importância de preservar as disposições do Tratado IPIC sobre as quais consenso já havia sido alcançado. Ignorar inteiramente os laboriosos compromissos já assentados na OMPI seria um risco e um erro nos quais os negociadores não estariam preparados a incorrer. Daí, confirmar o Tratado IPIC na sua essência e incorporá-lo na relação das convenções sobre propriedade intelectual, integrantes da estrutura do novo GATT, despontaria politicamente inteligente. O impacto imediato foi a revitalização do mesmo Tratado.

1.1 Conseqüências legais da proteção do chip no contexto do novo GATT (OMC)

A inclusão, no Acordo TRIPS, da proteção da topografia de circuitos integrados, como objeto da propriedade intelectual, traz várias conseqüências. Dentre elas, vale citar: expansão do escopo da proteção acordada no Tratado de Washington; estabelecimento de uma carta compreensiva de direitos e salvaguardas, através de padrões formais de proteção adequada universalmente aceitos e cobrindo todos os elementos da propriedade intelectual; e confirmação do prestígio da OMPI, pela absorção de grande parte do seu Tratado sobre *chips* e fazendo deste uma convenção autorizada. O Acordo TRIPS, todavia, enfraqueceu o papel da OMPI enquanto fórum de encaminhamento de disputas entre Estados estrangeiros sobre propriedade intelectual. Aparentemente, isso revela uma conseqüência negativa.

Os quadros a seguir indicam os pontos frisantes entre os dois instrumentos legais, oferecendo um panorama comparativo dos termos da proteção neles disciplinada.

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS *CHIPS* – ANÁLISE COMPARATIVA

PROTEÇÃO	TRATADO IPIC	ACORDO TRIPS
Objeto da proteção	O *layout* do desenho independentemente da sua forma de expressão ou da sua incorporação num produto.	idem
Regime de proteção	*Sui generis*, admitidas outras formas de proteção, tais como: direito autoral, patente, modelo de utilidade, desenho industrial, concorrência desleal ou a combinação das mesmas.	idem

PROTEÇÃO	TRATADO IPIC	ACORDO TRIPS
Tratamento nacional	Sim, podendo exigências adicionais ser feitas.	idem
Escopo da proteção	Proteção contra a reprodução, importação, venda e distribuição, exceto contra a criação independente.	idem
Infrator inocente	Admitido.	Infrator inocente sujeito a *royalties* razoáveis.
Engenharia reversa	Admitida.	idem
Licença não-voluntária	A critério do país. Fundamentos: interesse público (sujeita a remuneração eqüitativa) e concorrência ruinosa.	Admitida, fundada no mérito individual e sujeita a remuneração adequada.
Exaustão de direitos	Admitida.	idem
Formalidades	Registro a critério do país. Informações confidenciais preservadas.	idem
Duração	Mínimo de 8 anos.	Mínimo de 10 anos, contados da data do pedido de registro ou exploração, e/ou 15 anos a partir da criação.
Direito retroativo	A critério do país.	idem
Custo da proteção	Garantia de direitos (*enforcement*) presumivelmente dispendiosa; o custo para formalizar a proteção talvez seja zero.	idem
Medidas de proteção na fronteira	Nenhuma previsão.	Previsão de medidas, objetivando a suspensão/retirada da circulação de *chips* pirateados.
Solução de disputas	Consultas, solução mutuamente acordada, conselho de consultores.	Administrada pela Organização Mundial do Comércio (OMC).
Administração	OMPI (*Bureau* Internacional, Assembléia de países).	Conselho para TRIPS, Conferência Ministerial.

2. Um modelo de lei para os países do Mercosul

A proteção da propriedade intelectual opera nos limites territoriais de cada país signatário dos tratados internacionais. O Brasil é membro do GATT e o Congresso brasileiro já aprovou o Acordo TRIPS, que absorveu, no essencial, o Tratado IPIC. Como implementar esses instrumentos é um assunto de política nacional.

A proteção dos ativos tecnológicos de ponta é uma exigência da abertura de mercado, mensagem que se fez mote no seio da Rodada Uruguai, sob a crença, difundida nos países industrializados, de que a proteção é um incentivo à criação de tecnologias. Segundo a literatura internacional, a assertiva não é inconteste. De qualquer modo, a proteção faz parte da receita capitalista e deve vir acompanhada de salvaguardas consistentes, eficazes e movimentadas em harmonia com uma política ampla de desenvolvimento, tendo a tecnologia como paradigma da economia moderna. O modelo de lei que ora se oferece é uma tentativa de responder, parcialmente, a essa realidade emergente.

Um modelo de lei para os países do Mercosul deve considerar o estágio tecnológico da região, que possui apreciável capacitação na área de projeto, mas é pobre na manufatura de *chips*. O Brasil, por exemplo, não fabrica mais de 10% das necessidades do mercado doméstico. Daí, a região se caracterizar predominantemente como consumidora de *chips* alienígenas, muitos dos quais projetados por empresas brasileiras. O equilíbrio entre a proteção e os interesses regionais passa pelo controle legal do processo competitivo, assunto sobre o qual os países da região têm-se revelado amadores. Essa é uma preocupação frisante, manifestada ao longo do texto abaixo.

Não se pretende comentar a proposta. Realçar alguns pontos parece necessário. A proteção é assegurada independentemente de fixação definitiva da topografia. O requisito da fixação, previsto na lei americana, sugere a possibilidade de uma relação de dependência entre o projetista e o fabricante, com eventual reflexo na concorrência. Embora garantido, o direito de importar não poderá ser usado como forma de discriminação arbitrária ou restrição injustificada ao comércio. O infrator inocente estará sujeito a uma remuneração razoável, o qual, todavia, não poderá ser onerado em ordem a ter inviabilizado o seu empreendimento. As licenças voluntárias observarão as regras éticas da concorrência. A figura do "esquema do licenciamento" visa o desencorajamento de práticas de concorrência ruinosa. As licenças não-voluntárias são disciplinadas detalhadamente, de modo a facilitar a sua utilização e aplicação. A proposta substitui a previsão de crimes de pirataria por multas administrativas adequadas, aplicáveis por órgãos administrativos, e reparação civil. A prática internacional tem revelado que a reprodução ilegal de *chips* é satisfatoriamente solucionada na base de dólares e não na restrição da lilberdade, que exige um teste de prova muito mais rigoroso e de aplicação mais difícil. A seguir, a proposta.

Modelo de lei para proteção da topografia de circuitos integrados nos países do Mercosul

CAPÍTULO I
Das Disposições Preliminares – Artigos 1º a 4º
CAPÍTULO II
Da Titularidade – Artigos 5º e 6º
CAPÍTULO III
Da Originalidade – Artigo 7º
CAPÍTULO IV
Da Proteção – Artigos 8º a 11
CAPÍTULO V
Das Licenças – Artigos 12 a 29
CAPÍTULO VI
Do Registro – Artigos 30 a 44
CAPÍTULO VII
Das Sanções Administrativas e Reparação Civil – Artigos 45 a 48
CAPÍTULO VIII
Das Disposições Finais – Artigos 49 e 50

Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de topografias de circuitos integrados

O Congresso Nacional decreta:

CAPÍTULO I
Das disposições preliminares

Art. 1º Esta Lei estabelece as condições de proteção das topografias de circuitos integrados.

Art. 2º Os direitos estabelecidos nesta Lei são assegurados:

I – aos nacionais e aos estrangeiros domiciliados no País; e

II – às pessoas domiciliadas em país que, em reciprocidade material, concedam aos [bra-

sileiros] ou pessoas domiciliadas no [Brasil] direitos iguais ou equivalentes.

Art. 3º O disposto nesta Lei aplica-se também aos pedidos de registros provenientes do exterior e depositados no País por quem tenha proteção assegurada por tratado em vigor no [Brasil].

Art. 4º Para os fins desta Lei:

I – "circuito integrado" significa um objeto em forma material, final ou intermediária, composto de elementos, dos quais pelo menos um seja ativo, e de interconexões, sendo algumas ou todas integralmente formadas, cuja finalidade ou uma das finalidades seja desempenhar uma função eletrônica;

II – "topografia de circuitos integrados" significa uma série de imagens relacionadas, expressas ou codificadas sob qualquer meio ou forma, que represente a configuração tridimensional das camadas que compõem um circuito integrado e na qual cada imagem represente, no todo ou em parte, a disposição geométrica ou arranjos da superfície de um circuito integrado.

CAPÍTULO II
Da titularidade

Art. 5º É titular da topografia de circuito integrado o seu criador, cujos direitos serão assegurados nas condições desta Lei.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presume-se criador o requerente do registro.

Art. 6º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou entidade geradora de vínculo estatutário os direitos relativos à topografia de circuito integrado desenvolvida e elaborada durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviços ou servidor seja prevista, ou ainda que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

Parágrafo único. Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencionado.

CAPÍTULO III
Da originalidade

Art. 7º A proteção prevista nesta Lei será assegurada à topografia original, no sentido de que resulte do esforço intelectual do seu criador ou criadores e que não seja comum ou vulgar para técnicos, especialistas ou fabricantes de circuitos integrados, no momento de sua criação.

§ 1º Uma topografia que resulte de uma combinação de elementos e interconexões comuns somente será protegida se a combinação, considerada como um todo, atender ao disposto no *caput* do presente artigo.

§ 2º A proteção não será conferida aos conceitos, processos, sistemas ou técnicas nas quais a topografia se baseie ou a qualquer informação armazenada pelo emprego da mesma.

§ 3º A proteção conferida nesta Lei independe da fixação da topografia.

CAPÍTULO IV
Da proteção

SEÇÃO I
Do prazo da proteção

Art. 8º A proteção da topografia será concedida por 10 (dez) anos, contados da data do depósito ou da primeira exploração, o que tiver ocorrido primeiro.

SEÇÃO II
Dos direitos

Art. 9º A proteção assegurada por esta Lei confere ao titular da topografia de circuito integrado o direito exclusivo de explorá-la, sendo vedado a terceiros, sem o consentimento do titular:

I – reproduzir a topografia, no todo ou em parte, por qualquer meio, inclusive incorporá-la a um circuito integrado;

II – importar, vender ou distribuir por outro modo, para fins comerciais, uma topografia protegida ou um circuito integrado no qual esteja incorporada uma topografia protegida;

III – importar, vender ou distribuir por outro modo, para fins comerciais, um produto que incorpore um circuito integrado no qual esteja incorporada uma topografia protegida, somente na medida em que este continue a conter uma reprodução ilícita de uma topografia.

Parágrafo único. A realização de qualquer dos atos acima previstos por terceiro não-autorizado, inclusive entre a data do início da exploração ou do depósito do pedido de registro e a data de concessão do registro, autorizará o titular a obter, após dita concessão, a indenização que vier a ser fixada judicialmente.

Art. 10. O direito de importar não poderá ser usado como forma de discriminação arbitrária ou restrição injustificada ao comércio.

Parágrafo único. Sem prejuízo de ação individual, o direito referido neste artigo poderá ser suspenso por decisão judicial, mediante ação civil pública da competência da justiça federal, desde que comprovada uma das situações previstas nos artigos 12 e 18, assegurada ao interessado ampla defesa.

Seção III
Das exceções

Art. 11. Os efeitos da proteção não se estendem:

I – aos atos praticados por terceiros não-autorizados com finalidade de análise, avaliação, ensino e pesquisa;

II – aos atos que consistam na criação ou exploração de uma topografia que resulte da análise, avaliação e pesquisa de topografia anterior, desde que a topografia resultante não seja substancialmente idêntica à anterior;

III – aos atos que consistam na importação, venda ou distribuição por outros meios, para fins comerciais, de circuitos integrados ou de produtos que os incorporem, produzidos ou comercializados no mercado interno ou externo pelo titular do registro de topografia de circuito integrado respectivo ou com seu consentimento;

IV – aos atos descritos nos incisos II e III do art. 9º, praticados ou determinados por quem não sabia ou não tinha base razoável para saber que o produto ou o circuito integrado incorpora uma topografia protegida, reproduzida ilicitamente.

§ 1º No caso do inciso IV deste artigo, após devidamente notificado o responsável pelo ato ou sua determinação, assegura-se ao titular do direito sobre a topografia remuneração razoável, observando-se, sempre que possível, a que seria paga nos termos de uma licença livremente negociada, relativamente aos circuitos integrados destinados à comercialização ou industrialização.

§ 2º Para habilitar-se à compensação referida no parágrafo anterior, o titular deverá comprovar que tomou as medidas legais adequadas contra o infrator original, dele nada tendo recuperado.

CAPÍTULO V
Das licenças

Seção I
Das licenças voluntárias

Art. 12. É nula de pleno direito, entre outras, qualquer condição ou termo relacionado com qualquer das atividades abaixo que:

I – no caso de um contrato de fabricação de uma topografia, exigir do titular a transferência ou cessão gratuita do direito sobre a mesma topografia, ou que por qualquer forma o restrinja;

II – no caso de licença para distribuição ou comercialização de um circuito integrado ou de um produto que o incorpore, exigir ou proibir a aquisição injustificada, junto a qualquer fonte, de qualquer item além do circuito integrado ou do produto respectivo;

III – no caso de uma licença para reproduzir uma topografia ou um circuito integrado que a incorpore, exigir que o reprodutor adquira, por si ou através de interposta pessoa, qualquer item além do direito de reprodução;

IV – em qualquer caso, proibir uma das partes de usar artigos, patenteados ou não, não distribuídos pela, ou qualquer processo que não pertença a, outra parte ou terceiro, ou que restrinja o direito de uso legítimo de tais artigos ou processo.

Parágrafo único. O contrato de licença voluntária também observará, no que couber, o que dispõe o § 2º do art. 35.

Art. 13 – Em caso de infringimento, o litigante infrator poderá opor como defesa a existência, ao tempo da infração, de um contrato em vigor relacionado com uma topografia ou um circuito integrado que a incorpore contendo uma condição ou termo nulo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo também aproveita ao infrator inocente de que trata o inciso IV do artigo 11.

Seção II
Do "esquema de licenciamento"

Art. 14. Para efeito dessa Seção, "esquema de licenciamento" significa o estabelecimento, pelos titulares do direito de propriedade sobre topografias de circuitos integrados, das condições e termos de uma licença voluntária para distribuição ou comercialização de um lote de topografias ou circuitos integrados que as

incorporem, ou para reprodução das mesmas, com especificação de preços e dos ítens aos quais o esquema se refere.

§ 1º As associações ou federações de indústrias poderão firmar entre si "esquemas de licenciamento", com o consentimento dos titulares individuais de direitos proprietários.

§ 2º É vedada a aplicação nos esquemas de licenciamento de condições e termos que tenham caráter discriminatório, ou desencoragem a compatibilidade de padrões técnicos, ou ainda, favoreçam, de alguma forma, a prática de concorrência ruinosa.

§ 3º O "esquema" conterá a descrição eficiente do melhor método, disponível aos titulares das topografias à data do instrumento, de fabricar as topografias, se for o caso.

Art. 15. Havendo desacordo com respeito à fixação de *royalties*, as partes contratantes submeterão a questão à autoridade competente, que adjudicará convenientemente.

Art. 16. Em relação aos artigos sujeitos a esquemas de licenciamento, o titular do direito de propriedade somente pagará um terço da retribuição devida ao [INPI], a contar da data do registro do instrumento do "esquema" junto ao órgão competente.

Art. 17. A autoridade competente poderá proibir a importação paralela de produtos que incorporem circuitos integrados objetos de "esquemas de licenciamento", desde que a proibição não fira tratado internacional ao qual o [Brasil] esteja vinculado.

Seção III
Das licenças não-voluntárias

Art. 18. Incluem-se entre os fundamentos do pedido de uma licença não-voluntária os seguintes:

I – quando a demanda no [Brasil] de um circuito integrado:

a) não está sendo atendida em termos razoáveis; ou

b) está sendo substancialmente atendida através de importação;

II – quando, por razão de recusa de licença para comercialização ou importação, em termos razoáveis, de uma topografia de circuito integrado:

a) um mercado para um produto fabricado no [Brasil] não está sendo atendido;

b) a compatibilidade de padrões técnicos essenciais está sendo impedida; ou

c) o estabelecimento ou desenvolvimento de atividades industriais ou comerciais no [Brasil] está injustamente prejudicado;

III – quando, por razão de recusa de fabricação de uma topografia de circuito integrado, ou tendo em vista condições impostas para fabricação, a comercialização de um circuito integrado pertencente ao fabricante está injustamente prejudicando o estabelecimento de atividades comerciais ou industriais no [Brasil];

IV – quando, em qualquer dos casos acima, a exploração ou exploração eficiente no [Brasil] de qualquer empreendimento, que representa uma substancial contribuição para o estado da arte, está impedida ou prejudicada.

Seção IV
Do uso público não-comercial

Art. 19. Em caso de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência, poderá o poder público reproduzir, sem autorização do titular, topografias protegidas bem como fazer uso de circuitos que incorporem tais topografias ou de produtos que incorporem tais circuitos integrados, diretamente ou através de terceiros, sob sua autorização.

Art. 20. O poder público poderá também fazer uso público não-comercial das topografias protegidas, diretamente ou através de terceiros, sob sua autorização.

Parágrafo único. Considera-se uso público não-comercial a exploração do objeto da proteção pelo próprio Estado ou em regime de concessão ou de permissão.

Art. 21. Nos casos previstos nos artigos 19 e 20, se o beneficiário souber ou tiver base demonstrável para saber, sem proceder a uma busca, que há um registro vigente, o titular deverá ser prontamente informado a respeito.

Seção V
Do pedido de licença

Art. 22. Quanto ao uso não-autorizado de que tratam as Seções III e IV deste Capítulo, à autoridade competente cabe zelar pelos seguintes princípios:

I – é do interesse público que uma topografia ou circuito integrado que a incorpore passível de exploração no [Brasil] em escala comercial, que o seja em toda sua extensão possível, sem demora injustificada;

II – a qualquer titular de uma topografia será

assegurada remuneração razoável, tendo em conta a natureza ou complexidade do circuito integrado;

III – não será injustamente prejudicado o interesse de uma pessoa que esteja explorando ou desenvolvendo no [Brasil] uma topografia protegida.

§ 1º Ao adjudicar a remuneração razoável devida a um titular da topografia, a autoridade competente levará em conta:

I – além da natureza e vida útil desde o registro da topografia, as medidas já tomadas pelo titular, ou por terceiro com o seu consentimento, visando à cabal exploração ou aplicação da topografia ou do circuito integrado que a incorpore;

II – a capacidade do titular ou qualquer interessado, licenciado, de explorar a topografia para o bem público; e

III – os riscos a serem assumidos por algum interessado, no que concerne à captação de capital e exploração da topografia ou do circuito integrado respectivo sob licença.

Art. 23. No exame do mérito do pedido de licença, a autoridade competente levará em conta, dentre outros fatores, o propósito:

I – de manter e promover efetiva concorrência entre os agentes envolvidos na distribuição de bens e serviços no território [brasileiro];

II – de promover os interesses dos consumidores, compradores e usuários de bens e serviços no território [brasileiro], com respeito a preços, qualidade e variedade dos bens e serviços distribuídos;

III – de promover, através da concorrência equilibrada, a redução de custos e o desenvolvimento e o uso de novas técnicas e produtos, e de facilitar a entrada de novos competidores no mercado;

IV – de manter e promover o equilíbrio da distribuição da indústria e empregos no território [brasileiro];

V – de manter e promover atividades competitivas nos mercados fora do [Brasil], em relação aos produtores de bens e distribuidores de bens e serviços no território [brasileiro].

Art. 24. A licença não-voluntária por práticas de concorrência ruinosa ou desleal deverá basear-se em prévia decisão administrativa ou judicial.

Art. 25. Nos procedimentos de concessão das licenças, deverão ser obedecidas ainda as seguintes condições e requisitos:

I – o requerente da licença deverá demonstrar que resultaram infrutíferas, em prazo razoável, as tentativas de obtenção da licença, em conformidade com as práticas comerciais normais;

II – o alcance e a duração da licença serão restritos aos objetivos para os quais a licença for autorizada;

III – a licença terá caráter de não-exclusividade;

IV – a licença será intransferível, salvo se realizada conjuntamente com a cessão, alienação ou arrendamento do empreendimento ou da parte que a explore;

V – a licença será concedida para suprir predominantemente o mercado interno.

Parágrafo único. As condições estabelecidas nos incisos I e V não se aplicam quando a licença for concedida para remediar prática de concorrência ruinosa ou desleal reconhecida em processo administrativo ou judicial.

Art. 26. O pedido de licença deverá ser formulado mediante indicação das condições oferecidas ao titular do registro.

§ 1º Apresentado o pedido de licença, o titular será intimado para manifestar-se no prazo de 60 (sessenta) dias, findo o qual, sem manifestação do titular, considerar-se-á aceita a proposta nas condições oferecidas.

§ 2º O requerente de licença que invocar prática comercial de concorrência ruinosa ou desleal deverá juntar documentação que a comprove.

§ 3º Em caso de contestação, o [INPI] realizará as diligências indispensáveis à solução da controvérsia, podendo, se necessário, designar comissão de especialistas, inclusive de não-integrantes do quadro da autarquia.

§ 4º Quando a concessão da licença se der com fundamento em prática de concorrência ruinosa ou desleal, esse fato deverá ser tomado em consideração para estabelecimento da remuneração.

Art. 27. Sem prejuízo da proteção adequada dos legítimos interesses dos licenciados, a licença poderá ser cancelada, mediante requerimento fundamentado do titular dos direitos sobre a topografia, se e quando as circunstâncias que ensejaram a sua concessão deixarem de existir e for improvável que se repitam.

Art. 28. O licenciado deverá iniciar a exploração do objeto da proteção no prazo de 1 (um) ano, admitida:

I – uma prorrogação, por igual prazo, desde

que tenha o licenciado realizado substanciais e efetivos preparativos para iniciar a exploração ou existam outras razões que a legitimem;

II – uma interrupção da exploração, por igual prazo, desde que sobrevenham razões legítimas que a justifiquem.

§ 1º As exceções previstas nos incisos I e II somente poderão ser exercitadas mediante requerimento ao [INPI], devidamente fundamentado e comprovadas as alegações.

§ 2º Vencidos os prazos referidos no *caput* e seus incisos, sem que o licenciado inicie ou retome a exploração, a licença extinguir-se-á automaticamente.

§ 3º O licenciado poderá agir para defesa do registro.

Art. 29. O [INPI] averbará os contratos de licença para produzir efeitos em relação a terceiros.

CAPÍTULO VI
Do registro

SEÇÃO I
Do requerimento de registro

Art. 30. A proteção depende do registro, que será concedido se o titular preencher os requisitos previstos no artigo seguinte.

Art. 31. O requerimento de registro deverá se referir a uma única topografia e atender às condições legais regulamentadas pelo [INPI], devendo conter:

I – indicação e qualificação do criador ou criadores;

II – descrição da topografia e de sua correspondente função;

III – desenhos ou fotografias da topografia, essenciais para permitir sua identificação e caracterizar sua originalidade;

IV – declaração de exploração anterior, indicando a data de início;

V – comprovante do pagamento da retribuição relativa ao depósito do pedido de registro.

§ 1º Quando se tratar de topografias criadas conjuntamente por duas ou mais pessoas, o registro poderá ser requerido por todas ou qualquer uma delas.

§ 2º O registro poderá ser requerido em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores do criador, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade, podendo a legalização consular ser dispensada.

§ 3º O requerimento e qualquer documento que o acompanhe deverão ser apresentados em língua [portuguesa] ou, se redigidos em idioma estrangeiro, vertidos para o vernáculo por livre tradução de responsabilidade do interessado.

SEÇÃO II
Do processamento do pedido do registro

Art. 32. O [INPI] fará exame formal do pedido de registro, podendo formular exigências.

§ 1º O pedido de registro será arquivado:

I – se o requerente não cumprir, no prazo de sessenta dias da intimação, as exigências que lhe forem formuladas;

II – se o requerimento indicar uma data de início de exploração anterior a 2 (dois) anos da data do depósito.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, o material técnico depositado que acompanha o requerimento será de propriedade do [INPI].

Art. 33. Não havendo exigências, ou sendo as mesmas cumpridas integralmente, o [INPI] deferirá o pedido de registro, publicando sua súmula e expedindo o respectivo certificado.

Parágrafo único. Do certificado de registro deverão constar o número e a data do registro, o nome, a nacionalidade e o domicílio do titular ou titulares, a data de início de exploração, se houver, ou do depósito do pedido de registro e o título da topografia.

Art. 34. A requerimento do depositante, por ocasião do depósito, o pedido poderá ser mantido em sigilo, pelo prazo de 6 (seis) meses, contados da data do depósito, após o que será processado conforme o disposto nos artigos precedentes.

Parágrafo único. Durante o período de sigilo, o pedido poderá ser retirado, com devolução da documentação ao interessado, sem produção de qualquer efeito, desde que o requerimento seja apresentado ao [INPI] até um mês antes do fim do prazo de sigilo.

SEÇÃO III
Das cessões e das alterações no registro

Art. 35. Os direitos sobre a topografia de circuito integrado poderão ser objeto de transferência ou cessão.

§ 1º A cessão poderá ser total ou parcial,

devendo, neste caso, indicar os percentuais de participação correspondentes e as condições para exploração do respectivo circuito integrado.

§ 2º O documento de cessão ou transferência, que conterá a assinatura de duas testemunhas e dispensará legalização consular:

a) definirá os termos técnicos relevantes envolvendo o objeto da tratativa;

b) declarará que nenhuma disposição do contrato prevalecerá contra as regras de concorrência, de defesa do consumidor e de transferência transfronteira de dados em vigor no território [brasileiro];

c) indicará, especificadamente, as informações confidenciais protegidas, se houver, às quais os contratantes estejam vinculados;

d) esclarecerá sobre a responsabilidade tributária decorrente do negócio.

Art. 36. O [INPI] fará as seguintes anotações:

I – da cessão, fazendo constar a qualificação completa do cessionário;

II – de qualquer limitação ou ônus que recaia sobre o registro; e

III – das alterações de nome, sede ou endereço do titular.

Art. 37. As anotações produzirão efeitos em relação a terceiros depois de publicadas no órgão oficial do [INPI].

SEÇÃO IV
Da extinção do registro

Art. 38. O registro extingue-se:

I – pela expiração do prazo de vigência;

II – pela renúncia do seu titular, mediante documento hábil, ressalvado o direito de terceiros;

III – por decisão administrativa, ou judicial transitada em julgado.

Parágrafo único. Extinto o registro, o objeto da proteção cai em domínio público, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 39.

SEÇÃO V
Da nulidade do registro
(Disposições Gerais)

Art. 39. O registro de topografia de circuito integrado será declarado nulo administrativa ou judicialmente se concedido em desacordo com as disposições desta Lei, especialmente quando:

I – a presunção do art. 5º provar-se inverídica;

II – a topografia não atender ao requisito de originalidade consoante o art. 7º;

III – os documentos apresentados, conforme o disposto no art. 31, não forem suficientes para identificar a topografia; e

IV – o pedido de registro não tiver sido depositado no prazo definido no § 1º, inciso II, do art. 32.

§ 1º A nulidade poderá ser total ou parcial.

§ 2º A nulidade parcial só ocorrerá quando a parte subsistente constituir matéria protegida por si mesma.

§ 3º A nulidade do registro produzirá efeitos a partir da data do início de proteção definida no art. 8º.

§ 4º No caso de inobservância do disposto no parágrafo único do art. 5º, o criador poderá, cumulativamente, reivindicar a adjudicação do registro.

Art. 40. A nulidade somente poderá ser argüida, administrativa ou judicialmente, durante o prazo de vigência da proteção, por quem tenha legítimo interesse.

§ 1º A ação de nulidade poderá ser cumulada com pedido de indenização, limitados os efeitos financeiros aos cinco anos anteriores à formulação do pedido.

§ 2º A nulidade poderá ser argüida a qualquer tempo, como matéria de defesa.

Art. 41. É competente para a ação judicial de nulidade o foro da [Justiça Federal] do domicílio do titular.

Art. 42. Declarado nulo o registro, será cancelado o respectivo certificado.

SEÇÃO VI
Do processo administrativo de nulidade

Art. 43. O processo de nulidade poderá ser instaurado de ofício ou mediante requerimento de quem demonstre interesse e legitimidade.

Art. 44. Instaurado o processo administrativo de nulidade, o titular do registro será citado para apresentar defesa, no prazo de 60 (sessenta) dias, dando-se ciência do fato, através de publicação no órgão oficial do [INPI**],** para manifestação de eventuais interessados.

§ 1º Decorrido o prazo mencionado no *caput* deste artigo, havendo ou não manifestação, o

[INPI] emitirá parecer, do qual dará ciência às partes para, querendo, manifestarem-se no prazo comum de 60 (sessenta) dias.

§ 2º Havendo ou não manifestação, o processo será decidido pelo Presidente do [INPI], encerrando-se a instância administrativa.

CAPÍTULO VII

Das sanções administrativas e reparação civil

Art. 45. Sem prejuízo da ação civil privada para reparação de dano, as infrações ao direito de propriedade ficam sujeitas às seguintes multas, graduadas de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator e a sua condição econômica:

I – reproduzir, no todo ou em parte, topografia registrada alheia com o intuito de obter vantagem ilícita em prejuízo de outrem:

Multa nunca inferior a [R$ 1.000,00 (um mil) reais] nem superior a [R$ 300.000,00 (trezentos mil) reais];

II – importar, vender ou distribuir por outro modo, para fins comerciais, topografia registrada alheia ou circuito integrado que a incorpore, com intuito de obter vantagem ilícita em prejuízo de outrem:

Multa nunca inferior a [R$ 5.000,00 (cinco mil) reais] nem superior a [R$ 500.000,00 (quinhentos mil) reais].

Parágrafo único – O produto da arrecadação das multas previstas neste artigo será destinado ao [Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD, criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985].

Art. 46. Nas infrações previstas no artigo anterior, a aplicação da multa depende de representação do ofendido, salvo quando praticadas em prejuízo de entidade de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público.

Parágrafo único. É de 6 (seis) meses o prazo para a representação, contado do dia em que o ofendido veio a saber da infração.

Art. 47. O processo administrativo para aplicação da multa será precedido de investigações preliminares. Nenhuma multa será aplicada sem que ao infrator sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Parágrafo único. No caso de violação dos direitos relativos a topografias de circuito integrado, a autoridade administrativa poderá ordenar a apreensão das mesmas topografias, reproduzidas no todo ou em parte, dos circuitos integrados ou dos produtos que as incorporem, ou comercializadas com violação do direito do titular, ressalvado o disposto no inciso IV do art. 11.

Art. 48. Em caso de ação civil pela prática das infrações descritas no art. 45, o prejudicado poderá requerer a cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito.

§ 1º A ação de abstenção de prática de ato poderá ser cumulada com a de perdas e danos pelos prejuízos decorrentes da infração.

§ 2º Independentemente de ação cautelar preparatória, o juiz poderá conceder medida liminar proibindo ao infrator a prática da infração, nos termos deste artigo.

§ 3º Na ação civil, proposta com base em violação dos direitos relativos à propriedade intelectual sobre topografia de circuito integrado, o juiz tomará as providências adequadas para proteger o sigilo sobre a porção de material comercialmente sensível que a parte objetivamente indicar.

§ 4º Será responsabilizado por perdas e danos aquele que requerer e promover as medidas previstas neste e no artigo anterior, agindo de má-fé ou por espírito de emulação, capricho ou erro grosseiro, nos termos do [Código de Processo Civil].

CAPÍTULO VIII

Das disposições finais

Art. 49. Observadas as exigências legais, a proteção assegurada por esta Lei poderá ser estendida às topografias que tenham sido comercialmente exploradas pela primeira vez, em qualquer parte do mundo, a partir do primeiro dia do ano calendário de ...

Art. 50. Esta Lei entra em vigor no prazo de 3 (três) meses contados da data de sua publicação.

A criminalização de ilícitos praticados por particular contra a administração pública

O descaminho de mercadorias

IVAN LIRA DE CARVALHO

Na contramão da história jurídico-penal universal, vem o Brasil assistindo a uma crescente criminalização dos eventos protagonizados por particulares contra a administração pública, numa clara demonstração da impotência do Estado em resolver, por meios civilizados e eficazes, os desvios dos quais é vítima.

Exemplo cabal da falência dos órgãos estatais, para reprimir extrapenalmente os ilícitos perpetrados contra a administração ou contra interesses públicos expostos à tutela imediata desta, é a exasperação irracional das penalidades atribuídas aos praticantes dos chamados "crimes ecológicos", para os quais não é admitido nem sequer a fiança (Lei nº 5.197, art.34).

A esse tipo de reação do Estado impotente, os doutrinadores chamam de "Direito Penal do Terror", denominação inaugurada por René Ariel Dotti[1] e divulgada por João Gualberto Garcez Ramos[2], atestando surrada predominância ideológica de um aparelho legiferante míope, que, em vez de procurar soluções práticas e eficientes para os desafios apresentados crescentemente pelas relações sociais, opta por trespassar ao Judiciário o mister de carrasco ignóbil das mais absurdas penas.

Não é moderno esse entendimento do Estado, de achar que a panacéia para qualquer irregularidade comportamental advinda do particular somente pode ser corrigida com a

[1] DOTTI, René Ariel. Um novo Direito Penal do terror. *Folha de S. Paulo*, 25-3-91, caderno 1, p. 3.

[2] RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do "Direito Penal do terror"*. Curitiba: Juruá Editora, 1991, p. 34.

Ivan Lira de Carvalho é Juiz Federal no Rio Grande do Norte e Professor do Curso de Direito da UFRN.

aplicação de penalidades deambulatórias. É de ser lembrada a infelicidade de um Chefe de Estado da Velha República que bradava ser a problemática social dos anos vinte "um caso de polícia".

Um dos cacoetes da má gestão dos problemas administrativos, e nestes incluo os de ordem tributária, está na penalização da falta de pagamento do imposto correspondente ao ingresso de mercadoria estrangeira no Brasil. Fala-se mais especificamente do delito de *descaminho*, previsto no art. 334 do Código Penal.

É óbvio que não se prega aqui o absenteísmo do Estado, mesmo pelo seu braço judiciário, nas relações entre o particular e o fisco. Não se pode desconhecer que entre o puro liberalismo dos meios de produção e consumo pregados por Adam Smith no século dezoito e o Estado Social idealizado por Karl Marx, tem preponderância, hoje em dia, o que Léon Diguit chamou de "Estado do Bem-Estar".

Se a Fazenda Nacional contasse com uma bem montada estrutura de fiscalização e de arrecadação, decerto carrearia ao Tesouro toda a carga tributária que tivesse por fato gerador o ingresso de bens de origem estrangeira, sem precisar criminalizar a conduta dos tergiversantes em pagar a exação. A previsão legal de um rol crescente de *punições administrativas* decerto bastaria a inibir os importadores mais afoitos e gananciosos.

Heleno Cláudio Fragoso[3], tratando de tema similar ao presente, já que despido de violência ou perigosidade, assevera ser tendência universal a descriminalização da emissão fraudulenta de cheques sem fundos, como ocorreu na França através do Dec. nº 75.903/75, com a substituição das penas criminais por sanções de cunho civil e administrativo, tais como multas e suspensão de operações bancárias. Aí está um belo exemplo de solução extrapenal para problemas sem o timbre da violência.

A observação do saudoso criminalista pátrio não passou indene à argúcia de Edilson Pereira Nobre Júnior, que, no ensaio *"Cinco temas controvertidos do Direito Penal"*[4], merecedor da atenção de Damásio E. de Jesus[5], no subtítulo *"Arrependimento posterior: alcance e Súmula nº 554 do Pretório Excelso"*, rememora que a *mens legis* da reforma da parte geral do Código Penal, empreendida pela Lei nº 7.209/84, contemplou com a redução da pena (de um a dois terços) o agente que reparar o dano ou restituir a coisa antes do recebimento da denúncia ou da queixa, desde que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Quando julguei a Ação Penal nº 94.7535-9, da 5ª Vara Federal do Rio Grande do Norte[6], deixei consignada a minha rebeldia, sã, acerca da hipertrofia repressiva voltada contra os praticantes de conduta ilícita que tem a administração pública no pólo passivo. Ali afirmei:

> "Não pode ficar sem registro o fato de que o caso em estudo é mais um daqueles decorrentes do descontrolado ânimo que infelicita o Estado brasileiro de uns anos para cá, tendente a transformar em crime todas as condutas de incorreção administrativa praticadas por particulares, notadamente na área de arrecadação de receitas. Assim, ainda que a contragosto, tenho de aceitar mais esta incursão pelo que René Ariel Dotti nomina de *Direito Penal do terror*[7], onde o Poder Executivo demonstra a sua impotência em resolver administrativamente ou civilmente as resistências do contribuinte ou do substituto tributário, buscando na criminalização a saída para arrecadar a receita que a sua própria estrutura funcional não sabe (ou não quer) buscar. As desvantagens desse desvio estatal são escandidas por Hugo de Brito Machado, para quem a transformação, em delito, do inadimplemento de obrigações tributárias 'pode ter a vantagem de diminuir as inadimplências, pela intimidação dos obrigados. Tal vantagem, todavia, é efêmera e termina por ser superada pelos inconvenientes dessa criminalização. (...) Realmente, a intimidação pode produzir, de início, significativo efeito positivo. Depois, aos poucos, os infratores se vão acostumando à idéia

[3] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal.* v. 2, p. 93.

[4] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1991, v. 109, p. 178-179.

[5] JESUS, Damásio E. de. *Código Penal.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, p.3.

[6] Ministério Público Federal *versus* Francisco Assis de Araújo.

[7] DOTTI, loc. cit.

de serem réus e conhecendo as armas que podem utilizar nas disputas com o Estado repressor, de sorte que aquele efeito intimidativo vai ficando amortecido. (...) Por outro lado, a criminalização do inadimplemento de obrigações tributárias tem graves inconvenientes, entre os quais podem ser apontados o direito ao silêncio, universalmente reconhecido ao criminoso; a presunção de inocência, também reconhecida universalmente; a competência privativa do Poder Judiciário para aplicar sanções penais, e as formalidades processuais destinadas a garantir a liberdade e o direito de defesa dos acusados.[8] Em resumo de tudo que acima foi comentado, segue a sintética afirmação de Romeu Falconi: 'Nunca é demais repisar: a ausência de culpabilidade arrasta consigo também o desaparecimento da ilicitude da conduta.'"[9]

No Brasil, a lucidez já lançou generosos lampejos na mente dos responsáveis pela seara ora em discussão. Assim é que o Decreto-Lei nº 157, de 10-2-67, permitiu a extinção da punibilidade em decorrência do pagamento dos tributos, quando o agente tivesse iludido o pagamento da exação, desde que a providência quitatória tivesse sido agilizada antes da deflagração da ação penal, ou seja, antes do recebimento da denúncia. O sobremencionado decreto-lei deu margem à edição da Súmula 560, do Supremo Tribunal Federal:

> "A extinção da punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157/67."

Entretanto, providenciou-se urgentemente o retorno da matéria à treva anterior. Veio o Decreto-Lei nº 1.550, de 19-12-78, objetivando pôr termo final à dita Súmula, afirmando, em seu art. 1º, que o disposto no art. 18, parágrafo único, do DL nº 157/67 "não se aplica aos crimes de contrabando ou descaminho, em suas modalidades próprias ou equiparadas, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 334 do Código Penal". A inconstitucionalidade do DL nº 1.550 foi declarada pelo TFR (*DJU* 18-6-80), cedendo espaço para a Lei nº 6.910, de 27-5-81, estabelecedora de restrições ao fim da punibilidade, pelo pagamento do tributo, nos casos de descaminho e contrabando.

Nova experiência foi feita pela Receita Federal para receber os tributos de importação de carros estrangeiros que houvessem ingressado irregularmente no País. O DL nº 2.446/88 e o DL nº 2.457/88 tiveram morte anunciada já quando editados. O uso da inteligência na arrecadação dos referidos impostos vigorou até 30-6-88.

Sem embargo dos reclamos acima alinhados, temos, em realidade, o descaminho como tipo penal claro, encartado entre os "crimes contra a administração pública" antevistos na Parte Especial do Código Penal. O que fazer o magistrado diante de um caso concreto? Por certo nada que desabone os princípios básicos da deontologia, que são os sustentáculos destacados da missão do juiz no contexto social que o alberga. Mas deve ter a altivez de ampliar o seu espaço de influência na estrutura do Estado, levando como estandarte da sua cruzada a lição de José Augusto Delgado:

> "O Juiz que brota do sistema atual responsável pela sua formação, se não procurar cultuar valores de diferentes categorias que contribuam para a modernização do seu atuar, corre o risco de ser um simples fazedor de sentença sem mensagem útil para o homem, sem seguir um critério para atingir o fim a que ela se destina, que é a paz, enfim, um simples mostrador de como não fazer ciência e de não se ter ideal."[10]

A face de controlador social que avulta do mister do juiz impeliu a jurisprudência a oferecer uma interpretação – digamos – evitadora da remessa dos acusados de descaminho ao cárcere. Assim, tiveram os julgadores bastante parcimônia na tipificação dos pretendidos crimes. Destarte, ainda que ocupando espaço pretoriano controvertido, não foram poucas as decisões no sentido de que *inexiste dolo, se pessoa iletrada passa a vender mercadoria estrangeira em plena feira* (TFR, *DJU* de 14-12-85, p. 1.208), configurando, pois, erro de proibição. Ou que *o transporte de mercadoria descaminhada não é crime assemelhado,*

[8] MACHADO, Hugo de Brito. *Anais da Segunda Jornada de Estudos Jurídicos*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, maio/1995, p. 170-171.

[9] FALCONI, Romeu. *Lineamentos de Direito Penal*. São Paulo: Ícone Editora Ltda, 1995, p. 179.

[10] DELGADO, José Augusto. O Culto da Deontologia pelo Juiz. *Revista do CEJRN*. Natal: Centro de Estudos Jurídicos do Rio Grande do Norte, 1994, p.15.

sendo atípica a conduta (TRF/4ª Região, *DJU* de 20-12-89, p. 17.039). Ou ainda que *a pequena quantidade de mercadoria exclui a configuração do descaminho* (TFR, *DJU* de 23-2-84, p. 2.108) e que *a falta de destinação comercial da mercadoria atesta a falta de culpabilidade do agente* (TFR, *DJU* de 17-2-83, p. 1.138).

Ainda na linha da moderação pretoriana, tem-se que, uma vez demonstrado, "pela quantidade e natureza das mercadorias apreendidas, destinarem-se as mesmas ao uso próprio do apelado e de seus familiares, e dando-se tal apreensão em ônibus de turismo, já liberado pela fiscalização aduaneira de fronteira, não há de falar, no caso, em descaminho"(TRF/5ª Região, ACrim nº 521/92-RN, j. em 1º-9-92, Rel. Juiz Petrucio Ferreira). Também patente a descaracterização do descaminho em se tratando de "garrafas de uísque adquiridas em loja de aeroporto internacional e distribuídas entre alguns clientes da empresa dirigida pelo acusado"(TRF/5ª Região, ACrim nº 39/89, j. em 16-9-89, Rel. Juiz Lázaro Guimarães). Na mesma linha, outro aresto do TRF/5ª Região: "PENAL. DESCAMINHO. MERCADORIA ADQUIRIDA EM PUERTO STROESSNER. ULTRAPASSAGEM DA QUOTA EM QUANTIDADE MÍNIMA. ABSOLVIÇÃO. 1- O delito de descaminho só se caracteriza quando fica suficientemente demonstrado que o agente atuou dolosamente para iludir o fisco não pagando o imposto devido. 2- O dolo, embora elemento anímico, invisível, não apreensível pelos sentidos, só pode ser inferido após análise das circunstâncias que envolvem o fato. 3- É de ser relevada a culpabilidade criminal, em configuração de descaminho, quando é de pequeno valor e mínima a quantidade de mercadoria que ultrapassou a quota legal para comprar em Puerto Stroessner. 4- Absolvição que se mantém."(ACrim nº 253/89-SE, j. em 14-3-90, Rel. Juiz José Delgado).

Na doutrina, o assunto foi enfrentado por Walter Nunes da Silva Júnior, em ensaio intitulado "*A descaracterização do crime de descaminho embasado apenas na inexistência da comprovação do recolhimento do imposto de importação*"(*RT*, v. 706, p. 438 a 441), atestando que a preocupação com a voragem do Estado sobre a liberdade deambulatória do homem atinge outros segmentos dos operadores jurídicos, e não somente a magistratura. Após acurada análise, conclui o estudioso:

> "O só fato de inexistir documento dando conta de que o imposto de importação foi recolhido, o condão não possui de ter-se por tipificada a conduta ilícita desenhada pelo legislador no *caput*, ou na alínea *c*, do § 1º, do art. 334, do Estatuto Criminal."

E diz mais:

> "O agente que traz em sua bagagem, colocada no lugar próprio do ônibus, sem desviar-se de barreira alfandegária, produto importado, facilmente encontrável mediante singela fiscalização, ainda que não efetue o recolhimento do imposto de importação, não pratica, para fins penais, a ação de iludir o fisco, nem muito menos a de introduzir clandestinamente no País, ou importar fraudulentamente, mercadoria de procedência estrangeira, daí por que a conduta é atípica, não merecendo, assim, sanção de ordem penal, mas, apenas, de âmbito fiscal."

E para que não se diga que são vãs as críticas aqui tecidas, arrisco uma sugestão: que tal o Estado-Fiscal instituir uma espécie de "banco de informações" acerca das pessoas flagradas em conduta de desvio do pagamento das exações geradas pela importação? Assim, existiria o controle dos *habitués* nessa prática, que seriam, por conseqüência, impedidos de celebrar contratos com pessoas jurídicas de direito público ou entidades paraestatais (*lato sensu*).

Outra punição administrativa, que tocaria fortemente em um aspecto essencial da vida moderna, seria a vedação do recalcitrante de operar em bancos (oficiais ou particulares), até mesmo para a abertura de uma singela conta-corrente. Nos dias de hoje, não ter um talão de cheques é um *capitis diminutio* que pune mais severamente o infrator do que mesmo a aplicação de uma curta pena deambulatória.

Por fim, aos que entendem que a credibilidade da administração pública seria mais facilmente vulnerada com o sancionamento apenas extrapenal do "descaminho", rememoro que outras irregularidades, bem mais sérias, são praticadas no gerenciamento da coisa pública, sem que desafiem, obrigatoriamente, sanção penal. E nem por isso se fala em desmoronamento do Estado...

O conceito de agressão armada no Direito Internacional

I.M. Lobo de Souza

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A evolução histórica do conceito de agressão. 3. Atos que caracterizam uma agressão. 4. Conclusão.

1. Introdução

O uso da força nas relações internacionais é certamente o capítulo do direito internacional mais complexo e politicamente relevante. Este estudo se ocupa de um tema fundamental relativo à proscrição do uso da força no plano internacional: a definição do conceito de agressão armada no direito internacional. O objetivo é delimitar quais os atos que, se praticados por um Estado ou grupo de Estados, poderiam constituir uma agressão armada de acordo com o direito internacional contemporâneo. Basta uma leitura atenta dos documentos do Conselho de Segurança das Nações Unidas para verificar quão freqüentemente os Estados recorrem a esse conceito para denunciar um uso ilegítimo de força por parte de outro(s) Estado(s) ou justificar a legalidade de sua conduta. É também à luz desse conceito que os órgãos políticos das organizações internacionais, em particular o Conselho de Segurança da ONU, muitas vezes julgam a natureza do conflito, disputa ou questão internacional a eles submetida, a responsabilidade dos Estados envolvidos e as medidas necessárias para a sua solução.

O presente estudo do conceito de agressão armada tem por base a definição contida na Resolução 3.314 (XXIX) da Assembléia Geral das Nações Unidas. Propõe-se examinar a definição, comparando-a com a prática dos Estados. Uma ressalva final que deve ser feita é a de que, embora o conceito de agressão internacional possa incluir subtipos variados como

I.M. Lobo de Souza é PhD (University of London, 1993), Pesquisador Associado no Departamento de Relações Internacionais da Universidade de Brasília.

agressão armada, agressão econômica, agressão ideológica, e assim por diante, este trabalho limita-se a abordar o conceito de agressão armada.

2. A evolução histórica do conceito de agressão

O conceito de agressão pode ser encontrado no Pacto da Sociedade das Nações e em vários acordos internacionais de aliança e defesa firmados desde antes da Segunda Guerra Mundial[1]. Em todos esses instrumentos internacionais, contudo, não se incluiu uma definição do que constituiria uma agressão. Procurou-se suprir esta lacuna por ocasião da redação do Protocolo de Genebra para a Solução Pacífica de Conflitos Internacionais (1924), que, após afirmar que seria considerado agressor o Estado que recorresse à guerra em violação ao Pacto ou ao Protocolo, passou a enumerar alguns atos que configurariam uma agressão, entre os quais a violação do estatuto de uma zona desmilitarizada[2]. O desenvolvimento mais notável, porém, ocorreu em julho de 1933, quando vários Estados adotaram a Convenção de Londres para a Definição de Agressão[3]. Nesta Convenção, elaborou-se uma definição minuciosa de agressão que comportava os seguintes atos: declaração de guerra, invasão, ataque armado, bloqueio e agressão indireta (apoio a grupos armados). Estes elementos básicos foram mais tarde incorporados na Definição de Agressão contida na Resolução 3.314 (XXIX).

Logo após a II Guerra Mundial, e como conseqüência da Guerra Fria que se desenvolveu entre os dois grandes blocos, houve uma proliferação de tratados internacionais de aliança militar, de caráter regional e bilateral, nos quais o conceito de agressão ou ataque armado era mencionado[4]. Destes, apenas o Tratado entre o Iraque e a Transjordânia, e o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR), ambos de 1947, apresentavam uma delimitação dos atos que poderiam constituir uma agressão armada. O primeiro enumerava os seguintes atos como caracterizadores de uma agressão: declaração de guerra, ataque armado, anexação de território de outro Estado e apoio ao Estado agressor. O TIAR, mais sucinto, mencionava apenas o ataque armado e a invasão como atos de agressão[5].

No âmbito das Nações Unidas, a primeira tentativa sistemática de exame da questão coube à Comissão de Direito Internacional, por determinação da Assembléia Geral (Resolução 378-B (V), de 1950). As propostas apresentadas pelos membros Gilberto Amado, Yepes, Alfaro, Córdova, Hsu e Scelle favoreciam uma definição geral ao invés de uma definição casuística, e caracterizavam a agressão como o uso da força armada por um Estado contra um outro Estado por qualquer razão que não seja a autodefesa coletiva ou própria ou em cumprimento de uma decisão do órgão competente das Nações Unidas[6]. A Comissão decidiu não recomendar qualquer definição para a Assembléia Geral, mas incluir o substrato comum das propostas dos membros (acima mencionado) no Projeto do Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade[7].

O esforço em definir o conceito de agressão foi retomado em 1967, quando a Assembléia Geral da ONU criou um Comitê Especial sobre a Definição de Agressão, composto por representantes dos Estados, com o objetivo de

[1] Cite-se, *e.g.*, a Convenção de Não-Agressão e Arbitragem adotada em Moscou em dezembro de 1922; o Tratado de Amizade e Segurança entre a Pérsia e o Afeganistão, de novembro de 1927; o Tratado de Não-Agressão entre a Finlândia e a Rússia, de janeiro de 1932; e o Tratado de Segurança entre a Turquia e a Pérsia, de novembro de 1932. Veja Brownlie, Ian, *International Law and the Use of Force by States* (Oxford, Clarendon Press, 1963), p.359.

[2] Veja United Nations Docs., Doc. A/CN.4/L.8.

[3] Para o texto da Convenção, veja Brownlie, op. cit. supra n. 1, p.360.

[4] Veja, por exemplo, o Tratado de Defesa Coletiva do Sudoeste da Ásia, de 1954, art. 4º; Pacto de Segurança Coletiva dos Estados Árabes, de 1950, art. 1º; e o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, de 1947, art. 9º; cf. Day, Alan (ed.), *Treaties and Alliances of the World* (London, Longman, 1981), p.284-285, 339, 374. No que diz respeito a acordos bilaterais, veja, *e.g.*, Tratado de Defesa Mútua entre os Estados Unidos e as Filipinas, de 1951, art. 3º; Tratado entre o Iraque e a Transjordânia, de 1947, art. 5º; Tratado de Segurança entre a Austrália, a Nova Zelândia e os Estados Unidos, art. 3º; cf. *A Survey of Treaty Provisions for the Pacific Settlement of International Disputes 1949-1962* (United Nations, New York, 1966), p.90, 129-130.

[5] Ibid.

[6] Veja *Yearbook of the International Law Commission*, 1951, v. II, p.28-42. A exceção coube ao membro Hsu, que ao conceito geral de agressão acrescentou os atos que caracterizam a chamada agressão indireta (apoiar grupos armados ou fomentar a guerra civil em outros Estados).

[7] Veja *Yearbook of the International Law Commission*, 1951, v. II, p.131-133.

elaborar uma definição do que seria uma agressão armada no plano internacional[8]. No decorrer dos seus trabalhos, uma discussão que sempre esteve presente nos primeiros anos, inclusive na apreciação dos relatórios da Comissão pelo Sexto Comitê, foi justamente a respeito da utilidade ou necessidade de se ter uma definição de agressão. De um lado, argumentou-se que tal definição não era vital e indispensável para a consecução dos princípios e propósitos da Carta da ONU; que o Conselho de Segurança não estava tendo dificuldade em determinar a ocorrência de agressão, mesmo diante da inexistência de tal definição; que as normas expressas na Carta da ONU, especialmente os arts. 2 (4), 39 e 51, seriam suficientes para orientar a ação do Conselho de Segurança; e que não se podia definir em forma jurídica uma questão sujeita a mudanças políticas contínuas. Estas razões eram sem dúvida ponderáveis, mas a decisão do Comitê Especial de prosseguir com a elaboração da definição mostrou que havia motivos mais fortes que justificavam a existência de tal definição. Os argumentos apresentados pelos Estados no âmbito do Comitê Especial em defesa da definição de agressão revelam com clareza as razões que levaram o Comitê a optar finalmente pela definição. Observou-se que a definição contribuiria para a codificação e o desenvolvimento progressivo do direito internacional; que ela supriria a imprecisão e a natureza subjetiva dos julgamentos políticos do Conselho de Segurança da ONU, ao fornecer-lhe diretrizes positivas para a determinação da ocorrência de um ato de agressão; que ela seria um bom referencial para a conduta dos Estados e para a opinião pública, prevenindo os agressores potenciais e contribuindo para a proteção dos países menores; e que ela fortaleceria o sistema de segurança coletivo estabelecido pela Carta da ONU[9].

Ao contrário das experiências anteriores dos Estados e da Comissão de Direito Internacional, o Comitê Especial da ONU decidiu formular não apenas uma definição geral mas também uma definição casuística (embora não exaustiva) de agressão. Após sete anos de trabalho, o Comitê Especial adotou, em abril de 1974, o relatório final do Grupo de Trabalho e enviou o Projeto de Resolução para a Assembléia Geral da ONU, que em dezembro do mesmo ano a aprovou sob a forma da Resolução 3.314 (XXIX).

3. Atos que caracterizam uma agressão

A Resolução 3.314 (XXIX) contém uma definição geral de agressão (art. 1º) e uma enunciação mais minuciosa do que constitui uma agressão (art. 3º). Do ponto de vista geral, agressão foi definida como sendo "o uso das forças armadas por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer maneira inconsistente com a Carta das Nações Unidas" (art. 1º). Essa definição geral praticamente reproduz o contido no art. 2 (4) da Carta da ONU, que exprime o princípio da proibição do uso da força nas relações internacionais. Há também uma semelhança extraordinária entre a definição da Resolução 3.314 e a definição de agressão expressa na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), cujo art. 27 preceitua:

> "Todo ato de agressão por um Estado contra a integridade territorial ou a inviolabilidade do território ou contra a soberania ou independência política de um Estado Americano será considerado como um ato de agressão contra os outros Estados Americanos".

Note-se que o texto da definição refere-se ao "uso de forças armadas", o que refletiu o empenho do Comitê Especial em limitar seus trabalhos ao conceito de agressão armada[10]. O objetivo primordial do Comitê foi caracterizar a agressão armada como um uso ilícito de força e diferenciá-lo dos conhecidos usos lícitos, notadamente a autodefesa própria ou coletiva. A propósito, a expressão "ou de qualquer maneira inconsistente com a Carta das Nações Unidas" deve ser entendida no sentido interpretado pela Comissão de Direito Internacional da ONU, isto é, o de que a Carta da ONU só autoriza o uso da força no caso de autodefesa individual ou coletiva ou em cumprimento de decisão do órgão competente das Nações Unidas; qualquer outro uso da força é "inconsistente com a Carta da ONU".

A inclusão do termo *soberania* mereceu críticas por parte de alguns Estados, porque seria vago e dispensável, na medida em que ele corresponderia ao conceito de integridade territorial e independência política de um

[8] Veja *Yearbook of the United Nations*, 1967, p.757-58.

[9] Sobre a discussão, veja *UN General Assembly Doc*., A/8525, p.7-10, A/8929, p.7-9, e A/9411, p.6.

[10] Veja *UN General Assembly Doc*., A/8525, p.14.

Estado (já mencionados na definição)[11]. De fato, a integridade territorial e a independência política podem ser consideradas como expressões da soberania de um Estado, mas elas não são as únicas[12]. Ademais, o discurso dos Estados nos foros internacionais revela constante recurso ao conceito de soberania. No âmbito do Comitê Especial, os Estados que defenderam a manutenção do termo argumentaram que ele era um elemento essencial do conceito de Estado, e que os conceitos de independência política e integridade territorial revelaram-se limitados em face dos conflitos internacionais surgidos desde a adoção da Carta da ONU[13]. Com efeito, a história mostra vários exemplos nos quais um Estado invadiu outro Estado sob a justificativa de que o invadido não era reconhecido por ele como um ente soberano[14]. Por todas estas razões, a palavra foi mantida na definição. Quanto à expressão *integridade territorial*, o Comitê estimou ser desnecessária sua definição, visto que ela deveria ser interpretada à luz do direito internacional vigente e do entendimento comum da expressão[15]. De acordo com a Corte Internacional de Justiça, no caso *Nicarágua*, o conceito de soberania territorial não se aplica apenas ao território físico do Estado, mas se estende às águas internas, ao mar territorial e ao espaço aéreo sobrejacente ao seu território (incluindo o espaço aéreo acima do mar territorial)[16]. Por "independência política" deve-se entender, à luz do direito internacional vigente, a autonomia do Estado de, internamente, adotar o sistema político, social, econômico e cultural que lhe aprouver, e, externamente, de formular e praticar livremente sua política externa[17].

Outro aspecto interessante revelado pelos trabalhos preparatórios do Comitê Especial é que os Estados participantes do Comitê acabaram por retirar a expressão "de qualquer maneira que se exerça", que vinha logo após a expressão "forças armadas". O propósito da expressão era cobrir o campo da chamada "agressão indireta"[18]. As objeções levantadas contra a expressão foram basicamente duas: que a agressão indireta já estaria prevista na descrição pormenorizada do art. 3º; e que a expressão ampliaria demasiada e injustificadamente o conceito de agressão, ao ponto de incluir atos que importavam tão-somente em violação da paz (dentro da estrutura conceitual prevista pela Carta da ONU no art. 39, que distingue entre ameaça à paz, violação da paz e ato de agressão)[19]. Parece que de fato a expressão foi retirada do texto deste artigo porque, no entendimento majoritário dos Estados-membros do Comitê Especial, o conceito de agressão indireta estaria compreendido na definição do art. 3º.

A prática dos Estados demonstra vários exemplos nos quais se recorreu aos elementos dessa definição para qualificar um determinado ato de agressão armada. Assim, o representante do Líbano nas Nações Unidas, em Carta endereçada ao Secretário-Geral em outubro de 1980, condenou os "atos de agressão de Israel contra a integridade territorial e soberania do Líbano"[20]. Durante a Guerra do Golfo, o Conselho de Cooperação para os Estados Árabes do Golfo emitiu comunicado segundo o qual "a agressão do Iraque contra o Kuwait é violação

[11] Veja as declarações do representante da antiga URSS e do Paraguai em *UN General Assembly Doc.*, Suplemento nº 19, A/8719, p.19, e *Yearbook of the United Nations*, 1974, p.843.

[12] Basta mencionar a jurisdição exclusiva que o Estado exerce sobre os cidadãos residentes em seu território como uma qualidade da sua soberania.

[13] Veja *UN General Assembly Doc*., A/9411, p.8.

[14] Esse foi, por exemplo, o argumento utilizado pelo Iraque para justificar a "União eterna" entre o Iraque e a "província" do Kuwait. A propósito, tal justificativa foi rechaçada pelo Conselho de Segurança da ONU através da Resolução 662, de 9 de agosto de 1990, onde o Conselho decide que a anexação do Kuwait pelo Iraque sob qualquer forma e qualquer pretexto é nula e não tem qualquer validade. Veja *Resoluciones y Decisiones del Consejo de Seguridad*, 1990, Doc. S/INF/46.

[15] Veja *UN General Assembly Doc*., A/8929, p.10.

[16] Cf. Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua *v.* USA), Merits, Judgement, ICJ Reports 1986, p.111 (par.212).

[17] Cf. *Nicaragua case*, Ibid., p.133 (par.263-265). Na Resolução 2.625 (XXV), que contém a Declaração dos Princípios de Direito Internacional sobre Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados, declara-se o princípio da não-intervenção, cujo corolário é o direito inalienável de todo Estado de "escolher seu sistema político, econômico, social e cultural sem interferência de qualquer forma por outro Estado".

[18] Nos vários projetos apresentados pelos Estados ou grupos de Estados havia previsão expressa a respeito dessa forma de agressão na definição geral. Veja os projetos da URSS, e do grupo Austrália, Canadá, Estados Unidos, Itália, Japão e Reino Unido, em *UN General Assembly Doc*., Suplemento nº 19, A/8719, p. 7, 10.

[19] Veja *UN General Assembly Doc*., A/8929, p.10.

[20] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/14223.

flagrante da soberania e independência do Kuwait"[21]. Na mesma época, o Governo do Kuwait, em nota endereçada ao Secretário-Geral da ONU, denunciou a "agressão do Iraque contra a soberania, integridade territorial do Kuwait e seu Governo legitimamente constituído"[22]. Talvez o exemplo mais relevante seja a Resolução 661, de 9 de agosto de 1990, do Conselho de Segurança da ONU, na qual este caracteriza a ação iraquiana como um "ataque armado do Iraque contra o Kuwait" e determina a restauração da "soberania, independência e integridade territorial do Kuwait"[23]. Em outra ocasião, foi o próprio Governo do Iraque, através do seu representante na ONU, que denunciou a "agressão contra a sua soberania e integridade territorial" perpetrada pelo Irã durante o conflito Irã-Iraque[24]. Cite-se, também, a denúncia da Tailândia contra "atos de agressão armada" praticados por forças militares do Vietnã contra a "sua integridade territorial e soberania"[25]. Por fim, vale mencionar a nota diplomática emitida pela Tunísia em 1985 a respeito do ataque aéreo israelense contra a sede da OLP na sua capital, Tunis, na qual afirma que o ato israelense "constitui um ato de agressão contra a integridade territorial, a soberania e a independência da Tunísia"[26].

A definição mais precisa do conceito de agressão foi dada no art. 3º da Resolução 3.314, onde se estabelece que "qualquer dos atos seguintes se caracterizará como um ato de agressão":

a) a invasão ou ataque pelas forças armadas de um Estado contra o território de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, embora temporária, que resulte dessa invasão ou ataque, ou qualquer anexação, pelo uso da força, do território de outro Estado ou parte dele;

b) o bombardeio do território de um outro Estado pelas forças armadas de um Estado, ou o uso de quaisquer armas por um Estado contra o território de um outro Estado;

c) o bloqueio dos portos ou das costas de um Estado pelas forças armadas de um outro Estado;

d) um ataque das forças armadas de um Estado contra as forças terrestres, navais ou aéreas, ou contra as frotas aéreas ou mercantes de um outro Estado;

e) o uso das forças armadas de um Estado que estão dentro do território de um outro Estado com a autorização do Estado receptor em violação das condições ajustadas no acordo, ou qualquer extensão de sua presença no território após o término do acordo;

f) a ação de um Estado em permitir que o seu território, que colocou à disposição de um outro Estado, seja utilizado por esse outro Estado para cometer um ato de agressão contra um terceiro Estado;

g) o envio por um Estado, ou em seu nome, de bandos armados, grupos irregulares ou mercenários que executem atos de força armada contra um outro Estado, de tal gravidade que sejam equiparáveis aos atos enumerados acima, ou sua participação substancial nos ditos atos.

A lista acima não é exaustiva, como bem acentuou o art. 4º da Resolução. Ademais, na estrutura conceitual da resolução, não bastaria a mera ocorrência de um dos atos enumerados para que ficasse automaticamente caracterizada a agressão. O artigo anterior (2º) estabelece uma presunção (relativa) de que *o primeiro uso* das forças armadas por parte de um Estado (numa das formas descritas no art 3º, *e.g.*) configuraria um ato de agressão. É o *chamado princípio da anterioridade*, que foi preconizado por muitos Estados[27]. Durante os trabalhos do Comitê, alguns Estados também procuraram enfatizar a necessidade de um segundo elemento, subjetivo, na caracterização da agressão, a saber, o ânimo ou intenção de praticar uma agressão armada[28]. Todos esses elementos, e outros, mencionados pelo art 2º como "outras circunstâncias relevantes, incluindo o fato de que os atos em questão ou suas conseqüências não são de gravidade suficiente", devem ser considerados pelo Conselho de Segurança na apreciação do conflito que lhe for submetido para o fim de determinar se houve ou não a prática de

[21] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/21430.
[22] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/21437.
[23] Veja *Resoluciones y Decisiones del Consejo de Seguridad*, 1990, Doc. S/INF/46.
[24] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/14210.
[25] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/18786.
[26] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/17509.
[27] Veja Projeto de Proposta apresentada por Colômbia e outros, e Propostas apresentadas por Austrália e outros, Propostas da URSS, da Checoslováquia, em *UN General Assembly Doc*., A/8719, p.9, 11, 21, 22.
[28] Veja manifestação do representante do Japão a respeito, em *UN General Assembly Doc*., Suplemento nº 19, A/9619, p.17.

um ato de agressão armada. Visto isso, os atos que importariam *prima facie* em agressão armada serão agora examinados.

O item *a* acima faz referência aos atos que são pacificamente admitidos na doutrina e na prática dos Estados como atos de agressão, mas não fornece qualquer indicação do que seja um ataque armado ou invasão, isto é, qual a proporção, ou tipo de forças militares empregado, ou atos ou ações praticados, que configurariam um ataque armado ou invasão. Seria, por exemplo, enquadrável como um ataque armado um mero incidente militar, localizado entre dois postos de fronteira? Quantos batalhões seriam necessários para se configurar um ataque armado ou uma invasão? A doutrina apresenta os seguintes elementos componentes do conceito de ataque armado: 1) o uso das forças armadas sob a direção de uma autoridade do Estado; 2) uma ação militar que atravessa os limites territoriais e que tem como alvo o território, ou navio ou avião estrangeiro[29]. Talvez o Comitê tenha deixado de abordar estas questões porque uma definição precisa do que seria um ataque armado poderia inviabilizar o projeto geral por falta de consenso; ou talvez por ser desnecessária ou impossível tal definição. O que parece ser claro, contudo, é que a mera ameaça de um ataque armado, sem a sua concretização, pode caracterizar uma ameaça à paz e à segurança internacionais, mas jamais um ato de agressão. Em outras palavras, faz-se necessário o real emprego das forças armadas para que um ataque armado ou invasão fique caracterizado. Um outro ponto importante a ser feito é que o conceito de invasão é mais amplo do que o de ataque armado, visto que seria um ataque armado seguido por uma incursão ou entrada no território pertencente ao Estado agredido. Há também quem defenda uma distinção entre um ataque armado e uma intervenção armada: embora ambos constituam uma agressão, esta seria um ataque armado com uma finalidade própria, a saber, interferir na escolha do sistema político, econômico ou cultural do Estado atacado. Exemplos claros de intervenção armada seriam a ação militar na República Dominicana (1965) e em Granada (1993)[30].

Com relação à parte final do item *a*, observou-se que a ocupação militar ou anexação deveria ser considerada um ato de agressão apenas quando originada por uma invasão ou ataque que constituam por si mesmos um ato de agressão[31]. De fato, o próprio texto refere-se à ocupação militar resultante da invasão ou ataque armado, e vincula a anexação ao uso ilícito da força. Essa ressalva foi feita para legitimar as ocupações militares ou anexações decorrentes da II Guerra Mundial. Na Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional concernentes às Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados, contida na Resolução 2.625 (XXV), o Princípio do Não-Uso da Força nas Relações Internacionais foi interpretado como abrangendo a norma de que o território de um Estado não pode ser objeto de ocupação militar resultante do uso da força *em contravenção às disposições da Carta da ONU*[32]. De fato, há inúmeros tipos de ocupação militar, e nem todos são contrários ao direito internacional. Basta citar o caso de uma ocupação militar decorrente de um armistício[33].

Um exemplo claro no qual se denuncia esse tipo de agressão é o caso dos territórios ocupados por Israel após a chamada Guerra dos Seis Dias (1967). A Síria, por exemplo, tem repetidas vezes caracterizado como um ato de agressão a ocupação e tentativa de Israel de anexar a região de Golã e a cidade de Jerusalém[34]. Da mesma maneira, o Governo do Líbano tem denunciado

[29] Veja Fawcett, J., General Course on Public International Law, 132, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1971-I, p.497-498.

[30] Veja Schwebel, S., Aggression, Intervention and Self-Defense in Modern International Law, 136, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1972-II, p.454-455. O Prof. Schwebel ampara o seu ponto de vista na Resolução 2.731 (XX), de 1965, que enuncia a Declaração sobre a Inadmissibilidade de Intervenção nos Assuntos Domésticos dos Estados e a Proteção de sua Independência e Soberania. Essa Declaração afirma que a intervenção armada é sinônimo de agressão.

[31] Esse foi o entendimento expresso pelo representante do Reino Unido no Comitê Especial. Veja *UN General Assembly Doc*., Suplemento nº 19, A/9619, p.34.

[32] Veja *Yearbook of the United Nations* 1971, p.789-792.

[33] O Prof. Adam Roberts enumera nada menos do que 16 tipos diferentes de ocupação militar, tipos estes que divide em três grandes grupos: 1) em tempo de paz; 2) em tempo de guerra; e 3) outros. Veja *Roberts*, Adam, What is Military Ocupation?, *The British Yearbook of International Law*, 1984, p.249-305.

[34] Veja, e.g., *UN Security Council Docs*, Doc. S/14239. No mesmo sentido se manifestou Cuba, que classificou a medida de Israel de aplicar à região de Golã suas leis e jurisdição como um ato de agressão, nos termos da Resolução 3.314 (XXIX) da Assembléia Geral. Veja Doc. S/14829.

Israel pela prática de ato de agressão ao construir fortificações e realizar outros atos que indicariam a intenção de Israel de anexar parte do território ocupado do Sul do Líbano[35]. Um outro exemplo é a denúncia, por parte do Vietnã, da agressão cometida pela China ao ocupar pela força, território que o Governo do Vietnã considera como seu[36]. No conflito das Ilhas Falkland/Malvinas, alguns Estados afirmaram que a Argentina havia cometido um ato de agressão sob a forma de invasão e posterior ocupação, pela força, das referidas ilhas[37]. Por esses exemplos citados, percebe-se que não raro o território objeto da invasão ou anexação é disputado pelo Estado tido como agressor, para quem a ação de retomada ou anexação é legítima e justificada por um ato ilícito anteriormente praticado pelo Estado que se diz agredido.

Parte do problema de se definir um ataque armado parece ser solucionado nos parágrafos seguintes. O item *b* ressalta que constitui uma agressão armada o bombardeio (leia-se: bombardeio terrestre por parte da artilharia, ou bombardeio aéreo ou naval) e o uso de quaisquer outras armas contra o território de outro Estado. O próprio Comitê notou que a expressão *quaisquer outras armas* desse item refere-se a armas convencionais, armas de destruição de massa, ou qualquer outro tipo de arma, em que são incluídos, ao nosso ver, mísseis, armas nucleares, armas biológicas e armas químicas[38]. Este entendimento foi também manifestado nas propostas apresentadas pelos Estados no âmbito do Comitê Especial[39]. Há inúmeros exemplos de denúncia de prática de agressão através de bombardeios. O Iraque, recentemente (em 1993), acusou o Irã de agressão ao realizar bombardeio aéreo de determinadas aldeias situadas no norte do país[40]. A Mongólia entendeu, da mesma forma, que o bombardeio aéreo israelense contra a sede da OLP na Tunísia constituiu um ato de agressão[41]. O Líbano acusou Israel em 1980 de praticar ato de agressão ao bombardear aldeias libanesas através de disparos de artilharia[42].

O item *c*, que refere-se ao bloqueio de costas e portos pelas forças armadas de um Estado, levanta várias questões. Normalmente, há uma divergência de opinião entre os Estados a respeito da natureza da ação e de sua legalidade. Por exemplo, na crise dos mísseis de Cuba de outubro de 1962, os Estados Unidos impuseram o que chamaram de "medidas de quarentena" contra Cuba, que consistiam num bloqueio naval para impedir a entrada de navios que transportassem armas ofensivas com destino a Cuba[43]. A URSS considerou tais medidas como um verdadeiro bloqueio naval e um ato de agressão contra Cuba[44]. Esta, por seu turno, considerou o bloqueio como uma medida agressiva de guerra[45]. Um caso mais recente foi o do conflito das Ilhas Falkland/Malvinas. O Reino Unido estabeleceu uma zona de exclusão de navios e aviões militares argentinos a partir de 12 milhas marítimas do território continental argentino. Em resposta, o representante da Argentina nas Nações Unidas classificou o ato de agressão "nos termos do inciso *c* do artigo 3º da Definição de Agressão contida na Resolução 3.314 (XXIX) da Assembléia Geral das Nações Unidas"[46]. Isto significa que a Argentina considerou o ato britânico como uma agressão armada sob a forma de um bloqueio ilegítimo. Anteriormente, o Reino Unido havia estabelecido uma zona de exclusão marítima de 200 milhas náuticas em torno das Ilhas Falkland/Malvinas, e esse ato mereceu o mesmo tratamento pela Argentina, que o reputou como um ato de agressão em violação às normas expressas da "Resolução 3.314 (XXIX) da Assembléia Geral"[47]. Nos dois casos, o Reino Unido defendeu a legalidade da medida com base no seu direito de autodefesa contra um ato de agressão anteriormente cometido pela Argentina[48].

Uma questão interessante, porque já ocorreu efetivamente, é saber se o bloqueio dos portos ou costas de um Estado pela colocação de minas constitui um ato de agressão. Há um

[35] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/14223.
[36] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/14865.
[37] Veja, *e.g.*, a posição da Guiana, do Reino Unido, e da República Dominicana em, respectivamente, *UN Security Council Docs.*, Doc. S/PV.2373, p.17, e S/PV.2371, p.37-41, e S/14956.
[38] Veja *UN General Assembly Doc*., A/9619, p.9.
[39] Veja *UN General Assembly Doc*., A/9019, p.7, 9, 11, 25 (propostas, respectivamente, da URSS; Colômbia e outros; Austrália e outros; Uruguai).
[40] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/25473.
[41] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/17533.
[42] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/14208.
[43] Veja *Consejo de Seguridad, Actas Oficiales*, Doc. S/PV.1022, p.2.
[44] Ibid., p. 1, 14.
[45] Ibid., p.12-13.
[46] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/15055.
[47] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/15009 e S/14961.
[48] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/14963.

caso examinado pela Corte Internacional de Justiça que poderia justificar essa conclusão. No caso *Nicarágua*, a Corte entendeu que a colocação de minas, por parte dos americanos, nas águas internas e territoriais da Nicarágua, era uma violação das obrigações dos Estados Unidos sob o direito internacional costumeiro de não usar força contra os outros Estados, não interferir nos seus assuntos internos, não violar sua soberania e não interromper o comércio marítimo pacífico. A bem da verdade, a Corte não chegou a afirmar que os Estados Unidos teriam cometido um ato de agressão, mas essa conclusão não seria injustificada se a colocação do campo minado teve o efeito de obstar a saída e entrada de navios dos portos e costas da Nicarágua (como um bloqueio naval teria feito), visto que a ação norte-americana foi considerada pela Corte como um uso ilícito de força[49].

Outro ponto que levantou muita discussão no Comitê Especial versa sobre a recusa injustificada de acesso ao mar, por parte de um Estado costeiro, a um Estado sem litoral. A pergunta que se fez é: seria este ato equivalente a um bloqueio nos termos da resolução? Vários Estados sem litoral (*land-locked countries*) manifestaram essa posição, no entendimento de que a negação do exercício do direito de livre acesso ao mar por parte de um Estado costeiro produzia os mesmos efeitos concretos de um bloqueio marítimo, e, portanto, deveria ser considerado como um ato de agressão[50]. A influência da posição deste grupo de Estados levou o Sexto Comitê da ONU a observar, no seu relatório de encaminhamento do projeto de resolução para a Assembléia Geral, que, no seu entendimento, "nada na Definição de Agressão, e particularmente no art. 3º, *c*, deveria ser interpretado como uma justificativa para um Estado bloquear, contrariamente ao direito internacional, as rotas de livre acesso do mar e para o mar de um país sem litoral"[51]. É difícil precisar a validade desta posição, pois ela dependeria, preliminarmente, da existência de um direito de livre acesso ao mar por parte de um Estado sem litoral e da conseqüente obrigação do Estado costeiro em permitir tal acesso. Além disso, haveria a questão de saber se tal direito, mesmo existente, estaria sujeito a limitações, quando, *e.g.*, o Estado costeiro teria também o direito de regulamentar o acesso ao mar através do seu litoral em razão de sua soberania e exclusiva jurisdição (e responsabilidades decorrentes) sobre o seu mar territorial. De todo modo, a doutrina parece inclinar-se pelo ponto de vista de que o direito de acesso ao mar dos Estados sem litoral é limitado, e a expressão "contrariamente ao direito internacional", utilizada pelo Sexto Comitê, bem reflete isto[52]. Nesse caso, a recusa justificada pelo Estado costeiro do acesso ao mar (isto é, de acordo com o direito internacional) não seria um ato de agressão sob a forma de bloqueio ilegítimo.

O item *d* suscitou muitas críticas por parte de alguns Estados. Em primeiro lugar, aponta-se que o dispositivo não faz qualquer distinção entre as diferentes áreas de jurisdição marítima, que, de acordo com o direito internacional, são o mar territorial (incluídas as águas internas e as baías), a zona contígua, os estreitos internacionais, a zona econômica exclusiva, a plataforma continental e o alto-mar[53]. Ora, é sabido que para cada área prevê o direito internacional direitos e obrigações diferentes tanto para o Estado costeiro como para os outros Estados. Redigido do jeito que está, o dispositivo ignoraria os direitos e as responsabilidades dos Estados costeiros com relação aos recursos marinhos e a preservação do meio ambiente, para citar um exemplo. Sem dúvida, não se pode ler este dispositivo sem que se leve em conta o direito e a obrigação dos Estados costeiros de coibir medidas ilegais por parte de navios mercantes de outros Estados, mesmo que para isso tenha o Estado costeiro que recorrer à força. Assim, incidentes costeiros de menor gravidade, envolvendo as forças armadas ou a força policial do Estado costeiro e navios ou aviões civis da frota mercantil ou aérea de um outro Estado, não deveriam jamais ser estimados como um ato de agressão. Nessa classe de incidentes

[49] Cf. *Nicaragua case*, op. cit. supra nº16, p.147.

[50] Veja *Yearbook of the United Nations*, 1974, p. 844.

[51] Ibid., p.846.

[52] A expressão "contrariamente ao direito internacional" indica que existiria um tipo de recusa de acesso ao mar que estaria de acordo com o Direito Internacional. Dessa forma, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 estabelece, em seu art. 125, que o Estado costeiro tem, no exercício de sua soberania plena sobre o seu território, o direito de tomar todas as medidas necessárias para assegurar que o Estado sem litoral não infringirá seus legítimos interesses.

[53] Veja a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982.

poderia ser incluída a ação do Estado costeiro para obstruir uma passagem de navio tida como não-inocente[54]. Essa preocupação foi compreendida pelos outros Estados no Comitê Especial, mas eles advogaram a manutenção da redação do dispositivo sob a justificativa de que aquela interpretação era naturalmente a correta e razoável[55]. Na verdade, essa discussão era explicada pelos conflitos internacionais de então, decorrentes da extensão das zonas de jurisdição marítima proclamada por alguns países, especialmente latino-americanos[56]. Hoje, a maioria daquelas disputas parece estar resolvida, e a adoção da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 ajudou a estabelecer mais claramente as diferentes áreas de jurisdição marítima e os direitos e deveres correspondentes dos Estados.

A prática dos Estados apresenta variantes interessantes a respeito do assunto. Por exemplo, em fevereiro de 1982, o Governo do Chipre acusou a Turquia de praticar um ato de agressão que consistiu no disparo de tiros, por forças militares turcas, contra um avião da Índia que estava sobrevoando no espaço aéreo do Chipre[57]. Nesse caso, a agressão, nos termos do item *d* que se examina aqui, teria sido praticada contra a Índia e não contra o Chipre. Talvez o Chipre pudesse qualificar a prática de agressão com base na mera violação de sua soberania territorial (espaço aéreo) ou até mesmo com fundamento no item *b* acima, visto que teria havido um bombardeamento sobre o seu território. Como não foi isso que fez, o exemplo demonstra que o dispositivo poderia abarcar casos de ataques contra navios ou aviões de bandeira estrangeira, desde que situados em território do Estado que se diz agredido. Outro incidente interessante foi a denúncia, pela Líbia, de ato de agressão cometido pelos Estados Unidos quando aviões militares americanos teriam interceptado e "provocado" aeronave comercial da Líbia em espaço aéreo internacional[58]. Na verdade, não se alegou que os aviões militares dos Estados Unidos houvessem atacado a aeronave líbia; teria ocorrido apenas uma provocação, e ainda assim em espaço aéreo internacional. Nesse caso, difícil seria enquadrar a ação americana como uma agressão nos termos do item *d* acima. Na crise dos mísseis de Cuba, a União Soviética considerou como um ato de agressão perpetrado pelos Estados Unidos a detenção e inspeção de navios de outras bandeiras em alto-mar[59]. Obviamente, não houve um "ataque armado" contra as embarcações, mas ficava implícita a ameaça de um ataque caso os navios não se sujeitassem à inspeção ou resolvessem, contra a vontade da marinha americana, prosseguir em direção a Cuba.

O disposto no item *e* coíbe o uso das forças armadas estacionadas em território de outro Estado sem a permissão deste, seja dentro do próprio Estado receptor (e contra ele) ou contra um terceiro Estado. É bom lembrar que ao tempo da redação desta Resolução havia vários Estados que, por força da II Guerra Mundial ou da Guerra Fria que se seguiu, tinham forças estrangeiras estacionadas em seu território. O uso dessas forças fora dos termos do acordo que permitiu a sua permanência, ou a sua permanência por prazo superior ao nele estabelecido, poderia constituir um ato de agressão. A redação do dispositivo deixa a entender que a caracterização da agressão dependeria da existência ou não do consentimento ou aquiescência do Estado receptor com relação à ação das forças estrangeiras estacionadas em seu território. Há várias situações a serem distinguidas:

a) se as forças estrangeiras permanecerem no território por tempo superior ao formalmente ajustado, e o Estado receptor não pedir expressamente a sua retirada ou não denunciar a sua permanência ilegal, poder-se-ia argumentar que inexiste agressão, pois o receptor teria aquiescido na permanência das forças por prazo superior (não necessariamente indeterminado). Na falta de tal consentimento, o Estado cujas forças armadas estão estacionadas no Estado receptor estará cometendo um ato de agressão contra este;

b) se as forças estrangeiras praticam um ato de agressão contra um terceiro Estado sem o

[54] Veja a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, art. 25.

[55] Veja *Yearbook of the United Nations*, 1974, p.844.

[56] Veja, por exemplo, a Declaração conjunta do Chile, Equador e Peru sobre a extensão da jurisdição marítima e a reação norte-americana em Churchill, Nordquist and Lay, *New Directions in the Law of the Sea* (New York, Oceana Publ., 1977), v. I, p. 233-234 e Whiteman, M., *Digest of International Law* (Washington, Department of State, 1965), v. IV, p.1198-1208.

[57] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/14864.

[58] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/14860.

[59] Veja *Consejo de Seguridad, Actas Oficiales*, Doc. S/PV.1022, p.18.

consentimento ou autorização ou apoio do Estado receptor, quem seria o Estado agressor? No caso de uso das forças estacionadas sem o consentimento do Estado receptor, a agressão seria cometida pelo Estado a que pertencem as forças agressoras. Vale lembrar que em alguns casos as forças estrangeiras estacionadas eram consideráveis, e o Estado receptor poderia não ter como impedir qualquer ação independente por parte delas. Havendo, porém, o acordo do Estado receptor, este e o Estado a que pertencem as forças agressoras terão praticado, conjuntamente, agressão contra o Estado terceiro;

c) e se as forças estrangeiras estacionadas são componentes das Forças de Paz da ONU? A redação da resolução certamente não previu tal hipótese, tanto assim que o art. 1º deixa claro que a definição refere-se tão-somente aos Estados. No entanto, não se pode ignorar esta possibilidade. Suponha a existência de um Estado em reconhecida situação de beligerância, e a facção que domina ou governa a maior parte do território do país solicita a retirada das forças de paz da ONU sob a alegação de que elas estariam atuando com parcialidade em favor da outra facção. Se as forças de paz não se retiram, o líder de tal facção poderia acusar a ONU, ou até mesmo os Estados que enviaram os contigentes militares, de prática de ato de agressão;

d) uma outra possibilidade é o ataque armado direto por parte das forças estacionadas contra o próprio Estado receptor, caso em que a agressão estaria plenamente caracterizada nos termos desse item *e*.

O item *f* reflete um princípio geral de direito internacional declarado pela Corte Internacional de Justiça no caso do *Canal de Corfu*, e que se reproduz aqui:

> "A obrigação de todo Estado de não permitir conscientemente que seu território seja usado para atos contrários aos direitos dos outros Estados"[60].

Este dispositivo compreenderia duas situações básicas: 1) quando um Estado permite o uso de seu território para que um outro Estado pratique diretamente um ato de agressão contra um terceiro Estado através de suas forças armadas (isto é, um ataque armado ou invasão); e 2) quando um Estado permite que um outro Estado use o seu território para, indiretamente, através de grupos armados, de irregulares, cometer ato de agressão contra um terceiro Estado. No primeiro caso, o ataque armado pode envolver forças terrestres (exército) que transitem pelo território do outro Estado, ou forças navais que transitem pelo seu mar territorial, ou até mesmo um ataque aéreo através do espaço aéreo daquele Estado. Em qualquer caso, a redação do dispositivo deixa claro que tanto o Estado que pratica o ataque armado como aquele que permite o uso de seu território são agressores. O segundo caso é menos claro, mas poderia dizer-se que o Estado que permite o uso de seu território por grupos armados estaria praticando um ato de agressão nos termos desse item, ao passo que o Estado que enviasse ou apoiasse tal grupo estaria cometendo um ato de agressão nos termos do item *g* seguinte.

O último item *g* procura definir a chamada agressão indireta. Essa matéria foi abordada pela Corte Internacional de Justiça no caso *Nicaragua*, e esta Corte fez importantes afirmações a respeito. Por exemplo, a Corte asseverou que o envio, por um Estado, de bandos ou grupos armados para o território de um outro Estado pode ser classificado como um ataque armado (e, portanto, como um ato de agressão). Contudo, o fornecimento de armas ou qualquer outra forma de apoio a grupos ou bandos situados no outro Estado não constituiria, de acordo com a Corte, um ataque armado, muito embora possa ser caracterizado como uma ofensa ao princípio da não-intervenção e mesmo ao princípio que proíbe o uso da força nas relações internacionais[61]. A interpretação da Corte parece estar em harmonia com a redação do dispositivo em tela, que se refere ao "*envio* de bandos, grupos, irregulares ou mercenários". Outro aspecto revelado pelo texto é que não basta apenas o envio de tais grupos para que se caracterize uma agressão: é necessário que eles pratiquem um ato de força armada comparável aos listados nos ítens anteriores da definição. Um desdobramento desse dispositivo que pode ser justificado à luz do princípio geral de direito internacional citado pela Corte Internacional de Justiça no caso do *Canal de Corfu*, é que um Estado não pode conscientemente permitir (e deve mesmo prevenir) o uso de seu território como ponto de partida para o envio de bandos armados de irregulares.

Uma questão associada a esse dispositivo é saber se, de acordo com o direito internacional, um Estado pode apoiar elementos separatistas ou insurgentes em ação num outro

[60] Veja *Corfu Channel Case*, Judgement of April 9th, 1949: ICJ Reports, 1949, p.4.

[61] Veja *Nicaragua case*, op. cit. supra nº 16, p.119, 126-127.

Estado. A regra geral (embora muito discutida) apenas admite esse tipo de apoio indireto no caso de o movimento separatista haver atingido um tal estágio de estabilidade, organização e controle sobre uma parcela considerável do território do Estado, que ele possa ser estimado como uma autoridade *de facto* dentro do Estado. Essa mesma regra, no entanto, proíbe que outros Estados ajudem o movimento insurrecional a alcançar tal estágio de desenvolvimento, visto que isto configuraria uma intervenção ilegítima[62].

Um comentário complementar que se pode fazer a respeito da posição da Corte Internacional de Justiça é que, embora o apoio a grupos armados *per se* não constitua um ataque armado, esse tipo de ação poderá ser caracterizada como um ato de agressão[63]. Na Convenção de Londres de 1933 sobre a Definição de Agressão, menciona-se como agressão o apoio a bandos armados formados no território do Estado agressor. Da mesma maneira, a Resolução 2.625 (XXV), que contém a Declaração dos Princípios do Direito Internacional sobre as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados, enuncia como parte do princípio do não-uso da força nas relações internacionais a obrigação de todo Estado de se abster de organizar ou encorajar a organização de forças irregulares ou bandos armados, inclusive mercenários, para incursão no território de um outro Estado[64]. Esse tipo de ato parece estar enquadrado na parte final do item *g*, quando se fala em "envolvimento substancial" do Estado agressor.

Há casos que não se enquadram perfeitamente em nenhum dos dispositivos do art. 3º acima, mas que merecem ser citados porque eles foram estimados pelos Estados afetados como atos de agressão. São várias situações em que um Estado acusa outro de agressão por meramente violar sua integridade territorial em incidente momentâneo e onde inexiste qualquer conflito armado. Por exemplo, a Líbia denunciou os Estados Unidos de prática de agressão por violar suas águas territoriais e seu espaço aéreo com forças militares[65]. Da mesma forma, o Afeganistão acusou o Irã de ato de agressão ao violar o seu espaço aéreo[66]. A Tailândia também já acusou o Vietnã do mesmo tipo de agressão, e a Zâmbia usou o mesmo conceito para caracterizar uma violação do seu território por parte da África do Sul[67]. Nesses casos, o conceito de agressão que os Estados parecem ter em mente é aquele mais amplo, compreendido na definição geral de agressão do art. 1º da Resolução 3.314 (XXIX). Houve, em todos esses casos, o "uso das forças armadas" mas não um ataque armado propriamente dito, e, segundo o Estado que se disse agredido, o que foi atingido por esse uso foi a sua soberania ou integridade territorial.

4. Conclusão

Este estudo demonstra que o conceito de agressão elaborado na Resolução 3.314 (XXIX) reflete em linhas gerais a prática dos Estados. Vários exemplos foram mencionados onde os Estados se utilizaram dos elementos da definição para caracterizar um ato praticado por um outro Estado como uma agressão. Este fato coroa de êxito o esforço empregado pelo Comitê Especial, e talvez tenha cooperado para que a definição contida na Resolução 3.314 (XXIX) esteja cumprindo algum papel na prevenção, no encaminhamento e na solução dos conflitos armados entre Estados. O sucesso do Comitê Especial na elaboração da definição, que já havia sido tentada anteriormente, se deve a uma série de fatores. Em primeiro lugar, não se deve esquecer que quem formulou a definição foi um Comitê composto por representantes dos Estados, e que, nessa condição, mostrou estar mais capacitado a tomar em conta não apenas a prática (atual e passada) dos Estados mas também os diversos interesses políticos dos Estados em jogo. Ademais, os membros do Comitê dispunham, desde o início, dos trabalhos anteriormente elaborados a respeito da matéria no âmbito das Nações Unidas e da Sociedade das Nações, e também das convenções internacionais que continham uma definição de agressão.

A definição da norma que proíbe a agressão armada ofereceu aos Estados um referencial

[62] Veja, a respeito, Fitzmaurice, Sir Gerald, The Future of Public International Law and of the International Legal System in the Circumstances of Today, *Institut de Droit International: Livre du Centenaire*, 1973, p. 221.

[63] Veja *Brownlie*, op. cit. supra nº 1, p.369-372.

[64] No mesmo sentido, a Declaração do representante do Japão no Comitê Especial. Veja Oda, Shigeru e Hisashi Owada, *The Practice of Japan in International Law*, 1961-1970 (Tokyo, University of Tokyo Press, 1988), p.395.

[65] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/14276.

[66] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/18775.

[67] Veja *UN Security Council Docs.*, Doc. S/18786 e S/18827.

para a sua conduta e para o seu julgamento por parte da comunidade dos Estados e dos órgãos políticos das organizações internacionais, porém esse referencial tem um certo elemento de relatividade. É preciso salientar que mesmo quando as normas de direito internacional são definidas com maior clareza, resta sempre aos Estados um campo para a interpretação do alcance e sentido dessas normas, bem como dos fatos específicos que informam uma questão regulada pelas normas. De fato, a prática internacional demonstra que freqüentemente dois Estados interpretam de forma completamente diferente os mesmos fatos, e, pois, invocam direitos e obrigações opostos.

Teria servido essa definição para impedir que os Estados pratiquem atos de agressão contra os outros? Parece que não. Mesmo após a adoção da Resolução 3.314 (XXIX), os Estados continuaram a envolver-se em conflitos internacionais. Isto se explica pelo caráter autointerpretativo das normas internacionais, pela eficácia limitada dos atuais mecanismos de segurança coletiva e dos meios de solução pacífica dos conflitos internacionais, e, principalmente, pelo benefício que os Estados vêem na violação do direito internacional quando está em jogo um interesse nacional que se sobrepõe ao custo da violação.

Lei orçamentária – Processo legislativo

Peculiaridades e decorrências

ADILSON ABREU DALLARI

SUMÁRIO

1. Conceito de orçamento. 2. Evolução das normas constitucionais. 3. Impossibilidade de rejeição do orçamento. 4. Conseqüências da inexistência de lei orçamentária.

1. CONCEITO DE ORÇAMENTO

Ensina Antonino Pensovecchio Li Bassi, em sua preciosa obra sobre *L'Interpretazione delle Norme Costituzionale* (Milano, 1972, p. 62), que

> "o intérprete não deve esquecer que a Constituição contempla as opções políticas fundamentais de um dado sistema jurídico, devendo o intérprete das disposições constitucionais atentar cuidadosamente para os valores políticos consagrados nos princípios fundamentais esposados pela Constituição".

Um destes valores, claramente adotados pelo sistema jurídico brasileiro, é o que Geraldo Ataliba (*República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985, p. 145) chama de previsibilidade da ação estatal:

> "O Estado não surpreende seus cidadãos: não adota decisões inopinadas que os aflijam. A previsibilidade da ação estatal é o magno desígnio que ressuma de todo o contexto de preceitos orgânicos e funcionais postos no âmago do sistema constitucional".

Vale dizer que o sistema jurídico está estruturado para evitar que os cidadãos, os destinatários da ação estatal, sejam surpreendidos por medidas governamentais tomadas repentinamente, sem qualquer previsão. Esta situação é exatamente o que justifica a existência do orçamento, cujas origens se confundem com o

Adilson Abreu Dallari é Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

próprio surgimento do Estado de Direito e remontam ao longínquo ano de 1215, com a edição da *Magna Charta Libertatum*. A atuação financeira do poder público foi a primeira área a ser afetada na passagem do Estado absoluto para o Estado de Direito. Desde o século XIII, os gastos dos governantes devem estar previamente autorizados.

Desde sua origem até os dias de hoje, o orçamento público sofreu uma série de inovações técnicas, aproximando-se cada vez mais de um processo de planejamento, chegando nos dias de hoje ao que se chama de orçamento-programa, que é a tradução em dotações ou verbas orçamentárias de um programa anual de governo. A propósito, a razão de ser do orçamento, é exatamente a previsão dos gastos governamentais.

Em sua obra clássica, *Uma Introdução à Ciência das Finanças* (10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 396), o renomado e saudoso Aliomar Baleeiro consigna esta lúcida e clara observação:

> "Nos Estados democráticos, o orçamento é considerado o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do País, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei".

José Afonso da Silva, em sua notável monografia sobre *O Orçamento-Programa no Brasil* (São Paulo:RT, 1972, p. 40 e 41), aponta como função básica do orçamento a coordenação dos meios (receitas e despesas) com os fins das finanças públicas, sempre vinculadas à satisfação das necessidades da comunidade, e, em seguida, evidencia a distinção entre o orçamento tradicional e o atual orçamento por programas, ou orçamento-programa, que é um instrumento do planejamento das atividades governamentais, dizendo:

> "Na verdade, o orçamento-programa não é apenas uma peça financeira, é, antes de tudo, um instrumento de execução de planos e projetos de realização de obras e serviços, visando ao desenvolvimento da comunidade".

Mais adiante, ao cuidar dos princípios orçamentários, José Afonso da Silva (ob. cit., p. 104 e ss.) mostra que, ao lado dos princípios do orçamento tradicional (que permanecem válidos), o nosso orçamento se prende ao princípio da programação, que compreende a formulação dos objetivos a serem atingidos, a fixação de prioridades e a especificação das ações a serem empreendidas para a sua realização concreta.

Disso tudo, pode-se extrair a conclusão de que as ações governamentais devem ser previamente preestabelecidas, para que possam ser efetivamente concretizadas, sem problemas de ordem orçamentária ou financeira, dada a necessária previsão dos meios para a consecução dos fins.

Em síntese, a ordem jurídica, no tocante à disciplina das finanças públicas, não admite atuação empírica, incerta, insegura, desmedida ou mesmo aventurosa e temerária.

Como se nota, a lei orçamentária não é uma lei qualquer. Trata-se de uma lei essencial, indispensável, que não pode faltar (conforme concordam todos os autores que já versaram o tema), e que, por isso mesmo, tem um processo legislativo especial, marcado por prazos e restrições, cujos pontos essenciais são estabelecidos pela Constituição Federal.

2. Evolução das normas constitucionais

A elaboração da lei orçamentária recebia da antiga Carta Constitucional, estabelecida pela chamada Emenda Constitucional nº 1/69, um tratamento bastante restritivo.

Conforme o disposto nos artigos 65 e 66 daquela Carta, o projeto da lei orçamentária era feito exclusivamente pelo Chefe do Executivo, ao seu talante. Tal projeto era encaminhado ao Legislativo até data predeterminada. De posse do projeto, o Legislativo deveria aprová-lo até trinta dias antes do término do exercício financeiro, não podendo fazer qualquer modificação.

Ou seja, no passado, ao tempo da ditadura, a lei orçamentária anual era feita por uma só pessoa: o Chefe do Poder Executivo. Isso, entretanto, não é mais possível hoje em dia.

A Constituição Federal promulgada em 1988 democratizou o processo legislativo do orçamento, conferindo posição sobranceira ao Poder Legislativo.

Atualmente, cabe ao Chefe do Executivo apresentar o projeto da lei orçamentária (iniciativa exclusiva), mas ele não pode elaborar tal projeto exclusivamente de acordo com sua vontade, mas, sim, com observância do disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias, aprovada pelo Legislativo, a qual fixa as prioridades e condiciona a elaboração da proposta orçamentária.

A lei orçamentária é necessariamente precedida da lei de diretrizes. Cabe ao Chefe do

Executivo apresentar o projeto da lei de diretrizes, que poderá receber emendas no Legislativo, mas que *não pode ser rejeitado* (pura e simplesmente), pois a Constituição determina que o Legislativo não entrará em recesso enquanto não aprovar a lei de diretrizes (art. 57, § 2º).

Tendo elaborado o projeto da lei orçamentária para o exercício seguinte, deve o Chefe do Executivo encaminhá-lo ao Legislativo *até data predeterminada* (fixada em lei).

Após haver enviado o projeto, ainda pode o Executivo emendá-lo, mas apenas *parcialmente*, e *antes* do exame pelas comissões do Legislativo da parte que se pretende emendar.

Não pode o Executivo emendar o que quiser e quando quiser. Sua possibilidade de emenda é limitada, condicionada na quantidade e no tempo, exatamente para que o Legislativo não seja atropelado e disponha de tempo suficiente para um exame aprofundado da matéria. É até intuitivo que não faz sentido algum fixar-se um prazo para remessa do projeto de lei e, depois, permitir que ele seja totalmente modificado, a qualquer tempo.

Portanto, a impossibilidade de apresentar qualquer emenda a qualquer tempo é não só um imperativo de ordem lógica, mas também uma expressa disposição constitucional. Assim sendo, ao receber uma proposta de emenda, cabe ao Legislativo deliberar a respeito e, diante do caso concreto, em função das circunstâncias da tramitação legislativa, aceitá-lo ou não.

O Executivo não manda, não impõe; mas, sim, pede, solicita.

3. Impossibilidade de rejeição do orçamento

O orçamento é uma autorização para efetuar despesas. Sem orçamento não pode haver despesa, e sem efetuar despesas a Administração Pública não pode funcionar.

Obviamente, não cabe ao Executivo se autorizar, a si mesmo. Obviamente, também, não pode o Legislativo deixar o Executivo sem orçamento. No exame do tratamento que a ordem jurídica confere à matéria, em seu conjunto, é preciso considerar todos os fatores, promovendo uma conciliação entre o imperativo de ter um orçamento e o princípio democrático, que confere primordial importância ao Legislativo, onde se concretiza o princípio representativo.

Afasta-se, de plano, a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo legislar, editar ele mesmo uma lei orçamentária, sem qualquer participação do Legislativo, pois isso atentaria contra o princípio republicano, o princípio da separação de poderes, o princípio representativo, o princípio da legalidade (todos de nível constitucional) além de uma série de outros princípios gerais de direito ou decorrentes da legislação ordinária.

A lei orçamentária é uma lei, mas não é uma lei qualquer, pois tem um processo legislativo especial. Portanto cabe indagar se o projeto da lei orçamentária pode ser simplesmente rejeitado ou, uma vez aprovado pelo Legislativo, ser inteiramente vetado.

Um exame superficial, apressado, descuidado, pode levar a equívocos.

Diz o § 8º do art. 166 da Constituição Federal:

> "§ 8º Os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa."

Nesse artigo não se encontram restrições ao veto, emenda ou rejeição. Um "jurista" detentor de cultura de almanaque certamente lembraria que é vedado ao intérprete distinguir onde a lei não distingue.

Entretanto, qualquer pessoa dotada de razoáveis conhecimentos jurídicos sabe que não se pode interpretar um dispositivo legal isoladamente, fora de seu contexto, sem levar em consideração o caráter sistemático do sistema normativo (redundância proposital) e sem considerar os valores e princípios que informam a ordem jurídica.

Uma distinção ou limitação pode não estar expressa no dispositivo em exame, mas pode ser implícita, ou decorrer de outro dispositivo.

No caso, o parágrafo supratranscrito não limita o poder de emenda, mas tais limitações estão expressas no § 3º do mesmo artigo. A simples leitura desse parágrafo mostra que é bastante limitado o poder de emenda.

O que é uma rejeição senão a forma mais radical de emendar, suprimindo totalmente a regra inicialmente proposta! Ora, se a Constituição restringe o poder de emenda, que somente pode ser exercido dentro de certos limites, evidentemente proíbe, implicitamente, a emenda total, radical, modificadora absoluta do texto inicialmente proposto.

Tome-se como referencial para discussão deste tema o disposto no art. 100, § 1º, da Constituição Federal, que determina, obrigatoriamente para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a inclusão, no orçamento do ano subseqüente, de recursos necessários ao atendimento dos precatórios judiciários apresentados até 1º de julho. Evidentemente, tal dotação não pode ser reduzida, nem, muitíssimo menos, suprimida (o que fatalmente ocorreria em caso de rejeição do orçamento).

Note-se, também, que o supratranscrito § 8º fala na utilização dos recursos que houverem ficado disponíveis "mediante créditos especiais ou suplementares". Ora, tais créditos são créditos *orçamentários,* o que pressupõe a existência de um orçamento. Não se abrem créditos no ar, no espaço, mas, sim, sempre, necessariamente, em um orçamento.

Cabe acrescentar apenas o óbvio: se o orçamento fosse rejeitado inteiramente, não haveria recursos disponíveis (sem alocação), pois não haveria recurso algum.

O mesmo raciocínio feito com relação à emenda e à rejeição serve para evidenciar a impossibilidade de veto total.

Além do mais, cabe lembrar que o veto deve ser motivado. Não se pode vetar o todo por causa de eventual ou suposta irregularidade ou inconveniência de um ou outro dispositivo.

Em caso de debate em sede judicial, é certo que não cabe ao juiz decidir sobre a conveniência ou oportunidade de uma medida, mas o juiz pode e deve verificar a plausibilidade, a pertinência entre o ato praticado e seu resultado.

Em termos estritamente jurídicos, o veto total suprime dotações insuprimíveis, como é o caso da previsão de recursos para o atendimento de precatórios judiciais, do que resulta sua impossibilidade jurídica.

Em resumo, ao dever imposto pela Constituição ao Chefe do Executivo de elaborar e enviar o projeto da lei orçamentária corresponde o dever imposto ao Legislativo de examiná-lo, alterá-lo (se for o caso) e aprová-lo, sem possibilidade de rejeição total.

4. Conseqüências da inexistência de lei orçamentária

A Administração Pública não pode ficar sem orçamento. Diante disso, cabe buscar as soluções possíveis diante de eventual rejeição ou veto total.

Sustentam alguns que a solução seria repetir ou prorrogar o orçamento anterior. Entretanto isso não faz sentido no momento atual. No passado, antes de l964, o orçamento era apenas um rol de números vinculados apenas a categorias orçamentárias, a certos tipos de despesa (como, por exemplo, pessoal, material permanente, obras etc.). Porém, atualmente, o orçamento é um instrumento de programação, daí a denominação orçamento-programa, daí a necessária preexistência de uma lei de diretrizes, fixando prioridades. Obviamente, não se podem repetir os programas e projetos já executados.

Outros falam em solucionar o problema mediante a abertura de sucessivos créditos especiais. Ora, conforme já se viu, créditos especiais são créditos orçamentários e, portanto, somente podem ser abertos em um determinado orçamento.

A única solução, em caso de rejeição da proposta orçamentária, será promulgar como lei o projeto original.

Ato nulo não produz efeito. A rejeição não pode valer como tal, pois se choca com a disciplina constitucional do orçamento, conforme foi demonstrado. Havendo rejeição, ela deve ser desconsiderada, como inexistente, supondo-se que o Legislativo (tendo a possibilidade de alterar algumas dotações, mas não o fazendo) tenha concordado com a proposta original.

Tal solução tem sido acolhida pela jurisprudência. Merecem transcrição algumas passagens de sentença proferida pelo MM. Juiz Dr. Durval José de Moraes (confirmada pelo Tribunal de Justiça), publicada no *Boletim de Direito Municipal* de fevereiro de 1991, p. 130 e ss.:

> "A rejeição prevista no art. 166, § 8º, da Constituição Federal, sobre não ter sido apodada de total ou parcial, deve ser examinada, então, à luz dos demais dispositivos e princípios constitucionais.
>
> À demonstração de que a rejeição só pode ser parcial concorrem diversos e decisivos fatores. Principia pelo disposto no art. 35, § 2º, incs. I e II, das Disposições Constitucionais Transitórias, que impõem a devolução do projeto de lei para sanção até o encerramento de sessão legislativa. Ora, se deve o projeto de lei orçamentária ser devolvido para sanção, claro está que não poderá ser devolvido totalmente rejeitado.

Também milita a favor da rejeição apenas parcial o disposto no art. 166, § 3º, inc. II, alíneas *a* e *j*, tal como apontado pela autoridade coatora. Com efeito, referido dispositivo limita o poder de opor emendas ao projeto de lei orçamentária, tornando insuscetíveis de supressão as despesas relativas à dotação para pessoal e seus encargos, bem como com relação ao serviço da dívida municipal, o que, em conseqüência, contraria a possibilidade de se rejeitá-las por completo.

Por fim, o parecer acostado a fls. 31/36, da lavra do eminente Procurador de Justiça – e sempre lembrado Professor – Cássio Juvenal Faria, lembra ainda o fato de que existe dotação orçamentária compulsória para a manutenção e desenvolvimento do ensino previsto no art. 212, da Constituição Federal, a impossibilitar, também aqui, a rejeição total do projeto de lei orçamentária.

O ilustre Procurador de Justiça ainda pondera, com percuciência habitual, que não seria desarrazoado interpretar-se o art. 166, § 8º, da Constituição Federal de forma a dele extrair apenas a possibilidade de rejeição parcial, 'já que, diante da rejeição total, não haveria recursos que ficassem sem despesas correspondentes, pela simples razão de que não haveria estimativa da própria receita' (fl. 34).

Todas estas considerações levam inegavelmente à interpretação de que a rejeição prevista no art. 166, § 8º, da Constituição Federal, ao contrário do que sustentado pelo impetrante, é apenas parcial.

E, se é apenas parcial, não poderia a Câmara Municipal rejeitar por completo o projeto de lei orçamentária, notadamente quando nenhuma justificativa alinhou para tal ato."

"Resulta, do exposto, que o ato promulgatório, ante a rejeição total do projeto de lei submetido à Câmara Municipal, não viola a ordem constitucional vigente e, em conseqüência, não atenta contra direito líquido e certo do impetrante."

No mesmo sentido já se manifestou por diversas vezes o Procurador-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, em várias decisões idênticas, rejeitando pedidos de propositura de ação direta de inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

"Admissibilidade, em face da ordem constitucional vigorante, do Chefe do Executivo promulgar, como lei orçamentária anual, texto de projeto de sua iniciativa, inteiramente rejeitada pelo Legislativo. Entendimento dos artigos 9º, § 4º, 175, §§ 4º e 5º, da parte permanente, e 39, inciso II, das disposições transitórias, da Carta do Estado de São Paulo. Natureza jurídica do orçamento anual. Participação preponderante do Executivo. Alargamento da participação do Legislativo no processo orçamentário, conferido constitucionalmente, a ser exercida de modo a não inviabilizar o planejamento e a execução de atos governamentais e administrativos, inerentes ao Executivo, de conteúdo essencial à própria existência da entidade estatal. Impossibilidade de rejeição total do projeto de lei orçamentária apresentado pelo Executivo. Expressão do § 5º, do art. 175, da Constituição Paulista, a ser compreendida como rejeição parcial, nos limites admitidos pelas demais regras que normatizam o processo orçamentário. Limites e restrições às emendas modificativas ao projeto de lei de meios que sinalizam na direção da impossibilidade de rejeição total do projeto. Teor do artigo 9º, § 4º, da Constituição Estadual, indicando que o projeto de lei orçamentária anual não pode ser rejeitado pelo Legislativo. Dispondo o Legislativo do poder de incluir, modificar ou excluir recursos orçamentários, com exceção das dotações para pessoal e seus encargos e serviço da dívida, não há justificativa para a rejeição total do projeto, mormente tendo-se em conta não apenas a natureza jurídica do orçamento, como 'ato condição', de caráter predominantemente administrativo, mas a sua indispensabilidade para a governabilidade do Município".

A rejeição do projeto de lei orçamentária não deixa outra possibilidade senão a promulgação do projeto original. Não existe alternativa, pois a rejeição encerra o processo legislativo.

Quanto ao veto total, entretanto, a situação é outra, pois o veto não põe fim ao processo legislativo. A conseqüência do veto é a devolução do projeto ao Legislativo, para que este aprecie as razões do veto, podendo acolhê-lo ou rejeitá-lo.

Derrubado o veto, deve ser promulgado o projeto aprovado pelo Legislativo e que havia sido enviado para sanção do Executivo.

Mantido o veto, não haverá uma solução automática. Será preciso verificar até que momento o processo legislativo seguiu curso normal, para se aproveitar o que for aproveitável e daí extrair as conseqüências. Se nada for aproveitável, pode-se até cogitar da remessa de um novo projeto, ainda que extemporaneamente, no curso do exercício (conforme ocorre com Municípios novos, imediatamente após sua instalação).

O que não faz sentido algum é o Executivo legislar. Por exemplo: é inadmissível que o Presidente da República aprove o orçamento por medida provisória, sem enviá-lo ao Legislativo.

O bom senso e a boa-fé não são incompatíveis com o Direito. Ao contrário, são valores que devem ser considerados na solução de impasses, antinomias e litígios. Da mesma forma, mas em sentido inverso, o absurdo e a má-fé são valores negativos. *Nemo auditur propriam turpitudine alegans*: não merece acolhida quem se vale da própria torpeza.

Inconstitucionalidade da efetivação de servidores públicos sem concurso público a título de incluí-los no Regime Jurídico Único

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

1. Na órbita federal, a pretexto de cumprir o art. 39 da Constituição Federal, que previu regime jurídico único para servidores públicos civis, a *Lei nº 8.112 - no art. 243 e seu parágrafo 1º* - perpetrou uma flagrante e radical *inconstitucionalidade*, ensejando que Estados e Municípios, ou pelo menos alguns deles, tomando por modelo (como de hábito) o figurino federal, incorressem no mesmo despautério. A saber: o referido artigo 243 e seu parágrafo único transformaram, indiscriminadamente, sem poder fazê-lo, servidores celetistas em servidores estatutários, conferindo-lhes cargos públicos, não distinguindo, entre eles, sequer os estabilizados – art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – dos não-estabilizados e os concursados publicamente dos não-concursados. Aliás, *nem ao menos distinguiram entre os que haviam sido admitidos antes da Constituição ou depois da Constituição, por concurso ou sem ele*. Nisto tudo, afrontaram, à generala, disposições expressas da Lei Magna e princípios cardiais da organização administrativa nela residentes[1]. Tratemos de demonstrá-lo com largueza.

[1] Este dislate, por seu absurdo e inconveniências, acabou por oferecer excelente ensejo para que o atual Governo encaminhasse projeto de Emenda Constitucional, almejando eliminar a garantia de estabilidade dos servidores públicos. Dito projeto, se conseguir a adesão do Congresso, porá por terra quaisquer esperanças de que o País ainda possa vir a ter uma administração séria, impessoal e liberta de favoritismos ou perseguições. É que, no Brasil, a estabilidade é requisito indispensável, ainda que não suficiente , para ensejar ao servidor público o mínimo de independência em relação a pressões políticas sectárias ou patrocinadoras de interesses subalternos. Logo, é condição *sine qua non* de uma administração responsável, conseqüente, orientada para o cumprimento de fins públicos, ao invés de operar como simples viabilizadora de vantagens para os eventuais ocupantes do poder e seus apaniguados.

Celso Antônio Bandeira de Mello é Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo.

2. O art. 37 da Lei Magna, em seu *caput*, declara que a administração direta e a indireta ou fundacional sujeitam-se aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da moralidade e também ao "seguinte". Arrola, então, uma série de preceitos, dentre os quais interessa ao caso vertente o que consta do inciso II, assim redigido:

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

Diante da clareza inquestionável deste dispositivo, ninguém, em sã consciência, poderia reputar legítimo que sujeitos não titulares de cargo público pudessem nele ingressar *sem concurso público de provas ou de provas e títulos*, (ou que sujeitos não-empregados pudessem ingressar em empregos públicos sem atendimento desta condição), salvo se fosse para cargo em comissão ou em alguma outra hipótese na qual houvesse explícita e inequívoca dispensa constitucional[2]. Em suma: ante a redação peremptória e cristalina do art. 37, II, trata-se de algo juridicamente óbvio que o concurso público é exigência impostergável e só absolvível diante de disposições igualmente explícitas e que indisputavelmente o tenham arredado em alguma situação particular.

É evidente, portanto, que os sujeitos que mantinham com o poder público relações de *emprego* e não de cargo, só poderiam (e só podem) ingressar em *cargo público* mediante *concurso público de provas ou de provas e títulos*, sendo, pois, ostensivamente inconstitucional a indiscriminada inclusão deles em cargo público e seu correspondente regime.

3. Não se imagine que as disposições do art. 243 e parágrafo 1º da Lei nº 8.112, ao preceituarem nos termos em que o fizeram, estavam precisamente sob o abrigo de dispositivo constitucional - o art. 39 - que, justamente, traria consigo uma destas exceções à obrigatoriedade do concurso público: exceção de gigantesca abrangência, mas *transitória*.

Tal suposição seria inteiramente descabida e infirmada, bem ao propósito, por outro preceito da Lei Magna (o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), este último, sim, previsto exatamente para reger, em caráter *transitório*, situações concernentes a *empregados públicos* ou servidores em geral que ingressam no serviço público *sem concurso público* de provas ou de provas e títulos.

Consideremos inicialmente o que reza o art. 39:

> "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas."

Dele se extrai, unicamente, o que consta de tal dispositivo, a saber: que as referidas pessoas deverão ter, cada qual em sua esfera de competência, um regime jurídico de pessoal abrangente das respectivas autarquias e fundações públicas, assim como planos de carreira. Não se segue, entretanto, que dito regime deva começar por desatender o art. 37, II, do próprio Texto Constitucional, em cujo nome se propõe a instituir tal regime. Deveras, incluir os empregados em cargo público e correspondente regime, com prescindência de concurso público, é pura e simplesmente afrontar em abertas e publicadas uma regra basilar do próprio sobredito regime: a regra que impõe concurso público para nele ingressar e que está estampada com todas as letras já no primeiro artigo que a Constituição dedica aos servidores públicos.

Dir-se-á que esta é uma contingência inelutável da adoção do regime único. Não é exato.

Com efeito, a sobrevinda de normação impositiva sobre dada matéria, sem dúvida, traz consigo sua conseqüente positividade dali para diante, alcançando todas as situações futuras, mas não *necessariamente* as situações em curso. Estas últimas podem permanecer conservadas, quer por força de direito adquirido (se a regra sobrevinda for infraconstitucional ou se, em sendo constitucional, dela não for deduzível o propósito de elidi-lo), quer por força de outra norma *também residente no diploma novo* e que *seria afrontada caso houvesse desconhecimento das situações em curso*, quer, finalmente, porque o próprio texto superveniente, em *disposição transitória*, regula a matéria, ensejando depreender qual dentre as duas disposições supostamente conflitantes deve preponderar.

[2] Art. 53 das Disposições Transitórias, por exemplo, ou alguns cargos superiores da magistratura, na forma do art. 94 ou do art. 101, ambos das disposições permanentes.

4. *In casu*, desde logo ressalta a prevalência do art. 37, II, exigente de concurso público. Isto porque dito artigo, em sua dicção, não comporta duas interpretações. Ele, em si mesmo, é de clareza solar. Diferentemente, o art. 39 comporta duas intelecções distintas, a saber: uma a de que alcançaria também as situações em curso e outra a de que se volta para as situações futuras, deixando incólumes as que já se encontravam em trânsito. Assim como não se considera que do art. 37, II, resulta a *inexorável* exclusão do serviço público dos que nele ora estão em situação de incompatibilidade com o previsto no citado artigo (por não haverem prestado concurso), também não há por que considerar que o art. 39 rejeita *inexoravelmente* a persistência de anteriores servidores em regime de emprego, distinto daquele que veio a ser fixado como o único (regime de "cargo público", com suas decorrentes implicações).

Então, posto que o art. 37 *não enseja senão uma única exegese* e que o art. 39 ensancha, em tese, *duas interpretações*, resulta óbvio que, existindo alternativas exegéticas, ter-se-á de optar por aquela que descarta o conflito entre ambos os artigos. Seria, evidentemente, absurdo optar por aquela que, justamente, traz consigo agravo ao disposto em um deles, sobreposse quando o preceito agravado veicula princípio de importância transcendente e está proposto como um dos pilares do regime previsto na outra regra que se pretende aplicar.

Ou seja: exegeta que se preze não presume a incompatibilidade de normas em um mesmo diploma e não elege como correta a interpretação em decorrência da qual a aplicação de um preceito se faz postergando liminarmente a inteireza do outro. Menos ainda o fará se, com tal proceder, a aplicação da norma dada como preponderante tenha de ser, inevitavelmente, efetuada com postergação de uma característica essencial *nela presumida*. Deveras, uma vez que o concurso público é, inquestionavelmente, uma característica essencial a ser observada no regime único, resulta *absurdo* que, para prestigiar o disposto neste mesmo art. 39, em detrimento do art. 37, II, sua aplicação se faça, ainda, com liminar sacrifício de um princípio que teria de informar tal regime. Nota-se que, dessarte, sobre arredar desnecessariamente a aplicação de uma das normas, nem ao menos se conseguiria, em tal caso, fazer aplicação perfeita da outra. É dizer: com o fruto de tal interpretação, estar-se-ia, ademais e *ipso facto*, qualificando como parcialmente *inconsistentes* ambos os preceptivos. Incidiria, pois, e com todo o peso, a crítica implícita na seguinte advertência de Carlos Maximiliano, nosso mestre maior da ciência hermenêutica:

> "Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um *absurdo*, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões *inconsistentes* ou impossíveis" (*Interpretação e Aplicação do Direito*, Ed. da Livraria do Globo, 2ª ed., 1933, p. 183).

Com efeito, quando o hermeneuta se defronta com hipótese que abre vasa a duas interpretações, uma das quais permite harmonia entre dispositivos diferentes e outra que não o proporciona, reconhece imediatamente como correta a intelecção que concilia os preceitos confrontados.

5. Sem embargo, mesmo prescindindo-se por completo das considerações ora procedidas, o fato é que há uma razão claríssima e da mais extrema simplicidade que constrange inelutavelmente a intelecção de que o art. 243 e seu parágrafo 1º macularam a Constituição ao promoverem, do modo como o fizeram, a integração da totalidade dos empregados das pessoas jurídicas de direito público em cargos públicos (e no correspondente regime). Esta razão singela é a de que no art. 19 e parágrafo 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias está estampada, com todas as letras, uma *formal proibição* de dispensar de concurso os que eram servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas à época da promulgação da Lei Magna sem terem ingressado por concurso. Há, portanto, na própria Constituição, uma regra clara determinando o que deve ser feito com os servidores não-concursados que tenham de ser mantidos.

Veja-se. O artigo mencionado reza o seguinte:

> "Art. 19 - Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.
>
> § 1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título *quando se submeterem a concurso para fins de efetivação*."

É suficiente ler-se o artigo em questão para verificar que a Lei Maior cuidou aqui, nas Disposições Transitórias, dos servidores das pessoas jurídicas de direito público que haviam nelas ingressado sem atendimento ao disposto no art. 37, isto é, sem haverem prestado concurso público de provas ou de provas e títulos.

Distinguiu tais servidores em dois grupos: os que contavam cinco anos de exercício continuado, à data da promulgação da Constituição, e os que não dispunham ainda deste tempo. A estes últimos não ofereceu proteção alguma, pois deixou de referi-los. Aos que contavam com o tempo de serviço aludido outorgou um *certo e específico tratamento protetor.* A saber: conferiu-lhes *estabilidade*, ou seja, direito a permanência no *serviço público* na conformidade do regime em que se encontravam (salvo se incorressem em uma das situações que autorizam o desligamento compulsório, após processo administrativo com ampla defesa).

6. Uma simples inspeção visual no *caput* do artigo permite verificar que nele *apenas* se estabeleceu que os sujeitos contemplados receberam única e exclusivamente estabilidade, isto é, a segurança de que não mais poderiam ser desligados senão na hipótese de incorrerem em faltas sancionadas com tal conseqüência. E isto após regular apuração, mediante processo administrativo com ampla defesa ou processo judicial, pois estes – *e apenas estes – são os efeitos próprios da estabilidade.*

Nenhum outro benefício foi deferido aos servidores em causa. É, pois, de solar evidência que o artigo em apreço não lhes conferiu direito algum a que fosse *transmudada a natureza jurídica da relação que entretinham*, com as pessoas jurídicas a que estavam vinculados, nem outorgou à União, Estados ou Municípios poder algum para modificar a compostura jurídica de tal vínculo. De resto, também não poderiam fazê-lo *sponte propria*, porque, se por mais não fosse, a tanto estariam impedidos pelo art. 37, II, das disposições permanentes.

Porém, muito mais que isto, o certo é que foram *impedidos* de agir de tal modo.

Com efeito, o parágrafo 1º do art. 19 das Disposições Transitórias, com meridiana clareza, deixou manifesto que *inadmitia a possibilidade de que aos sobreditos servidores, sob pretexto de estabilização, fosse conferida, adicionalmente, a vantagem de ingressarem em cargos públicos.* Vedou que, subrepticiamente, *sub color* de ilação ou de presumível conseqüência da estabilidade, viessem, *sem concurso*, a ser transformados no sucedâneo de funcionários públicos, isto é, em agentes sujeitos ao regime próprio destes (sob tal designação ou outra que se lhes atribuísse) e incluídos nos planos e sistemas de carreira próprios dos que acederam a cargos públicos por concurso.

Com efeito, o parágrafo 1º *cuidou de regular a maneira pela qual poderiam vir a adquirir esta qualidade.* Deveras, o preceptivo em pauta estabeleceu com todas as letras que a única via idônea para tanto seria a do *concurso*; solução esta, de resto, perfeitamente sintônica, como é natural, com o preceituado nas disposições permanentes da Constituição (art. 37, II). Exatamente por haver nisto confirmado o regime geral de ingresso em cargo público, buscou facilitar a integração destes, a quem estabilizara na normalidade do regime próprio, da generalidade dos servidores públicos. Dessarte, tornava mais ágil a sujeição de todos os servidores ao "regime jurídico único" mencionado no art. 39 da Lei Maior.

Assim, concedeu um *handicap* favorável aos estabilizados, por ocasião do concurso; a saber: determinou que seu tempo de serviço fosse contado como "pontos", quando o disputassem para obter a *efetivação*. Com isto, os que já pertenciam ao serviço público e dispunham do tempo referido levariam, de saída, uma vantagem sobre quaisquer outras pessoas que se candidatassem ao ingresso em cargo público.

7. O texto examinado evidencia que a Constituição propôs-se a amparar ditos servidores *até um certo ponto*. Não, porém, ao ponto de explodir o sistema que ela mesmo reiterara como sendo o único adequado para o ingresso em cargo público, isto é, o do concurso público. Deu-lhes, então, a estabilidade – que ocorre *no serviço público* e independe da natureza da relação de trabalho entretida – mas negou-lhes a efetivação – que ocorre em *cargo público* e atina a quem se rege pelo conjunto de direitos e deveres correspondentes a quem é titular de cargo.

Deveras, *efetivação* é a estabilização em *cargo público de provimento efetivo. Quem não tem cargo público não pode efetivar-se*. Pode apenas estabilizar-se. Ora, os que foram estabilizados pela cabeça do artigo *não tinham cargos públicos* (pois a sobredita estabilidade foi outorgada aos "que não tenham sido admitidos na forma regulada pelo artigo 37 desta Constituição"). Assim, o

concurso a que alude o parágrafo é um concurso para aceder a cargo, com a *conseqüente efetivação*, porquanto, de um lado, só os titulares de cargo é que podem vir a efetivar-se e, de outro lado, o estabilizado que se torna titular de cargo converte-se em efetivo.

8. Dado que, *ex vi Constitutionis*, inexistia antes e inexiste hoje meio de ingresso em cargo público efetivo, a não ser por concurso, qualquer lei que proporcione ingresso em cargo efetivo com dispensa deste requisito será flagrantemente inconstitucional. O art. 19 e parágrafo 1º do A.D.C.T., longe de excluírem a exigência de concurso, vêm justamente a confirmar cabalmente a impossibilidade de dispensá-la.

Com efeito, para entender de outro modo, seria preciso sustentar gratuitamente e sem nenhum amparo no texto que o art. 19, ao conferir estabilidade, também modificou a índole da anterior relação de trabalho, convertendo-a, de trabalhista (ou híbrida) em relação estatutária, típica de funcionário ou equivalente (sob outro designativo, como o de servidor público, adotado na Lei nº 8.112), que é a que se processa entre um titular de cargo público e a pessoa de direito público a cuja organização pertença dito cargo. Aliás, cargo, para merecer tal nome, haverá de ter sido criado por lei, em número certo, com designação própria e ser retribuído por cofres públicos.

Ora, não se crê que alguém possa, seja qual for a acrobacia hermenêutica que pratique, conseguir ler no indigitado artigo outra coisa além da atribuição de estabilidade. Posto que estabilidade em cargo público se chama efetivação e posto que o preceptivo em causa exige concurso para efetivação, é de solar evidência que a estabilidade ali atribuída não foi em cargo. Logo, o concurso requerido para obter a efetivação é pura e simplesmente um concurso para obter a integração em cargo público, da qual decorrerá a efetivação de quem já é estável. Donde, a lei que integrasse em cargo público servidor estável não-concursado (se isto pudesse ser validamente feito) e, ilogicamente, lhe recusasse a efetivação, seria *inconstitucional*. É que, para o estabilizado, o consectário da titulação em cargo é a efetivação, pois efetivação é simplesmente o nome que se dá à situação do estável titular de cargo. De resto, foi isto mesmo o que o parágrafo 1º do art. 19 em causa o disse expressamente: "... quando se submeterem a concurso para fins de efetivação," pois estáveis já se haviam tornado em decorrência do disposto na cabeça do artigo. Isto é, ao ingressarem em cargo, como fruto de sucesso no concurso – que foi o requisito encarecido – adquiririam, de imediato, a efetivação.

9. Note-se que a inconstitucionalidade do art. 243 da Lei nº 8.112 é ainda mais gritante porque promoveu, sem concurso, o ingresso em cargo público não apenas dos estabilizados pelo art. 19 do A.D.C.T., mas também de quem não contava o tempo a que alude este dispositivo. E fez mais. Sempre sem distinguir entre concursados publicamente e não-concursados, incluiu em cargos quaisquer servidores das pessoas jurídicas de direito público; portanto, abrangeu também quem, *após o advento da Constituição*, houvesse sido admitido *sem concurso*, isto é, inconstitucionalmente. Em suma: o artigo em pauta é um prodígio em matéria de inconstitucionalidade.

10. Por outro ângulo ainda, reponta a inconstitucionalidade do art. 243 da lei federal do regime único. E que incorreu no vício de *ofender direitos adquiridos*, provenientes de vínculos trabalhistas, pois transmudou relações desta ordem em relações estatutárias, independentemente da concordância dos interessados. Não podia fazê-lo. Seria errôneo imaginar que estava liberada para efetuar compulsoriamente tal alteração com base no princípio – corretíssimo, aliás – de que não há direito adquirido contra a Constituição.

Efetivamente, não há direito adquirido contra a Constituição. Ou seja, a Constituição prevalece contra direitos adquiridos. Estes ficam aniquilados se forem, *deveras*, incompatíveis com o novo regramento. O princípio *lógico* aplicável é o mesmo das revogações. Os conflitos intertemporais entre normas resolvem-se pela prevalência da regra posterior sobre a anterior, quando são ambas do mesmo nível ou quando a posterior é de escalão mais elevado. Para dizer-se ocorrente a supressão de direitos adquiridos ante a superveniência de norma constitucional, cumpre, entretanto, como é óbvio, que exista entre eles e as disposições novas real incompatibilidade, conflito, *inconveniência absoluta* assumida, de modo expresso ou tácito, implícito ou explícito, pelo novo texto. Assim também, o propósito de preservá-las intactas por igual modo será deduzido.

É dizer: segue-se o princípio normal de que incompatibilidades não se presumem, sobrepose quando o diploma superveniente exprime seu apreço por um valor que seria afetado por regra

encartada neste novo regramento. É, aliás, o que sucede no caso vertente, porquanto a Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXVI, reitera, como princípio, o tradicional agasalho aos direitos adquiridos.

Com efeito, as regras de direito, inclusive as constitucionais, pressupõem-se promulgadas para reger as relações futuras, sem molestar as que se constituíram no passado e seguem em curso, salvo quando entre elas houver, como dito, incompatibilidade absoluta ou existir induvidoso intento normativo de aniquilar ou permitir sejam aniquiladas ou afetadas as relações precedentes, para que todas, antigas e novas, a partir da sobrevinda do novo diploma, passem a afinar por igual diapasão.

11. É fácil depreender-se que o próprio diploma constitucional considerou inexistir impossibilidade de convívio entre as *precedentes* relações trabalhistas com o poder público e a regra do regime único prevista no art. 39. E que no art. 19 e parágrafo 1º das Disposições Transitórias foi prevista uma situação de *transição na qual está explícita a conservação de relações laborais com o poder público tal como constituídas.* Com efeito, ali se atribuiu estabilidade para certos servidores de par com a impossibilidade de se efetivarem, isto é, de ingressarem em cargos públicos sem concurso. Tanto mais porque não foram obrigados a prestarem dito concurso, segue-se que ficaram conservados, a critério destes, indefinidamente, no regime em que estavam. Donde, exibe-se, dessarte, que a Constituição caracterizou como *compatíveis situações trabalhistas precedentes com a sobrevinda do regime único previsto no art. 39*. A solução óbvia, pois, induzida pela Constituição, seria a de *colocá-los em um quadro em extinção, até que, por concurso, se os prestassem e se nele obtivessem sucesso, ingressassem em cargos ou até que, por qualquer motivo, deixassem de pertencer ao serviço público*.

De todo modo, o que resulta certo e inquestionável é que a Constituição explicitou, inobjetivamente, não haver conflito, contradição irremessível, entre o regime único e as situações trabalhistas *constituídas no passado*. Ora, faltando, como falta, tal incompatibilidade, não há o suporte lógico e jurídico que autorizaria falar-se na supressão dos direitos adquiridos trabalhistas, oriundos dos vínculos laborais dantes constituídos com o poder público. Em suma: não se propôs a hipótese de direitos adquiridos reputáveis como "contra a Constituição", inatendíveis ante o contraste com ela. Os direitos adquiridos em causa *não são contra a Constituição, mas, pelo contrário, perfeitamente compatíveis com ela, como decorre da própria Lei Maior*. Por isto, permanecem íntegros, inatacáveis na compostura que tinham. Logo, o art. 243 da Lei nº 8.112, de 11.12.90, não podia transmudar compulsoriamente as precedentes relações laborais em relações estatutárias por ela reguladas, sem com isto *ofender direitos adquiridos* e que, como tal, permanecerem intactos sob a égide da Constituição de 1988, encontrando-se, inclusive, desde o advento dela, sob o pálio protetor de seu art. 5º, inciso XXXVI. Verifica-se, pois, que também por este ângulo, o sobredito art. 243 da lei federal do regime único ressente-se de *flagrante inconstitucionalidade.*

12. Eis, pois, então, que o preceptivo legal que indiscriminadamente incluiu os servidores públicos da União, suas autarquias e fundações públicas em cargos públicos – sem fazer acepção entre estáveis e não-estáveis, estatutários ou trabalhistas, concursados e não-concursados publicamente – é escandalosamente inconstitucional por mais de uma razão, inclusive por ofender direitos adquiridos à imutabilidade da natureza das precedentes relações trabalhistas.

Poder Judiciário: independência, democratização e controle social

SÍLVIO DOBROWOLSKI

SUMÁRIO

1. A preservação da independência judicial. 2. A democratização do Judiciário brasileiro. 3. Participação popular no Judiciário. 4. Os grupos e o controle social do Judiciário.

1. A PRESERVAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

O exame da atividade jurisdicional no Estado contemporâneo permite concluir que os juízes gozam de ampla liberdade na aplicação da lei; suas decisões assumem, muitas vezes, influência fundamental para a conduta dos cidadãos, em geral; ainda cabe-lhes exercer importantes controles a respeito de atos dos Poderes Legislativo e Executivo. O Judiciário é, sem dúvida, autêntico órgão do poder, diversamente do afirmado por Montesquieu e desejado pelo constitucionalismo iluminista. Por isso mesmo, a sua independência se afirma necessária, para que possa cumprir suas funções, dentro de um Estado constitucional, em que se limitam os poderes e se adota, com essa finalidade, a técnica da sua separação.

Essa autonomia não pode ser dispensada, na presença de uma Constituição que, como a de 1988, traça lindes aos poderes estatais e assegura os direitos fundamentais do homem. Para a concreta realização destes, é preciso que tribunais independentes possam garanti-los efetivamente. É nessas cortes de justiça que o indivíduo, como diz Nuno Piçarra,

> "pode resistir à violação dos seus direitos por parte dos outros poderes do Estado" (Piçarra, 1989:191).

Essa independência é penhor da neutralidade do juiz. Se este precisa ser um mediador imparcial entre as partes conflitantes, há de estar livre de todas as ingerências externas, no

Sílvio Dobrowolski é Juiz aposentado do TRF da 4ª Região. Professor titular da Universidade Federal de Santa Catarina.

exercício da sua função, e isto abrange, além daquelas dos poderes Legislativo e Executivo, outras que possam advir do próprio Judiciário, como instruções a respeito dos julgamentos emitidas por outros magistrados do mesmo grau ou de hierarquia superior. Em razão dessas duas formas da independência judiciária – a política e a funcional –, os agentes dos outros poderes e da própria magistratura não podem imiscuir-se nas decisões judiciais. Os tribunais possuem, em virtude de recursos formulados pelas partes, competência para reformar sentenças dos juízes, substituindo as que lhes parecerem errôneas por outras, de acordo ao seu entendimento; descabe-lhes, todavia, violar a autonomia funcional dos magistrados, mediante ingerência sobre a forma como compreendem as questões a eles submetidas.

A imparcialidade do julgador é necessária para que possa exercer o seu trabalho de maneira aceitável para os litigantes, decidindo o conflito sem estar pré-ordenado a favorecer um dos lados, mas a partir de um exame eqüitativo dos fatores da lide. Por isso, o juiz deve ser colocado "em uma situação de completa independência a serviço do Direito", como precisa Gerhardt Leibholz, em seu livro *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna* (Leibholz, 1971:183). A Constituição de 1988, no afã de assegurar a independência dos magistrados, atribui-lhes, no artigo 95, incisos I a III, garantias essenciais para tanto, e lhes impõe as proibições de dedicar-se à atividade político-partidária, de exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, ou ainda de receber quaisquer emolumentos nos processos sob sua responsabilidade (artigo 95, parágrafo único, incisos I a III). Esse conjunto de garantias e de vedações cuida de colocar o juiz ao abrigo de necessidades materiais (garantias do cargo e da remuneração) e pretende neutralizá-lo em relação aos litígios a ele submetidos. Protege o julgador relativamente às pressões das partes no processo, e também contra os poderes existentes na sociedade, sejam as diferentes associações e organizações, a imprensa, as igrejas e também contra os demais agentes estatais.

A imprescindibilidade da autonomia do Judiciário merece reconhecimento em conclaves internacionais, constando de declarações veiculadas pela Organização das Nações Unidas. Entre esses textos cumpre reproduzir, por motivo de sua precisão, a Declaração Universal sobre a Independência da Justiça, adotada na sessão final da Conferência sobre a Independência da Justiça realizada em Montreal, em 10 de junho de 1983, e constante da *Revista AMAGIS*, publicada pela Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, volume XVIII, nº VII, dezembro, 1988, página 66, cujos itens aqui pertinentes são estes:

> "2.02. Os juízes individualmente devem ser livres e deve ser seu dever decidir as questões submetidas a eles com imparcialidade, de acordo com sua compreensão dos fatos e seu entendimento da lei, sem quaisquer restrições, influências, induções, pressões, ameaças ou interferências, diretas ou indiretas, de qualquer setor ou por qualquer razão.
>
> 2.03. No processo de tomada de decisão, os juízes devem ser independentes vis à vis seus colegas judicantes e superiores (...).
>
> 2.04. O Judiciário deve ser independente do Executivo e do Legislativo."

Autonomia, portanto, em três níveis: pessoal, funcional e político, permitindo que o juiz não seja submetido a orientações específicas para os conflitos sob sua responsabilidade, mas que possa julgá-los de acordo com sua consciência e entendimento pessoais. Se isto não assegura, por si, a justeza da decisão, afasta influências indébitas, capazes de tornar absolutamente ineficazes os sistemas de defesa dos direitos individuais e de controle de poderes, de início referidos, e de transformar o processo jurisdicional em frustrante farsa.

A Carta de 1988 institui a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário (artigo 99) e confere aos tribunais a competência para organizar os serviços administrativos da Justiça e de prover os respectivos cargos, bem como o de nomear os juízes de carreira, admitidos mediante concurso público de títulos e de provas. Os tribunais decidem, ainda, sobre promoções e sobre punições disciplinares dos magistrados a eles vinculados.

Trata-se do sistema denominado de autogoverno da magistratura, mediante o qual a própria Justiça cuida de sua administração e decide sobre a carreira dos seus Juízes e sobre a adequação profissional da conduta deles. Fazem-se-lhe críticas, porque ocasiona um fechamento do Judiciário, imune de controle exterior, salvo o relativo à aplicação dos dinheiros públicos, procedido pelo Legislativo, com o assessoramento do Tribunal de Contas, e a hipótese de crime de responsabilidade dos Ministros do

Supremo Tribunal Federal, a ser julgado pelo Senado Federal (Constituição, artigo 52, II). Assinalam-se como conseqüências malsãs o corporativismo do Poder Judiciário, com os vícios do nepotismo e a incapacidade em tratar de forma apropriada as falhas de seu funcionamento administrativo e as faltas dos magistrados.

Em defesa do autogoverno invoca-se o princípio da independência da magistratura, e a circunstância de que são o Executivo e o Legislativo que aprovam as dotações orçamentárias dos três poderes e as leis que criam os cargos judiciais. Nesta razão, afirma-se que o Judiciário atua dentro das limitações de meios postos à sua disposição, pelos outros poderes estatais.

Os argumentos, de ambos os lados, são ponderáveis; todavia, é possível propor fórmula bastante para afastar os defeitos corporativistas, sem prejudicar a necessária autonomia judicial. De anotar, desde logo, o perigo de se conferir a um órgão de extração política a atividade de fiscalizar o Poder Judiciário. Para ilustrar a assertiva, basta colacionar duas notas colhidas na imprensa nacional.

A primeira delas, publicada no dia 24 de setembro de 1993, no jornal *Folha de São Paulo*, na página 2-1, sob o título "Deputado apresenta emendas para cortar verbas do Judiciário em 1994", subscrita pelo jornalista Elvis Cesar Bonassa, em que se lê:

> "O deputado Maurílio Ferreira Lima (PMDB-PE) apresentou uma série de emendas ao orçamento do ano que vem cortando todas as verbas de investimento do Judiciário. É uma reação articulada com o Ministro da Previdência, Antônio Brito, contra as decisões do STF (Supremo Tribunal Federal) que prejudicam a arrecadação do governo. 'Vamos deixar dinheiro só para lápis, papel, borracha e salários. Nada de viagens, mordomias ou mesmo cafezinho', dizia ontem Ferreira Lima. Com os cortes de investimento, sobram as chamadas verbas de custeio, que cobrem apenas os salários e os gastos básicos da Justiça. Maurílio quer se vingar de atos do STF. Ele diz que ao considerar inconstitucional o IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras), o STF afrontou o Congresso – além de privar o governo de US$ 4 bilhões. 'Foi uma decisão de três quintos dos parlamentares, como pode ser inconstitucional?', perguntava. (...)".

A outra foi estampada no *Diário Catarinense*, de Florianópolis, edição de seis de outubro de 1993, página seis, a propósito da reação de parlamentares sobre a decisão de Ministro do Supremo Tribunal Federal que concedeu liminar suspendendo o início dos trabalhos da revisão constitucional. O texto vem encimado pelo título e ementa a seguir transcritos:

> "Revisão constitucional – Decisão abre crise entre Judicário e Legislativo – Conflito provoca forte reação de parlamentares, que já sugerem retaliação com cortes de verbas."

A nota informa:

> "O despacho do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Farias de Mello, que adia o início da revisão constitucional, pode provocar uma crise sem precedentes entre o Legislativo e o Judiciário. 'A decisão é uma intromissão indébita nos assuntos do Congresso e é melhor que ela seja revista para evitar o conflito', disse o líder do Governo na Câmara, Roberto Freire (PPS-PE). Há deputados sugerindo que a retaliação seja o corte de verbas no Orçamento do Judiciário. (...) 'Temos que retaliar', afirmou o deputado e integrante da Comissão Mista de Orçamento, José Carlos Aleluia (PFL-BA). Em conversas reservadas, a retaliação foi admitida pelo virtual relator-geral da revisão, Nelson Jobim (PMDB-RS) (...)."

Essas atitudes não se vinculam com práticas da administração financeira, em que o Congresso teria o direito de corrigir ilegalidades nas contas do Judiciário. Relacionam-se, isto sim, ao conteúdo mesmo das decisões. Busca-se ingerência sobre juízes, para que resolvam causas de interesse do Legislativo e do Executivo, de forma favorável a esses poderes, desprezada a contrariedade, à Constituição ou à lei, dos atos questionados judicialmente. Os exemplos em tela não recomendam que se atribua aos citados poderes o controle do Poder Judiciário e mesmo a participação deles, na escolha dos componentes de órgão a ser criado com esse fim.

A falta de um percentual mínimo de receita do Estado, a ser obrigatoriamente concedida na lei orçamentária ao Judiciário, prejudica-lhe a autonomia, como revelam, de modo claro, as ameaças de retaliação mediante corte de verbas. A independência fica também afetada pela atribuição ao Chefe do Poder Executivo de

nomear, após aprovação do Senado Federal, os membros dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar) e os juízes de outras cortes de justiça, quando oriundos da advocacia e do Ministério Público. O possível pleito junto a políticos, para obter uma nomeação, aliena, com certeza, a independência do futuro magistrado. Em alguns casos se detectam designações para premiar correligionários políticos ou até parentes, tornando duvidosa a autonomia do Judiciário frente ao Executivo (Carlin, 1983:39).

2. A DEMOCRATIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O distanciamento do Judiciário, no Brasil, em relação ao povo, decorre das posturas elitistas denunciadas por vários autores e até por magistrados (Carlin, 1983:33), e também por motivo da ineficiência da máquina judiciária, assoberbada de trabalho que não consegue vencer. Na afirmativa de Ada Pellegrini Grinover,

> "a sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, a complicação procedimental, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários" (Grinover, 1991:19).

O crescimento do número de litígios, em quantidade insuperável pelo esforço dos magistrados, a pequena produtividade de alguns deles, a conservação de excessivo formalismo nas leis do processo, a par de novas tarefas jurisdicionais, ainda não assimiladas convenientemente pelos operadores jurídicos, tudo colabora para a impressão que tem o jurisdicionado de que a Justiça é algo longínquo e inacessível para ele. Alguns remédios têm sido excogitados, como a simplificação da legislação processual, em ordem a afastar os formalismos desnecessários. A criação de juizados informais para pequenas causas e de juizados especiais para causas cíveis de menor complexidade, com preferência para procedimentos mais rápidos e a conciliação das partes, são outros exemplos de busca pela maior rapidez na prestação jurisdicional.

O problema é grave e ultrapassa as fronteiras do território nacional. Sobre a situação portuguesa, escreve Boaventura de Souza Santos que,

> "o sistema judicial está sobrecarregado, congestionado e nestas condições há que buscar alternativas, que (...) devem conduzir ao desenvolvimento de conceitos e métodos inovadores para o processamento dos conflitos entre cidadãos, de modo a resolvê-los com eqüidade, com eficiência, rapidamente e a custos baixos" (Santos, 1982:89).

As iniciativas técnico-processuais são importantes, como também um controle mais rígido dos tribunais sobre a sua produtividade e a dos juízes a eles vinculados. Não bastam, todavia, para romper com a tradição de afastamento da magistratura em relação aos jurisdicionados. É fundamental a mudança de mentalidade dos magistrados e do povo a respeito deles, promovendo-se a democratização do Judiciário, aproximando-o da sociedade.

Essa alteração conceitual passa, fora de qualquer dúvida, pela implementação de "cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados", previstos no artigo 93, IV, da Constituição. Os juízes podem fazer, aí, estudos interdisciplinares para ampliar a sua bagagem intelectual, deixando de ser meros especialistas em técnicas jurídicas, e, assim, compreenderem melhor a sociedade à qual devem jurisdicionar. Cabe sugerir a freqüente realização de debates e seminários, com a participação de especialistas em diversos ramos do saber e de representantes do Ministério Público, da advocacia, dos partidos políticos, das entidades de classe, sindicais, religiosas e culturais, para permitir o confronto de idéias e de representações jurídicas existentes nas diferentes esferas sociais.

Poder-se-ia supor que a democratização do Judiciário passa pela adoção do critério eletivo, para o ingresso na magistratura de carreira. A prática, porém, observada em países que adotaram o sistema (assim a França pós-revolucionária e os Estados Unidos), revela ser ilusória a vantagem da eletividade. Na ponderação de Mário Guimarães, faltam ao juiz eleito, dois requisitos essenciais: independência e imparcialidade, pela subordinação aos chefes de partido responsáveis por sua escolha e em vista da necessidade de cortejar o eleitorado, sob pena de não se elegerem no futuro (Guimarães, 1978:82). O método eletivo, ademais, nem sempre serve para recrutar os mais capazes, podendo ascender, dessa maneira, maior número de juízes sujeitos a pressões externas e incompetentes. O concurso público de provas e de

títulos, ao revés, evita, em princípio, as baldas apontadas ao recrutamento eletivo. É um método democrático, porque aberto a candidatos portadores do título de bacharel em direito, submetidos a aferição de conhecimentos, em igualdade de condições, observada a fiscalização da sociedade, pela presença nas bancas examinadores de representante da Ordem dos Advogados do Brasil, consoante exige o artigo 93, inciso I, da Lei Maior.

O ilustre juspublicista cearense, Professor Fávila Ribeiro, em sua obra *A Constituição e a Realidade Brasileira*, anota, a propósito, o seguinte:

> "O método do concurso mostra-se o mais credenciado para a apuração dos culturalmente dotados de maior capacitação, imprimindo, ademais, o sentido democrático ao ingresso na carreira, tornando-se a todos acessível em razão da efetiva demonstração de mérito intelectual." (Ribeiro, 1990:158).

A legitimação democrática do magistrado depende não tanto da indicação eletiva, como do desempenho funcional. Juízes honestos, diligentes, capazes e abertos para o social e afinados com as transformações exigidas pela sociedade, alcançam legitimar-se pelo desempenho do cargo, mesmo não tendo sido eleitos pelo voto popular.

A abertura democrática da Justiça exige o permanente diálogo entre a magistratura e o povo, não apenas nos conflitos submetidos a julgamento, onde isso ocorre, de acordo ao modo específico de procedimento jurisdicional. É preciso que Tribunais e juízes utilizem os meios de comunicação de massa, com os objetivos de divulgar o seu trabalho e de apontar deficiências e necessidades materiais a serem supridas. A prática pode suscitar debates úteis para desnudar falhas merecedoras de correção, bem ainda manter informado o homem comum quanto ao que pode esperar do Judiciário.

Democratizar implica prestar contas do exercício do Poder, à sua fonte. O juiz tem de estar sujeito ao controle da opinião pública. Para isso servem as exigências do artigo 93, inciso IX, da Constituição, de que devem ser públicos todos os julgamentos e fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário. A publicidade é por si mesma uma forma de controle. O exame crítico dos motivos pelos quais o magistrado justifica seu entendimento complementa essa fiscalização, ao fazer o povo conhecer essas razões, com oportunidade de discuti-las. Com isso, o juiz pode saber quais as reações causadas pela solução adotada em determinado caso e modificar o seu modo de ver, para o futuro, se ficar convencido da inconveniência ou erronia de sua decisão.

O controle da opinião pública é a contrapartida pela ampla liberdade de que desfrutam os juízes para formularem suas decisões. Como sua sujeição à lei não é aquela afirmada pelo constitucionalismo iluminista, e a jurisdição é, na verdade, exercício de poder, é preciso que os julgamentos sejam públicos e expostos com clareza os seus motivos, a fim de evidenciar que não são meros atos de arbítrio. Na lição de Norberto Bobbio, o regime democrático se define "como o governo direto do povo ou controlado pelo povo – e como poderia ser controlado se se mantivesse escondido?" (Bobbio, 1986:187).

Luís Prieto Sanchís, comparando as posições do Legislativo e do Judiciário, diz que aquele ostenta uma legitimidade de origem e o segundo uma legitimidade de exercício, para concluir que "ao primeiro se controla por meio da eleição, enquanto ao outro o controle se faz mediante a crítica de seu comportamento" (Prieto Sanchís, 1987:117).

Descabe argüir incompatibilidade entre a crítica pública aos julgamentos e a autonomia judicial. A pretensão de estar imune a críticas não faz parte do conceito de independência e se constitui, isto sim, em pretensão de irresponsabilidade. Nenhum exercente de poder tem o direito de ser irresponsável, em Estado democrático de direito. Superar o preconceito quanto à discussão pública sobre os julgamentos é básica alteração, da parte dos magistrados, em como devem compreender a função judicial, com a retirada da aura sacerdotal com que costumam ilustrar o seu trabalho. Na correta explanação de Dieter Simon:

> "A turbação sacral que envolve durante séculos o ato de julgar (...) cede ante a sóbria consideração de se tratar de uma função social. O juiz desce da esfera do sumo sacerdote, que medeia entre o humano e o divino, para o plano de um servidor da justiça, cuja atividade pode ser criticada a qualquer momento e por todas as pessoas." (Simon, 1985:162).

As entidades pluralistas podem atuar, nesse âmbito, com eficiência. Cabe-lhes ativar o exercício dessa crítica fiscalizadora, promovendo a discussão, pelos meios de comunicação e em encontros com juristas e outros intelectuais e pessoas comuns, sobre as decisões judiciárias,

substituindo, nessas iniciativas, os seus aderentes, que, isolados, dificilmente dispõem de recursos para levar a bom termo essa tarefa.

A democratização do Judiciário exige, no entanto, uma legitimação de origem dos membros do Supremo Tribunal Federal, em virtude do elevado grau de politicidade de suas decisões no controle de constitucionalidade. A missão precípua dessa Corte, de guardião da Constituição, exige que seus integrantes, além de qualidades específicas para o desempenho de suas tarefas (*v.g*., elevado preparo técnico, distanciamento das forças político-partidárias, notável sensibilidade jurídico-política e reputação ilibada), tenham maior legitimidade democrática do que os demais juízes. Esse entendimento tem sido adotado em muitos países, segundo informa Gomes Canotilho:

> "De um modo geral, em todos os tribunais constitucionais criados no após-guerra teve-se em conta a necessidade de legitimação democrática dos juízes através dos órgãos da soberania, direta ou indiretamente legitimados na eleição ou escolha dos seus membros." (Canotilho, 1991:775).

Cumpriria, então, instituir um colégio eleitoral para essa finalidade, excluídos os representantes dos Poderes Legislativo e Executivo, bem como os das agremiações político-partidárias, em razão da equivocada compreensão da autonomia dos poderes e do que seja a função judicial, revelada pelas ameaças de retaliação, em virtude de decisões judiciárias, colacionadas no item 1, retro. Esse corpo eleitoral seria constituído pelos membros do Conselho Superior da Magistratura (sobre o qual se fará considerações adiante) e de delegados das seguintes entidades pluralistas, mencionadas pelo artigo 103, incisos VII e IX, da Constituição: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, além do Procurador-Geral da República. As formações referidas representariam o povo, na condição de focos de poder por este suscitados, para permitir a atuação dos indivíduos da sociedade de massas. Demais disso, estariam presentes o Ministério Público e a magistratura, conferindo amplo espectro representativo.

Para emprestar ainda maior legitimidade à Corte Suprema, necessária à fixação de um mandato determinado, que pode ser sugerido em oito anos, a fim de permitir a renovação dos integrantes, ao cabo do período. Dessa maneira, será possível trazer ao Tribunal juízes cujo entendimento em matéria constitucional se aproxime das representações coletivas, em cada época. Nenhuma interferência existirá, por isso, na sua liberdade de julgamento, porque desde eleitos terão ciência de que, ao final do prazo, devem deixar a Corte, vedada a recondução para o período subseqüente. Este é o sistema adotado em outros países, revelando-se adequado para a construção do significado da Lei Maior, por meio de uma interpretação sempre atualizada às mudanças valorativas da coletividade. Acrescente-se que nenhum poder essencialmente político, como o referente à jurisdição constitucional, pode ser vitalício, ainda mais em sistema republicano de governo. A vinculação dos poderes à fonte de todo o poder é indispensável, exsurgindo da renovação dos seus exercentes, que é, em qualquer circunstância, meio de controle e de responsabilização política dos agentes públicos.

3. Participação popular no Judiciário

Hans Kelsen, em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*, distingue entre democracia e autocracia, conforme a participação, ou não dos indivíduos na produção das normas jurídicas. Assevera ele:

> "É politicamente livre o indivíduo que se encontra sujeito a um ordenamento jurídico em cuja criação participa. (...) A democracia significa que a vontade representada na ordem legal do Estado é idêntica à vontade dos súditos. O contrário da democracia está na servidão implícita na autocracia. Nesta forma de governo os súditos estão excluídos da criação do ordenamento jurídico." (Kelsen, 1969:337).

A distinção engendrada por Kelsen é valiosa, tanto que Norberto Bobbio considera-a a única inovação interessante na teoria das formas de governo, ocorrida ultimamente (Bobbio, 1987:106). Em relação ao Judiciário, que desempenha papel de importância na criação de normas (Kelsen, 1969:174) e na fixação de seu significado (Warat, 1979:59), pode-se dizer que será democrática uma organização na qual se assegure a presença de juízes populares, nos órgãos julgadores. As decisões por eles tomadas terão, com grande probabilidade, o selo da identificação com a vontade popular. Ademais, essa presença é instrumento de controle do poder.

Entre as técnicas de intervenção do povo na justiça, destaca-se o júri – aplicado, no país,

por enquanto, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida –, composto de pessoas escolhidas mediante sorteio para tomarem parte no julgamento de um caso, sob a presidência de um juiz togado, devendo os jurados manifestar-se exclusivamente sobre a matéria de fato (isto é, se o fato considerado delito ocorreu, se o réu foi seu autor e semelhantes), tocando ao magistrado a aplicação do direito, de acordo às respostas dos julgadores populares. A extensão do instituto para outros delitos e até para questões cíveis, como ocorre nos Estados Unidos, é fórmula para aumentar a participação popular nas decisões judiciais.

O sistema do escabinado compreende a criação de órgãos julgadores compostos de juízes de direito e juízes extraídos do povo, estes temporários, mas todos, aqui, decidindo sobre fato e direito. As Juntas de Conciliação e Julgamento, no país, correspondem a esse modelo, com um juiz togado e dois representantes classistas – um dos empregados e outro pelos patrões. A experiência pode ser estendida para a solução de conflitos de que participem grupos sociais com interesses contrapostos, como inquilinos e locadores, consumidores e fornecedores de bens e serviços. Caberia às respectivas entidades a escolha dos representantes grupais, com mandato de quatro anos, proibida a reeleição.

As formações pluralistas indicariam, também, conciliadores para essas causas, a fim de atuarem em juizados arbitrais obrigatórios, com a finalidade de comporem conflitos de pequeno valor, inclusive na esfera criminal, quando se tratar de crimes de ação penal privada.

As questões de família, como ocorre atualmente na Justiça da Infância e da Juventude, pedem a participação de pessoas com formação técnica apropriada, em condições de fornecer subsídios especializados ao juiz, bem ainda de desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação e até de tratamento para as partes. Atuariam tais assessores na condição de auxiliares da Justiça, trazendo subsídios dos seus conhecimentos, para uma prestação jurisdicional mais adequada.

Outra forma de participação democrática é a presença, nos tribunais de segundo grau, de julgadores selecionados entre advogados e membros do Ministério Público, para trazerem àqueles a experiência vivida em situações profissionais diversas dos juízes. Em vez de um quinto dos lugares, seria conveniente aumentar a participação, segundo o modelo do Superior Tribunal de Justiça, para um terço das vagas.

A estipulação de tempo-limite para permanência num mesmo tribunal, fixado em doze anos, teria como conseqüência a renovação dos magistrados nas Cortes, trazendo novas mentalidades e idéias, como é necessário em uma sociedade atravessada por permanente e rápida mutação. Corrigir-se-ia, por essa forma, o conservadorismo teimoso que não se adapta, evitando o clientelismo que acompanha quem exerce poder, num mesmo lugar, durante muito tempo. Seria, por isso mesmo, valioso instrumento de controle do poder.

A democratização do Judiciário compreende, é certo, o oferecimento de novas oportunidades de acesso dos cidadãos à Justiça. O aumento das hipóteses de legitimação das formações pluralistas corresponde a essa abertura, na sociedade massificada. Os grupos dispõem, de regra, de mais recursos do que os seus aderentes, estando, além disso, menos sujeitos a pressões, que podem prejudicar a efetiva continuidade dos processos ajuizados. Seria de ampliar a legitimidade das entidades grupais em relação aos processos por danos ao meio ambiente e outros interesses difusos, sem embargo de que não tenham sido criadas especificamente para a defesa de tais interesses. É que estes transcendem os limites de atuação de uma determinada organização, alcançando a coletividade em geral. Assim, não se pode dizer, sob essa ótica ampliativa, que um sindicato de sapateiros não tenha vínculo com a preservação dos mananciais que servem a sua área geográfica de atuação. Em situações como esta, o laço territorial é o bastante para justificar a legitimação de quaisquer grupos.

A titularidade da ação popular deve ser estendida aos grupos pluralistas, pelas mesmas razões acima expostas. Não há por que restringi-la a cidadãos isolados, quando as entidades por eles criadas possuem melhores condições para reivindicar direitos deles. A pretensão a um governo honesto, que, além da defesa do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, pode ser postulada na ação popular (Constituição, artigo 5º, inciso LXXIII), também se enquadra nas fronteiras de atuação das diferentes entidades, descabendo limitar a legitimidade aos indivíduos, em tais circunstâncias.

De igual teor a justificativa para autorizar as entidades pluralistas indicadas no artigo 103 da Constituição, a proporem ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão,

mesmo que o ato normativo não se refira, diretamente, a direitos da categoria ou classe, pois a preservação da ordem jurídica criada na Constituição é interesse de todos os grupos sociais.

4. Os grupos e o controle social do Judiciário

Muito se tem discutido, no País, nos últimos tempos, sobre a conveniência de criar-se um órgão para exercer o controle externo do Poder Judiciário e quebrar a opacidade corporativa do sistema de autogoverno existente. Entre os juízes, a maioria teme a novidade, sob o argumento de uma possível interferência sobre as decisões judiciárias. Aduz-se, ainda, que a publicidade dos atos judiciais permite o controle pela imprensa e pela opinião pública em geral.

Os defensores da idéia afirmam que o novel instrumento fiscalizador destina-se ao controle administrativo do Poder Judiciário, e não das sentenças dos juízes, que necessariamente devem ser mantidas ao abrigo de ingerências externas. A justificativa fundamental é de que em uma democracia, nenhum poder estatal fica imune de fiscalização, para que se possa verificar se observa os limites juridicamente delimitados de sua atuação. Outros motivos que autorizam a defesa da instituição desse instrumento de controle são assim sumariados pelo juiz paulista Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, em artigo publicado no jornal *Folha de São Paulo*, edição de 10 de janeiro de 1993, página 4-6:

> "Mazelas não faltam para justificá-lo. As cúpulas concentram poder de forma sutil: setores estratégicos são submetidos à prática da designação de juízes, critérios de prioridades na aplicação de verbas são desconhecidos e um perverso corporativismo alimenta o conceito de que 'roupa suja se lava em casa', 'ética' sob a qual se justifica a falta de transparência."

Independente de haver falhas no funcionamento da Justiça, para as quais o autogoverno é incapaz de aventar os remédios convenientes, a primeira justificativa é bastante para fazer prevalecer a necessidade de se criar um sistema de governo da magistratura. Este deve ser, antes, controle social do que externo, pela conotação inadequada do qualificativo em relação à autonomia dos juízes, que é intangível, e porque seu emprego mantém e aumenta a separação entre Judiciário e sociedade, devendo o afastamento ser excluído através da criação proposta. Mais do que um aparelho fiscalizador, ao órgão governativo – denominado de Conselho Superior da Magistratura (federal e estadual, conforme a esfera em que deva atuar) – tem que se atribuir, por objetivos básicos, a preservação da autonomia judicial e aproximar a magistratura do povo.

Por isso, ao Conselho tocaria entender-se com os outros poderes, na busca de recursos financeiros para o Judiciário, bem ainda propondo projetos da lei do interesse deste. As nomeações de juízes que atualmente cabem ao Chefe do Poder Executivo passariam para o órgão, eliminando essa forma de interferência sobre a magistratura. Velaria a entidade para defender a autonomia de juízes e tribunais contra ameaças ou violações, donde quer que partissem. Seu papel seria de órgão constitucional – fora dos poderes – a serviço da independência judicial e encarregado de participar, em nome da sociedade, da administração do Poder Judiciário.

A instituição desse mecanismo democratizante seguiria a tendência de grande número de países (por exemplo, Alemanha, Itália, França, Espanha, Portugal), onde tais Conselhos existem e atuam para os fins acima expostos. As falhas de funcionamento, detectadas na Espanha, onde os partidos políticos fazem arranjos para compor o órgão, segundo seus interesses próprios, transformando-o em instrumento prejudicial à autonomia judiciária, podem ser evitadas, mediante escolha conveniente dos participantes do respectivo colégio eleitoral, na forma adiante exposta.

Ao novo elemento da estrutura organizada pela Constituição caberia fiscalizar os Juízes e Tribunais, quanto ao regular cumprimento de suas atribuições, sem exercer qualquer policiamento acerca do conteúdo das decisões jurisdicionais. No desempenho dessa atividade, tocar-lhe-ia representar aos Tribunais contra os abusos de juízes relapsos e descumpridores dos seus deveres funcionais. Os tribunais continuariam com a função disciplinar e a de julgar os magistrados a eles vinculados. Das decisões disciplinares, o órgão controlador poderia recorrer ao Supremo Tribunal Federal, que resolveria em última instância. Mediante essa sistemática, ficaria preservada a independência de julgamento dos juízes e a autonomia das Cortes judiciárias, embora os atos administrativos destas pudessem ser anulados pelo Conselho, em hipótese de irregularidade ou inconveniência.

Seria ainda missão da entidade aprovar as listas de promoções de juízes, organizadas pelos respectivos tribunais, lícito ao órgão de controle rejeitar alguns ou todos os nomes, mediante *quorum* qualificado, para ser reformulada a indicação. A nomeação de magistrados oriundos da advocacia e do Ministério Público far-se-ia sobre relações organizadas pela Ordem dos Advogados do Brasil e pelo Conselho do Ministério Público, transformadas em listas tríplices pelo tribunal correspondente, podendo o Conselho rejeitar algum ou mais nomes e pedir a necessária substituição. Participaria, ainda, como enunciado no item retro, do colégio eleitoral dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

O Conselho compor-se-ia de nove membros, com mandato pelo mesmo número de anos, renovando-se um terço da composição a cada três anos, proibida a recondução para mandato sucessivo. Cinco deles seriam oriundos da magistratura e os demais escolhidos entre advogados militantes, membros do Ministério Público e professores de Universidades reconhecidas, todos com ilibada reputação e pelo menos dez anos de atividade profissional, e ainda desvinculados de atuação político-partidária. Dois dos lugares de magistrados seriam preenchidos por eleição dos membros de tribunais, dentro da respectiva categoria. Outros dois seriam eleitos pelos juízes de primeiro grau. As demais vagas, por um colégio composto pelos representantes do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público Federal, de confederação sindical e de entidade de classe de âmbito nacional (para a Justiça dos Estados-membros, seriam os representantes dessas entidades, nas diversas unidades federativas). Participariam, assim, os grupos sociais de maior relevo, dentro da previsão já existente, do artigo 103, da Lei Maior, excluída a presença de agremiações partidárias, bem como dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo, afastando influências de ordem político-partidária capazes de prejudicar a autonomia do Judiciário.

O Conselho deverá ser instrumento para preservar a independência da magistratura, compreendida no seu verdadeiro sentido de que o Poder Judiciário é autônomo frente a pressões externas quanto aos seus julgamentos, mas não está separado da sociedade, nem constitui um corpo imune ao controle democrático. Caberá a esse órgão servir de canal de comunicação entre a sociedade e a Justiça, evitando o encastelamento dos juízes, em posições corporativistas ou estamentais.

A presença das entidades pluralistas no correspondente colégio eleitoral promove, por meio delas, a necessária legitimação democrática do Conselho, de vez que essas formações se constituem em legítimas estruturas para a sociedade atuar no controle sobre os órgãos do poder estatal, a ser exercido, em relação ao Poder Judiciário, pelo Conselho Superior da Magistratura.

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia, uma defesa das regras do jogo.* Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

————. *Estado, Governo, Sociedade*: *por uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*.5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARLIN, Volnei Ivo.O papel do juiz na sociedade moderna. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 39, primeiro trimestre, 1983, p. 29-50.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário. *Revista de Direito Público*. São Paulo, (24) 98, 18-26, abr./jun., 1991.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del estado.* Tradução de Eduardo García Mayñez. México: UNAM,1969.

LEIBHOLZ, Gerhardt. *Problemas fundamentales de la democracia moderna.* Tradução de Eloy Fuentes. Madrid: Instituto de estudios políticos, 1964.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PRIETO SANCHÍS, Luís. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987.

RIBEIRO, Fávila.*A Constituição e a realidade brasileira.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A participação popular na administração da Justiça no Estado capitalista. In: SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. .*A participação popular na administração da Justiça* .Lisboa: Livros Horizonte, 1982, p. 83-98.

SIMON, Dieter. *La independencia del juez*.Tradução de Carlos Jimenez-Carrillo. Barcelona: Ariel, 1985.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

Política pública de cultura

Algumas condicionantes ideológicas, jurídicas e administrativas e alternativas metodológicas

MARIA COELI SIMÕES PIRES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Novas condicionantes ideológicas, jurídicas e administrativas das políticas públicas. 3. Condicionantes específicas na área de cultura. 3.1. Condicionantes decorrentes da nova ordem constitucional. 3.1.1. Resenha das normas constitucionais balizadoras da política pública de cultura. 3.2. Legislação infraconstitucional. 3.3. Nova correlação de forças e papéis – definição de moderno paradigma de gestão da cultura . 3.3.1. Papel do Estado. 3.3.2. Papel do cidadão. 3.3.3. Papel da sociedade. 3.3.4. Papel da iniciativa privada.3.4. Modelo de desenvolvimento. 4. Alternativas metodológicas para a área de cultura. 4.1. Definição do objeto da política cultural: diagnóstico. Uniformidades. Exceções qualificadas. Avaliação compartilhada. Elemento urbano como referência. 4.2. Mecanismos de instrumentalização da política de cultura e diretrizes de planejamento. 4.3. Competência da União, dos Estados e do Distrito Federal e fragilidade da posição do Município. 4.4. Esforço construtivo de novas soluções.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, tradicionalmente, a política pública de cultura esteve centralizada na esfera da União, encarregada da disciplina normativa e da execução das ações mais importantes nessa seara. A estrutura federal conformava simetricamente a burocracia do Estado-Membro, responsável pela implementação de alguns projetos em nível intermediário, por delegação. Além desse traço centralizador, de simetria e superposição de órgãos e entidades, que vulnerava a noção de federalismo, outras condicionantes limitavam a concepção e a implementação daquela política setorial.

O conceito de cultura balizava um apertado campo de interesse, em que se privilegiava o patrimônio cultural traduzido pelas manifestações

Maria Coeli Simões Pires é Mestre em Direito Administrativo, Professora assistente de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UFMG e Procuradora da Assembléia Legislativa de Minas Gerais.

eruditas e marcado pela valorização exacerbada de exemplares ou conjuntos arquitetônicos, em versão restrita e elitista, que, por sua vez, levava à negação da pluralidade de culturas. Só paulatinamente, o conceito evoluiu, para abranger as manifestações populares e a cultura de massa, ampliando-se, ao mesmo tempo, a visão do patrimônio, que passou a incluir os bens imateriais.

De outro lado, a ideologia estatizante determinava a filosofia paternalista da política de proteção, assinalada pela prevalência do sistema normativo estatal, da unilateralidade das ações públicas, pela conformação da cultura de acordo com as tendências do pensamento dominante dos decisores, pela manipulação, no processo artificial e excludente de construção da memória, mediante imposição de valores e representações, enfim, por um ideário preservacionista definido por grupos hegemônicos e sustentado pelo Estado por meio de doutrinas legitimadoras, visando à consolidação do Estado-Nação. Os rumos da política desenvolvida pelo SPHAN até a década de setenta, centrada nos valores do Brasil Colonial (barroco e bandeirismo), e, depois, na filosofia dos movimentos modernistas, corroboram essa afirmação.

Assim, prevaleceu a política centralizadora e unilateral, tendo o poder público como instrumento quase singular de preservação, desde 1937, o instituto do tombamento, cuja utilização se dirigiu ao objeto delimitado e identificado segundo aquela ótica ideológica.

2. Novas condicionantes ideológicas, jurídicas e administrativas das políticas públicas

No plano político, o processo de redemocratização do País levou à construção de uma nova relação Estado-sociedade, cuja lógica passou a incorporar, sobretudo, o respeito à cidadania, a prevalência do pluralismo de convicções e crenças e a legitimidade dos grupos intermediários. Nesse contexto, intensificaram-se as discussões em torno do papel do Estado, do modelo federativo, da desmistificação do perfil da máquina pública, da necessidade de descentralização da concepção e da gestão de políticas públicas, e rompeu-se com o antagonismo à emergência e consolidação de núcleos organizados da sociedade civil.

No plano jurídico, repercutiram as alterações ocorridas em sede política, com a positivação de novos valores e regras concertadas sob parâmetros de modernas experiências e novo clima de convivência. Instrumentalizaram-se direitos sociais, coletivos e difusos, por meio de mecanismos de garantia de sua efetividade.

A Constituição de 1988 traz avanços importantes. Apreendendo as linhas do cenário nacional, acolhe as conquistas políticas e o progresso empreendido pelo direito ordinário, além de consagrar novidades, e, mesmo sem uma perfeita interpretação das tendências mundiais verificadas a partir da *Perestroika*, de Gorbachev, e dos grandes programas de modernização (de Deng Xiaoping), apropria idéias relevantes. Altera a repartição de competências, fortalece o poder de intervenção estatal sobre a propriedade e dá densidade e conseqüência ao princípio da função social. No campo da administração, porém, a Carta retrata uma errônea visão da burocracia estatal, de um corpo coerente, adaptado ao espaço a ele reservado nos dias atuais, em toda sua extensão, e dotado de autonomia orgânica e funcional. Uma máquina pacificada sob as luzes de nobilíssimos princípios e revitalizada de suas múltiplas escleroses pelas diretrizes de participação, de inspiração democrática, como se aquela estivesse infensa à crise geral de identidade do setor público e à crítica universal à gestão administrativa, em especial. Concebe formalmente uma identidade democrática, mas mantém intocável a filosofia autoritária de resistência, de *burocratismo*, de formalismo; projeta uma imagem de administração mediadora, não obstante guarde resíduos de centralismo e de unilateralidade decisória do poder público.

A análise das resistências aos processos de mudança é feita de forma primorosa pela administrativista Professora Odete Medauar, cujas formulações, de leitura obrigatória para os estudiosos de políticas públicas, estão desenvolvidas em sua obra *O Direito Administrativo em Evolução*, que tem como inspiração o direito italiano. Colhe-se de seu trabalho a seguinte síntese:

> "A administração mantém-se no passado, afetada pelo poder de inércia do condicionamento cultural, imobilizada, opondo resistência a mudanças. Parece que, estruturada no século XIX, conservando algumas práticas do absolutismo, até agora não se desvencilhou dos resíduos dessas práticas, apesar da concepção de democracia, respeito aos direitos individuais e Estado de direito que deveria informar sua atividade. Diz-se, então, que um dos grandes problemas da administração pública está na busca de identidade democrática".

3. Condicionantes específicas na área de cultura

3.1. Condicionantes decorrentes da nova ordem constitucional

Particularmente na seara da cultura, a Constituição, apesar de conservar a primazia da União, atenua o traço centralizador de competência no âmbito federal, pela repartição concorrente e, com relação à concepção de conteúdo, assimila soluções experimentadas, com sucesso, pelo direito luso, como o alargamento dos conceitos de cultura, de preservação, pressupondo o entendimento de que se deve preservar a identidade de forma viva, dinâmica e abrangente, de modo que a cultura seja consumida em permanente processo de realimentação da memória.

Com efeito, no tocante às inovações que convergem para esse campo específico, deve-se frisar que a Carta Magna tonifica o conceito de cultura, ao agregar-lhe o caráter básico de direito social. Por sua vez, o direito à cultura, segundo os ditames constitucionais, traduz-se pela garantia de acesso do cidadão às fontes de cultura e aos processos de sua criação, seja para fruição dos benefícios, seja para interferência como agente criador. A versão do referido conceito e o conteúdo do direito mencionado devem delinear o contorno do papel do Estado, que se pode traduzir na obrigação de apoio ao desenvolvimento da produção, da divulgação e da circulação dos bens da cultura, como agente propulsor, mediador, responsável por prestações positivas, regulatórias ou limitativas, em processo democrático de afirmação da pluralidade cultural.

A Constituição da República, nos artigos 215 e 216, a par de flexibilizar a noção de cultura e de preservação, de alargar a abrangência do patrimônio cultural, para abrigar as manifestações imaterializadas que testemunham culturas, mentalidades e vínculos, traça uma moldura qualitativa da política pública aludida por meio do arranjo dos seguintes princípios: diversidade sócio-cultural, acessibilidade, liberdade, participação da comunidade, pluralidade de formas de proteção e acautelamento, democratização dos benefícios, incentivo à produção e ao conhecimento de bens e valores culturais, continuidade e unidade histórico-cultural do ambiente urbano. Estabelece de forma expressa a dimensão social do direito aos bens da cultura, em construção de extremo significado.

A Constituição mineira de 1989, reprisando esses princípios, a eles acrescenta o da regionalização, dando realce, entretanto, à preocupação com o desenvolvimento do sentimento de pertinência à comunidade mineira e com a identidade cultural do Estado, respeitada a diversidade (arts. 2º, XI e 207 da CE/MG).

Outros dispositivos constitucionais completam a moldura do quadro de atuação estatal nessa seara, seja estabelecendo as competências dos entes da Federação, seja tracejando diretrizes específicas para elaboração e execução da política pública de cultura ou, ainda, indicando pontos de conexão com outras.

3.1.1. Resenha das normas constitucionais balizadoras da política pública de cultura

Apresenta-se, a seguir, o conjunto de princípios, diretrizes e limitações, com os respectivos dispositivos da Constituição da República de 1988 e da Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, aplicáveis à matéria:

a) da Constituição da República

– *Princípio da continuidade e da unidade histórico-cultural do ambiente urbano* (art.18, § 4º, CF).

– *Competência executiva* comum à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal para medidas de proteção (art.23, III, CF).

Município (art.30, IX, CF).

– *Competência no âmbito da legislação concorrente* – União, Estados e Distrito Federal (art.24, VII, VIII e IX, CF).

– *Competência suplementar* dos Estados (art. 24, §§ 1º e 2º, CF).

– *Limitações ao poder de tributar* (art. 150, V, CF).

– *Compatibilidade dos planos* (art. 165, § 4º, CF).

– *Cultura como direito social*

– *Definição do papel do Estado*

– *Abrangência do patrimônio cultural* (material e imaterial)

– *Princípios*:

Diversidade sócio-cultural

Acessibilidade

Liberdade

Participação da comunidade

Pluralidade de formas de proteção e acautelamento

Incentivos à produção e ao conhecimento

de bens e valores culturais (arts. 215 e 216).

– *Princípios aplicáveis à Comunicação Social no tocante à cultura*

Produção e programação das emissoras de rádio e televisão (art. 221, I, II, III);

b) da Constituição do Estado de Minas Gerais

– *Objetivos do Estado* – Desenvolvimento do sentimento de pertinência e da identidade cultural (art. 2º, XI, CE).

– *Competência no âmbito da legislação concorrente* – Estado e União (art. 10, XV, *g*, *h* e *i*, CE).

– *Competência executiva* – Estado (art. 10, IV, CE) Comum Estado, União e Município (art. II, III, IV e V, CE).

– *Objetivos dos Municípios* (art. 166, V, CE).

– *Competência legislativa dos Municípios*, em caráter regulamentar (art. 171, II, *c*, CE).

– Conteúdo complementar de ensino fundamental (art. 200, CE).

– *Diretrizes* da política de cultura (art. 207, CE).

– Fundo (art.207, § 2º, CE).

– *Patrimônio cultural* – bens materiais e imateriais (art. 208, CE).

– *Instrumentos de proteção ao patrimônio cultural* (art. 209, CE).

– *Plano permanente* (parágrafo único do art. 209, CE).

– *Datas relevantes para a cultura* (art. 210, CE).

– *Mecanismos de acesso da criança e do adolescente à cultura* (art. 222, CE).

– *Turismo como atividade econômica e forma de promoção social e cultural* (art. 242, CE).

– Política de turismo (art. 243, IV, VI, IX, CE).

– *Assistência a Municípios na elaboração do plano-diretor* (art. 245, § 1º, II e III, e § 2º, CE).

– *Exploração compatível de recursos hídricos e minerais* do Estado (art.251, CE).

– *Hino* oficial do Estado (art.5º – ADCT – CE).

– *Programa de emergência* (art.83 – ADCT – CE).

3.2. Legislação infraconstitucional

Devem ser considerados, ainda, os comandos legais de nível infraconstitucional que disciplinam institutos e instrumentalizam ações na área da cultura, registrando-se como documento mais importante, no âmbito da legislação federal, o Decreto-Lei nº 25, de 30.11.37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Registrem-se nesse plano: Decreto-Lei nº 3.866, de 29.11.41 – Dispõe sobre cancelamento de tombamento; Lei nº 3.924, de 26.7.61 – Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos; Lei nº 4.717, de 29.11.65 (ação popular); Lei nº 7.347, de 24.7.85 (ação civil pública); Decreto nº 92.302, de 16.1.86 (Fundo de reconstituição de bens lesados); Lei nº 8.029, de 12.4.90 (Extinção e dissolução de entidades da administração pública federal); Decreto nº 99.492, de 30.9.90 – Constitui as fundações Instituto Brasileiro de Arte e Cultura – IBAC, Biblioteca Nacional – BN e a autarquia federal Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural – IBPC; Decreto nº 99.602, de 13.10.90 – Aprova a estrutura regimental do Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural e dá outras providências; Lei nº 8.113, de 12.12.90 – Dispõe sobre a natureza jurídica do Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural – IBPC e da Biblioteca Nacional.

Os Estados e Municípios dispõem de legislação própria sobre a matéria.

No caso de Minas Gerais, além do expandido tratamento constitucional, no plano infraconstitucional o tema é objeto de extensa legislação, na qual merece realce a Lei nº 11.726, de 30 de dezembro de 1994, que, em 85 artigos, dispõe sobre a política cultural do Estado de Minas Gerais, pelo seu conteúdo, abrangência e, sobretudo, pelo processo participativo de sua elaboração.

Apresenta-se, em ordem cronológica, as principais referências da legislação do Estado de Minas Gerais, incluídas as de alguns atos normativos de caráter interno, que, em razão da inovação que traduzem, podem ser pesquisados como precedentes:

Lei nº 5.664, de 29 de abril de 1971 – Cria o Museu do Ferro;

Lei nº 5.741, de 8 de julho de 1971 – Dispõe sobre a proteção especial de documentos, obras e locais de valor histórico e artístico, monumentos, paisagens naturais e jazidas arqueológicas, pelo Estado, e contém outras providências;

Lei nº 5.775, de 30 de setembro de 1971 – Autoriza o Poder Executivo a instituir, sob forma de fundação, o Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico (IEPHA/MG) e dá outras providências;

Lei nº 6.501, de 5 de dezembro de 1974 – Dá nova redação ao art. 6º da Lei nº 5.775, de 30 de

setembro de 1971;

Lei nº 8.502, de 19 de dezembro de 1983 – Institui o Conselho Estadual de Cultura;

Lei nº 8.828, de 5 de junho de 1985 – Altera dispositivos da Lei nº 5.775, de 30 de setembro de 1971;

Decreto nº 26.193, de 24 de setembro de 1986 – Aprova o Estatuto do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – IEPHA/MG;

Resolução da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, de 3 de julho de 1991 – Institui o Espaço Político-Cultural da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais e dá outras providências;

Deliberação da Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais nº 716, de 4 de dezembro de 1991 – Regulamenta a Utilização do Espaço Político-Cultural da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais;

Lei nº 10.726, de 12 de maio de 1992 – Estabelece os limites da área de conservação do Pico do Itabirito e dá outras providências;

Decreto nº 33.825, de 5 de agosto de 1992 – Institui o prêmio anual "Grande Otelo", de texto para teatro, e dá outras providências;

Deliberação da Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais nº 846, de 11 de março de 1993 – Regulamenta a utilização do Espaço Político-Cultural da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais;

Lei nº 11.258, de 28 de outubro de 1993 – Reorganiza o Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – IEPHA/MG e dá outras providências;

Lei nº 11.484, de 10 de junho de 1994 – Organiza o Conselho Estadual de Cultura e dá outras providências;

Lei nº 11.714, de 26 de dezembro de 1994 – Dispõe sobre a reestruturação da Secretaria do Estado da Cultura de Minas Gerais e dá outras providências;

Lei nº 11.726, de 30 de dezembro de 1994 – Dispõe sobre a Política Cultural do Estado de Minas Gerais; e

Lei nº 11. 942, de 16 de outubro de 1995 – Assegura a entidades que menciona o direito à utilização do espaço físico das unidades de ensino estaduais e dá outras providências.

O Município de Belo Horizonte, por meio de sua Lei Orgânica, adota disciplina que guarda similaridade com a definida na Carta Estadual e dispõe, ainda, sobre a matéria em legislação específica, em que se destaca a Lei nº 3.802, de 6 de julho de 1984.

Registra-se, também, o quadro de referências legislativas na área de cultura do Município de Belo Horizonte:

Lei nº 3.640, de 8 de novembro de 1983 – Institui incentivos fiscal e construtivo para a preservação de imóveis tombados, pelos órgãos de proteção do Patrimônio Histórico e Artístico;

Lei nº 3.802, de 6 de julho de 1984 – Organiza a Proteção do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte;

Decreto nº 5.531, de 17 de dezembro de 1986 – Regimento Interno do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte;

Decreto nº 6.337, de 21 de setembro de 1989 – Dispõe sobre a composição de Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte; e

Decreto nº 6.441, de 21 de dezembro de 1989 – Aprova alterações no Regimento Interno do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte, a que se refere o Decreto nº 5.531, de dezembro de 1986.

3.3. Nova correlação de forças e papéis – definição de moderno paradigma de gestão da cultura

É forçoso, entretanto, reconhecer que a legislação não preenche satisfatoriamente a moldura constitucional assinalada para o desenvolvimento de uma moderna política de cultura; antes, regulamenta institutos, sem delinear suficientemente o novo paradigma de gestão da cultura que se vislumbra, ressalvadas iniciativas louváveis de alguns Estados e Municípios.

Eis a razão pela qual a concepção de uma nova estratégia de gestão para o setor pressupõe – a par de uma análise do comportamento das pessoas em face das normas existentes e da ação protetora do Estado, com vistas a avaliar o nível de assimilação da disciplina jurídica da cultura pelo Estado e pela sociedade – a indicação de novas alternativas legislativas, menos como resultado do processo de ideação e mais como fruto de discussão levada a cabo entre os potenciais agentes da cultura: Estado

– sociedade – cidadão – iniciativa privada.

Esse cenário de redefinição de papéis, de relações e de responsabilidades, de consenso quanto à decadência do modelo centralizador, de alteração dos rumos do planejamento, com nítidos sinais de inversão da lógica e da dinâmica até então prevalecentes, de perspectivas de horizontalidade na relação administração–administrado é, sem dúvida, marcado pelas perplexidades da transição. Por isso mesmo, aqueles que se propõem a colaborar na concepção de uma política pública não podem perder de vista o cenário da circunstância, mas devem desenvolver um sério esforço no sentido de viabilizar um novo modelo legislativo ou administrativo, compatível com a realidade de inúmeros núcleos públicos de interesses, modelo esse que incorpore mecanismos capazes de neutralizar as resistências à mudança e de assegurar eficiência e eficácia em sua gestão pela adoção paulatina de práticas consensuais e conciliatórias.

Na área da cultura, em particular, devem ser identificados os vetores dos processos de produção, divulgação e fruição e colocados sob foco especial de interesse. Nesse campo, registra-se a potencial participação do Estado, da sociedade, do cidadão e da iniciativa privada. Há, portanto, uma nova correlação de forças e papéis, da qual não se pode abstrair.

3.3.1. Papel do Estado

Com detença no papel do Estado, verificam-se como suas competências: o estabelecimento do sistema normativo; o planejamento e a gestão da política pública de cultura, mediante instrumentos adequados de proteção preventiva e curativa de bens e valores culturais; o oferecimento de prestações positivas diversas; a garantia da efetividade dos direitos culturais, sociais, coletivos, ou difusos, principalmente por meio da ação do Ministério Público, como instituição de defesa da sociedade e, em especial, do patrimônio cultural e o exercício do poder de polícia, por meio de limitações de variadas espécies.

O Estado, ao cumprir seu papel, há de objetivar ações que promovam o acesso do cidadão às fontes de produção da cultura, mediante apoio, incentivo e divulgação dos conhecimentos e das tecnologias, para o pleno desenvolvimento daquela; a participação dos cidadãos nos processo de criação, com possibilidade de ampla fruição dos benefícios da cultura; respostas atentas às imposições do interesse público mediante a aplicação do poder de polícia ou oportuna prestação jurisdicional, quando for o caso.

Não é demais ressaltar que o Estado democrático de direito, no exercício de sua missão, não pode excluir a participação da sociedade; ao revés, evoca o concurso dos cidadãos e dos núcleos intermediários, que devem encontrar abrigo nos processos de elaboração legislativa, de planejamento e de execução da política pública, assegurando-se-lhes a necessária correspondência em termos de legitimidade processual.

Vê-se, pois, que a latitude do papel do Estado não pode mais justificar a criação de uma cultura artificial, imposta à sociedade. Daí ser urgente repensar, sobretudo, o processo de formação da memória, com vistas a afastar o poder público da posição de responsável pelo enquadramento da mesma e colocá-lo como elemento suporte, capaz de despertar a percepção popular, de dar maior comunicabilidade às questões do patrimônio, de criar cenários em que se possam desenvolver os processos de negociação e seleção das memórias diversas, de modo que se dê lugar à emergência da identidade coletiva.

Para esse mister, devem concorrer, entre outros fatores, os seguintes: vontade política e envolvimento da sociedade; aprofundamento da discussão sobre valores e representações; adequada alocação de recursos humanos e financeiros; aplicação de métodos e conhecimentos próprios para descoberta, conhecimento, interpretação e divulgação das referências, entre outras medidas.

3.3.2. Papel do cidadão

De outro lado, o cidadão há de ser visto como sujeito (agente) e como destinatário (consumidor). Na primeira condição, a ele se deve reservar espaço para interferência nos processos de criação, ou seja, não se lhe pode negar o direito de produzir cultura; na segunda, como destinatário, é necessário que se lhe preserve o direito de acesso às fontes de cultura e se lhe dê estímulo à apropriação dos benefícios, mediante processo permanente de internalização de valores e assimilação da identidade cultural.

3.3.3. Papel da sociedade

A sociedade, principalmente por meio das

Organizações não-Governamentais – ONGs, tem como papéis principais, na seara da cultura: a conscientização acerca dos valores específicos; a participação na política pública em todas as suas fases; a consolidação da pluralidade de ordenamentos jurídicos internos e a integração do segmento com o poder público. Essa participação da comunidade faz-se em duas vertentes: a da produção e a do consumo, com o que se constrói uma memória mais autêntica e dinâmica, definindo-se a identidade a partir das tendências e preferências concertadas.

O planejamento há de denotar, assim, preocupação do poder público em abrir espaços às manifestações patrocinadas pelas entidades; em democratizar o mercado, com vistas a abranger os consumidores potenciais; em intensificar a colaboração dos segmentos da sociedade civil e da iniciativa privada e em apoiar as entidades com capacidade institucional de alavancagem de recursos e de sua correta aplicação. Para isso, podem ser adotados mecanismos como: audiências públicas, cooperação técnica para a organização dos produtores e dos consumidores, integração de representantes da sociedade em conselhos de caráter deliberativo, apoio das ONGs e outros mecanismos e estratégias que possam garantir a definição de satisfatório conjunto de instrumentos de gestão, informados pelos modernos vetores, que direcionam no sentido da cumplicidade – sem promiscuidade – entre as esferas pública e privada.

Sabe-se que em nações mais pobres e menos atentas às questões culturais, costuma-se atribuir ao Estado o papel primordial, como que reconhecendo a inércia da sociedade para integrar o processo de formação de sua cultura e exercer a tutela sobre os bens do patrimônio, enquanto nos países avançados, destaca-se a ação da coletividade como o principal indicador de desenvolvimento cultural e de preservação do patrimônio histórico e artístico. Na França, por exemplo, registra-se tendência à descentralização da atividade de proteção aos monumentos e ao envolvimento das coletividades locais nos empreendimentos estatais de conservação e salvaguarda dos monumentos e sítios artísticos, históricos, científicos, legendários e pitorescos, o que é estimulado pelos centros de estudos e pelos Conselhos; na antiga União Soviética, assegurava-se aos cidadãos o engajamento no processo de proteção, mediante a integração nos Conselhos e comitês executivos e a mobilização de sindicatos, organizações e associações; no sistema da "Metrópole", onde podem ser detectadas as raízes do disciplinamento de nossa cultura, invoca-se a ação conjunta do Estado, dos cidadãos e dos agentes culturais, e nos sistemas de proteção dos vizinhos países latino-americanos, inseridos em realidade sócio-econômica similar à nossa, destaca-se, por exemplo, a Argentina, em que há nítida preocupação com o processo de civilização, compreendendo o progresso material e o moral, campo em que as universidades exercem regularmente influência, por meio do estudo da literatura, da história, do folclore e do desenvolvimento da cultura.

Entre nós, é de se ver com bons olhos o esforço mais recente de organização da sociedade para efetivação dos valores culturais, embora seja forçoso advertir que, pelo caráter vital do meio ambiente, maiores avanços de organização civil estejam voltados para a aludida área, sem um espaço mais significativo no campo cultural.

3.3.4. Papel da iniciativa privada

Por fim, é preciso, ainda, identificar o papel da iniciativa privada.

Em face das tendências dominantes de parceria entre os setores público e privado, compreende-se que a eficácia de uma política de cultura se construa, também, sobre as bases da cooperação, para o que é fundamental a capacidade do poder público de descobrir os interlocutores e os parceiros potenciais adequados, os quais possam compartilhar as responsabilidades, apontar alternativas para a área e viabilizá-las. As parcerias podem ser garantidas por meio de um conjunto articulado de medidas de planejamento e de execução, de mecanismos compensatórios, sejam fiscais, extrafiscais ou administrativos, que possam estimular investimentos privados.

3.4. Modelo de desenvolvimento

Considerando que a política de cultura envolve relações que tangenciam os níveis político e econômico, deve-se ter em conta a necessidade de trabalhar a *interface* da mesma com as questões do desenvolvimento e de sua ideologia. Para esse mister, o primeiro passo é a identificação do próprio modelo de desenvolvimento, para, na seqüência, tentar-se situar sua interferência nos padrões culturais e, se possível, nele intervir, com o propósito de mudança.

Nessa análise, percebe-se um modelo mar-

cado por fortes resquícios de uma visão periférica, oligárquica e excludente, sendo que a ruptura dessa linha de sustentação do desenvolvimento pressupõe uma nova dialética nas relações sociais, o abandono da postura elitista, que se move pela ideologia da dominação, para assimilar um novo traço, uma nova noção de progresso, principalmente nesse momento em que se verifica a crise da renovação industrial, da ruptura com a tradição, do primado da obsolescência, da concepção utilitarista, do consumismo, do crítico e monopolizador processo de apropriação do espaço urbano e dos benefícios da civilização. Como respostas às disfunções da propriedade urbana, é de se salientar que o princípio da função social ganha praticidade na alavancagem de instrumentos urbanísticos capazes de mudar a fisionomia da cidade, e que podem ser aplicados conjugadamente com aqueles próprios da política de cultura.

Torna-se necessário, pois, um novo direcionamento do desenvolvimento, o que, no plano da cultura, repercutirá na efetividade da liberdade de crenças e convicções, e do respeito ao pluralismo ideológico. A liberdade e o pluralismo garantem, por sua vez, o resgate da identidade por meio de arranjo sucessivo e autêntico da memória coletiva.

Especificamente no tocante à relação entre desenvolvimento e cultura, faz-se mister, também, que se quebre o binômio negativo preservação-estagnação, abandonando-se a concepção estético-monumental da proteção, para colocá-la a serviço da comunidade, mediante alternativas de interpretação, revitalização, renovação e reabilitação do patrimônio cultural.

4. Alternativas metodológicas para a área da cultura

4.1. Definição do objeto da política cultural. Diagnóstico. Uniformidades. Exceções qualificadas. Avaliação compartilhada. Elemento urbano como referência

Feita essa reflexão, busca-se prosseguir, tentando estabelecer, a partir das condicionantes registradas e da experiência recente do Estado de Minas Gerais, sem olvidar os princípios da diversidade sócio-cultural, da pluralidade de manifestações, da liberdade, da autonomia, da democracia e da descentralização, uma alternativa metodológica para definição do que deva ser objeto de atenção da política aludida, especialmente no campo da cultura de caráter não-monumental.

Inicialmente, cabe ao poder público elaborar o "diagnóstico" da cultura no Estado, incorporando a ele, sem preconceitos, todas as manifestações culturais detectadas e respectivas ambiências. Essas manifestações são espacialmente localizadas nas possíveis regiões, traçadas segundo as delimitações preliminares, para efeito do planejamento e da execução de políticas culturais do Estado. Tal diagnóstico deve ser levado a cabo mediante processo integrado, para que possa permitir uma visão global do ambiente cultural e das manifestações que acolhe.

A análise, ainda que superficial, desse universo permite a constatação de manifestações que são recorrentes em várias regiões ou até mesmo em todas elas: as uniformidades dentro da pluralidade cultural. Essas uniformidades constituem-se em objeto natural de políticas culturais por parte do poder público.

Tratadas as "uniformidades culturais", remanescem, ainda, as "exceções qualificadas" em um campo mais complexo de atuação do poder público. Correspondem àquelas manifestações que, embora possam escapar ao gosto e à preferência das comunidades locais, se revestem de qualidades, de traços inovadores, que as qualificam e especializam, cabendo ao Estado detectá-las. É interessante promover-se a discussão dessas situações no âmbito das regiões, como forma de sua assimilação, organizando-se eventos que possibilitem a divulgação das manifestações e a livre expressão de opinião por parte dos consumidores e dos agentes culturais locais. De outro lado, essas "exceções qualificadas" devem ser atraídas para os grandes centros, para divulgação e estímulo à criação.

As ações acima alinhavadas, relativas às uniformidades e às exceções, podem ser colocadas, portanto, num caminho único, que o poder público e a comunidade trilham, lado a lado, na tentativa de apoio aos talentos e valores internos, que poderão ganhar o reconhecimento em esferas mais abrangentes da crítica.

Há de se ressaltar, ainda, que um dos problemas mais instigantes na elaboração das políticas e na seleção e priorização de seus clientes diretos ou indiretos é a definição da qualidade da manifestação. O Estado não pode correr o risco de se arvorar em definidor por excelência da qualidade. Essa avaliação deve ser compartilhada com a comunidade local, em diferentes instâncias: conselhos municipais de cultura, fóruns microrregionais, pólos culturais, concur-

sos regionais ou estaduais, promoções em parceria com entidades não-governamentais de cunho cultural e com a iniciativa privada. Essa "qualificação compartilhada" passará pelo crivo do mercado. Neste, provavelmente, muitas áreas serão aceitas e passarão a ter vida própria, entrando na luta cotidiana pela manutenção e renovação de sua vitalidade, enfim, pela sua conseqüente permanência.

Na definição do objeto da política pública de cultura urbana, são de vital importância, também, a percepção do elemento urbano e seu adequado tratamento enquanto referência para construção da memória, devendo ser tratadas as alternativas de identificação, delimitação, proteção e revitalização de marcos, referências e espaços da cidade. Nesse sentido, pesquisas para melhor compreensão do "imaginário" das comunidades são fundamentais, apoiando, pois, o processo de delimitação do campo de incidência das ações como um todo, na perspectiva de resgatar ambiências, consolidar os pólos de atividades culturais e não apenas preservar exemplares e conjuntos arquitetônicos de valor histórico e cultural.

4.2. Mecanismos de instrumentalização da política de cultura e diretrizes de planejamento

Alinhavadas essas considerações sobre a metodologia de delimitação do objeto da política aludida, torna-se necessário delinear os mecanismos disponíveis para a viabilização de ações do poder público no campo da cultura. Nesse sentido, verifica-se que a Constituição Federal, no art. 216, § 1º, já indica caminhos alternativos para a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro, em colaboração com a comunidade. Consagra, em rol exemplificativo, instrumentos como inventário, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, deixando ao poder público flexibilidade quanto a outras formas de acautelamento e preservação.

Conhecidos os instrumentos, a grande dificuldade reside na escolha daquele cujo regime deva ter aplicação no caso concreto. Alguns mecanismos visam à cultura como um todo, outros dirigem-se a extratos desse campo, enquanto alguns institutos têm caráter extraordinário, seja em razão da grande afetação que impõem aos bens, seja em razão da incompatibilidade da relação custo-benefício, considerada sua aplicação e a restrita apropriação do resultado pela sociedade, seja, ainda, em virtude da ameaça de sua ineficácia. Torna-se, pois, crucial responder à indagação referente ao instrumento a ser adotado em face das especificidades do objeto e das circunstâncias em que ele se insere. Em outras palavras, escolher o instrumento ou o regime de intervenção mais adequado ao caso concreto.

Superadas as fases de pesquisa, de estudos, de sensibilização e discussões preliminares, etapas preparatórias, busca-se desenvolver o planejamento propriamente dito, em linha democrática, para que nele possa haver a convergência de todos os esforços dos diferentes agentes potenciais. Atenção especial deve ser dada à integração da política específica com as correlatas, atrelando-se medidas legislativas, de execução e de controle, se possível, em sistema incremental, para aperfeiçoamento e adaptação permanentes. Imprescindível, ainda, a adequação das ações propostas ao âmbito de competência do ente responsável.

4.3. Competência da União, dos Estados e do Distrito Federal e fragilidade da posição do Município

Importa situar, ainda que ligeiramente, a competência especificamente referida à cultura e aquela atinente às questões do urbanismo pela relação estreita das duas temáticas.

> A Constituição de 1988 insere a competência legislativa da União, dos Estados e do Distrito Federal em matéria de proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, paisagístico e de direito urbanístico no âmbito da legislação concorrente (art. 24, I e VII). Complementa o comando com as regras dos parágrafos:
>
> "§ 1º – No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
>
> § 2º – A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
>
> § 3º – Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
>
> § 4º – A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário".

O Professor Raul Machado Horta assinala, em síntese magistral, a importância e o acerto

da construção da "repartição concorrente", do "quarto plano da repartição de competência", ocupado pela "competência de legislação concorrente da União, dos Estados e Municípios":

> "A legislação concorrente, que amplia a competência legislativa dos Estados, retirando-a da indigência em que a deixou a pletórica legislação federal no domínio dos poderes enumerados, se incumbirá do aperfeiçoamento da legislação estadual às peculiaridades locais, de forma a superar a uniformização simétrica da legislação federal".

Contudo, importa assinalar que a repartição concorrente, assentada na primazia da União, estabelece um condomínio de poderes dos entes políticos – com exclusão do Município -, em que todos ficam, virtualmente, à mercê da União.

As matérias incluídas na repartição concorrente têm, pois, a primazia do interesse da União. Assim, a relativa à cultura, pela relevância da identidade nacional; assim, a relativa ao direito urbanístico, pela sua interferência na economia.

Especificamente no tocante à matéria urbanística, a opção constitucional de inseri-la no âmbito da legislação concorrente reflete a percepção da mudança do eixo de interesses no plano econômico. A economia agrária, sofrendo o impacto do crescimento das cidades, impulsionado pelo processo de industrialização, perde parte das atenções da União, que se dividem com o ambiente urbano, transformado em principal *locus* de riqueza. Isto parece estar latente na regra de competência que relativiza o poder dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal na seara urbanística.

Não contemplado no âmbito da legislação concorrente, resta ao Município, no campo da cultura e do direito urbanístico, tão-só, a competência para suplementar, no que couber, a legislação federal e a estadual (art. 30, II). Socorrem-no, ainda, as regras do art. 30, I, VIII e IX, que definem, respectivamente, competência para legislar sobre assuntos de interesse local e competência executiva para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo, e a proteção do patrimônio histórico-cultural local, neste caso, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual, isto é, o exercício da competência executiva ou legislativa suplementar do Município pressupõe a existência de normas estaduais ou federais. Prevêem-se, ainda, como competência executiva, agora em espaço comum à União, aos Estados e Municípios, as medidas do art. 23, III, IV, V, do que se deduz em favor desses entes políticos a competência legislativa de caráter instrumental.

Como se percebe, o nebuloso arranjo de competências legislativas relacionadas com a cultura e o direito urbanístico, na prática, deixa o poder concentrado na União, já que ao Estado só é permitido legislar de forma completa em situação de inércia do legislador federal e ao município não cabe espaço nesse condomínio de poderes, competindo-lhe legislar em caráter suplementar, no que couber, ou sob a proteção da regra do interesse local ou como decorrência da necessidade de instrumentalização de sua ação executiva.

Essa nebulosidade do texto constitucional desonera a União da obrigação de legislar sobre a matéria, já que sua omissão pode ser suprida pelo Estado, não obstante este não se veja estimulado a desenvolver uma disciplina legal de caráter virtualmente provisório. É que fica o legislador estadual, em caso de suprir a ausência de normas federais, sujeito a ver derrogada a legislação por incompatibilidade com lei federal superveniente, pelo que lhe resta como campo mais seguro e valioso o de suplementação de normas gerais da União, para atendimento às peculiaridades regionais.

Preciosa, sob todos os aspectos, a lição do Professor Raul Machado Horta é um alerta, um alento e um desafio:

> "A nova repartição de competências representa uma tentativa para superar o federalismo hegemônico que se implantou na Constituição Federal de 1946 e alcançou o seu apogeu na Constituição Federal de 1967 e suas emendas. Se a superação do federalismo hegemônico ocorrer, como é legítimo esperar que ocorra no funcionamento normativo da Constituição, a repartição de competências implantará o federalismo de equilíbrio, convertendo em realidade a concepção federal que a Constituição normativa modelou. A desejada convergência do normativo e do real, para assegurar a permanência estável da concepção constitucional, dependerá da comum obediência pela Federação e pelos Estados ao princípio da fidelidade federal, a *bundestreue*, ao qual a doutrina alemã confere relevo de princípio central na ordem constitucional federal".

Assim, do ponto de vista do exercício das competências, o caminho há de ser o da busca do equilíbrio e da desejada convergência propugnada pelo mestre.

4.4. Esforço construtivo de novas soluções

É, todavia, no âmbito do Estado e do Município que se tem verificado grande esforço de adoção de alternativas mais eficazes em relação à produção cultural, à formação da identidade, à preservação do patrimônio e à fruição dos benefícios, seja pela via da política legislativa, seja pelo caminho da conscientização e da mobilização dos cidadãos e do planejamento de ações cooperativas.

Exemplificativamente, apresentam-se alternativas: a) no plano legislativo – edição de leis específicas para a política pública de cultura; aperfeiçoamento da legislação sobre matéria urbanística; disciplinamento de transferência de potencial construtivo; criação de varas especializadas para o tratamento das questões relacionadas com interesses difusos; definição de estímulos fiscais; criação de *royalties* para compensação aos municípios de caráter histórico; b) no plano executivo – realização de inventários; desenvolvimento de projetos de memória oral; elaboração de documentários; organização de museus-escola; criação de oficinas de cultura; realização de concursos para projetos de revitalização; organização de agendas intermunicipais compartilhadas; criação de pólos culturais; promoção de fóruns técnicos; instituição de conselhos municipais de preservação do patrimônio histórico e cultural; desenvolvimento de novas técnicas de interpretação do patrimônio; elaboração de roteiros de caráter turístico e cultural; identificação de marcos urbanos de referência; utilização de convênios de cooperação urbanística para recuperação e revitalização de espaços para atividades culturais; viabilização de cooperação com a área acadêmica; manutenção de cursos de especialização; introdução da cultura como disciplina de programas escolares; tratamento específico em plano-diretor; iniciativas compartilhadas em nível microrregional; criação de áreas de preservação; delimitação de áreas envoltórias de bens tombados, entre outras soluções.

Nesse sentido, a política de preservação do patrimônio, antes sustentada, basicamente, pelo tombamento, vem agregando novos mecanismos. Há um certo consenso quanto à insuficiência desse tradicional instituto e a indicação clara no sentido de que seja ele suprido por meio de adaptação do sistema de sanções, pela modernização da interpretação dos preceitos legais atinentes e, principalmente, pela adoção de outros meios de tutela, incluídos os de direito urbanístico, pelos quais será possível intensificar o móvel de proteção cultural.

Por fim, é importante reiterar que as perspectivas da política de cultura sinalizam para uma nova concepção, que, paulatinamente, vem se consolidando num cenário mais aberto, mediante integração de múltiplos atores: Estado, cidadão, sociedade e iniciativa privada.

O grande desafio é buscar-se a exata medida da participação de cada um desses figurantes nesse espaço nitidamente público, mas nem sempre estatal.

Bibliografia

ALBANO, Celina Pinto. Anotações da Palestra proferida na Casa de Cultura de Paracatu – MG (inauguração do Pólo Cultural) 1994.

CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na Preservação de Bens Culturais: O tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DIAS, José Maria de Almeida. Debates sobre Políticas Públicas Municipais. SEAM/MG, 1994.

DUTRA, Heraldo Santos. Debate sobre Políticas Públicas. SEAM/MG,1994.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995, p. 418 e 422.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução.* SP: RT.

MILET, Vera. *A Teimosia das Pedras; um estudo sobre a preservação do patrimônio ambiental no Brasil*. Olinda; Prefeitura de Olinda, 1988.

MURTA, Stela Maris, e GOODEY, Brian. *Interpretação do patrimônio para o turismo sustentado – Um Guia*. Belo Horizonte/SEBRAE, 1995.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da Proteção ao Patrimônio Cultural.* Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.302/4 e 60 a 72.

Sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal

RÓBISON GONÇALVES DE CASTRO

SUMÁRIO

1. Determinantes da evolução do sistema. 2. Sistemas analisados. 2.1. SIADI. 2.2. ANGELA. 2.3. SIPRAR. 2.4. CLACON. 2.5. SIGAR. 3. Provável evolução dos sistemas informatizados da SRF. 4. Ambiente. 5. Outras observações. 5.1. Carência de recursos humanos. 5.2. Carência de equipamentos de processamento de dados. 5.3. Divergência SERPRO x SRF. 6. Conclusão.

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade apresentar aos leitores os principais sistemas informatizados utilizados pela Secretaria da Receita Federal – SRF. O autor acredita ser de extrema relevância o conhecimento do conteúdo desses sistemas por parte de parlamentares, dos encarregados do assessoramento técnico aos parlamentares, dos componentes do Tribunal de Contas da União e dos Sistemas de Controle Interno, bem como de todos aqueles técnicos que trabalham com planejamento, orçamento e tributação. Tais sistemas constituem-se em excelentes instrumentos para essas atividades, dada a quantidade, a qualidade e a tempestividade das informações que contêm.

A melhor análise sobre as informações referentes às receitas administradas pela SRF poderá incrementar sensivelmente a qualidade dos trabalhos de planejamento, de orçamentação e de controle. Possibilitará ainda uma melhor compreensão dos fluxos econômicos e financeiros da economia brasileira.

Obviamente, nem todos aqueles interessados poderão ter acesso irrestrito a todas as informações, em decorrência da necessidade de *sigilo fiscal*. Deve-se ressaltar, porém, que as

Róbison Gonçalves de Castro é Consultor-Geral de Orçamentos do Senado Federal.

receitas são *públicas*, provenientes de dinheiro dos *contribuintes*, e geridas pela *administração pública*. A tão propalada transparência das contas públicas (que ainda existe apenas nos discursos e normas, mas não na prática) não pode e não deve passar só pelo aspecto das despesas governamentais, deve também transitar na esfera das receitas públicas. Não podem, então, as informações contidas nos sistemas que passaremos a descrever ser de domínio exclusivo de um pequeno grupo de componentes de uma carreira do serviço público federal.

O texto tratará, inicialmente, dos fatores que oportunizaram a informatização da SRF. A seguir trará descrição sucinta dos sistemas mais importantes oriundos desse processo de automação. Posteriormente, relatará a provável evolução desses sistemas e informações técnicas sobre o ambiente onde operam. Prosseguirá fazendo algumas observações correlatas ao assunto em tela. Finalmente, ao concluir, trará algumas sugestões para melhor utilização desses instrumentos de administração pública.

1. Determinantes da evolução do sistema

Para melhor compreensão, far-se-á, inicialmente, breve relato sobre os eventos que determinaram a aceleração do processo de informatização das atividades de arrecadação de tributos administrados pela Receita Federal.

A Constituição Federal, ao ser promulgada em 1988, introduziu profundas alterações na partilha de recursos de impostos da União para os demais componentes da Federação. As normas para cálculo, entrega e controle da liberação desses recursos foram regulamentadas pela Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989. Nesse diploma legal foi estabelecida a entrega decendial dos recursos referentes aos fundos constitucionais de participação da seguinte forma: os recursos arrecadados no decêndio deveriam ser repassados a Estados e Municípios até o último dia do decêndio subseqüente. Eventuais atrasos acarretariam o pagamento de correção monetária.

Compelida pela necessidade de cumprir os prazos estabelecidos, a Receita Federal teria de solucionar o seguinte problema: como conseguir, sem perda da confiabilidade do sistema, que as receitas fossem contabilizadas e repassadas em prazo tão expedito? A solução encontrada adaptou-se a outro fenômeno conjuntural que ocorria no País no momento – o veloz processo de automação por que passava o sistema bancário.

Ocorreu, então, não só uma mudança de procedimento, mas de filosofia de ação. Tal processo redundou em profunda automação do sistema, bem como da descentralização para a rede arrecadadora de algumas tarefas antes realizadas pelo SERPRO. Os resultados desse processo podem ser observados pelos dados estatísticos descritos a seguir.

Em junho de 1991, 99,94% dos DARFs repassados pela rede arrecadadora ao Serviço de Processamento de Dados do Governo Federal – SERPRO, o eram sob a forma de papel e apenas 0,06% em meio magnético (fitas ou disquetes). Já em dezembro do mesmo ano esses percentuais haviam evoluído para 46,06% papel e 53,94% meio magnético. Em abril de 1992 atingiram 5,49% e 94,51%, respectivamente, e em maio de 1993, 0,41% e 99,59%. A evolução em termos de valor arrecadado é similar, tendo ocorrido ligeiramente mais rápido do que a acima relatada.

Se formos analisar em termos de DARFs a serem recuperados (processo de eliminação dos erros de DARFs que foram rejeitados e precisam ser corrigidos, às vezes tendo até que contatar o contribuinte), os resultados são ainda mais expressivos. De 746.549 DARFs recuperados em julho de 1991, que representavam 11,65% do total de documentos, evoluiu-se para 8.398 em maio de 1993, que representaram 0,16% do total. Isso significou uma diminuição considerável de trabalho e de desgaste junto ao contribuinte para a instituição.

Embora funcionem satisfatoriamente, os sistemas informatizados que apóiam o trabalho da Receita Federal possuem alguma deficiência quando se os analisa no que se refere ao funcionamento conjunto. Há uma série de sobreposições e duplicidades, algumas omissões e uma série de elementos complicadores que têm como principais decorrências:

– encarecimento do custo de operação e manutenção do sistema;

– diminuição do grau de segurança e confiabilidade dos sistemas;

– imposição de limitações e dificuldades aos trabalhos de previsão, análise e acompanhamento das receitas administradas pela Secretaria da Receita Federal;

– limitações quanto à tempestividade das informações disponíveis;

– necessidade da realização de trabalhos complementares em microcomputador com os

dados disponíveis nos sistemas, devido a limitações na geração de *outputs*.

Em que pesem as limitações acima descritas, pode-se verificar que os sistemas que o SERPRO disponibiliza à Receita Federal vêm atendendo às principais tarefas que a legislação demanda a essa instituição. Há eficácia no cumprimento das obrigações legais, porém com pouca eficiência, o que, em primeira análise, leva a deduzir que prejudique a eficácia institucional. São conhecidas por toda a sociedade brasileira as deficiências na atuação da fiscalização tributária. Os indícios de significativas deficiências em seus sistemas automatizados de informações podem ser indicadores de problemas operacionais de maior monta.

A seguir, passar-se-á a detalhar informações sobre os principais sistemas analisados no levantamento a que se refere este trabalho.

2. Sistemas analisados

A proposta deste trabalho é apresentar cinco sistemas da Receita Federal, todos integrantes da Rede SERPRO, de modo a indicar os de interesse do Senado Federal.

2.1. SIADI

O primeiro sistema que se apresenta, o Sistema de Arrecadação Diária – SIADI – processado *on line*, é bastante simples, sendo, porém, muito útil. Fornece a arrecadação bruta diária de todas as receitas arrecadadas por DARF, nos níveis elementar (código DARF) e agregado. O código agregado indica, por exemplo, o IPI e o código elementar discrimina IPI-fumo, o IPI-outros.

Combina-se o nível da receita (agregado ou elementar) com o nível de abrangência – Brasil, região fiscal ou delegacia. Por exemplo, pode-se desejar saber a arrecadação total da 5ª região fiscal no período, ou sua arrecadação do IRPF – carnê-leão e quotas de declaração.

Na tela, visualizam-se a arrecadação diária, nos três últimos decêndios e arrecadação acumulada no mês, contraposta à previsão da SRF. Podem ser recuperadas as arrecadações de até mais três decêndios.

Os únicos relatórios fornecidos são, exatamente, os que podem ser obtidos nas consultas no terminal, isto é, a combinação de receita, em nível elementar ou agregado, e nível de abrangência. Apurações especiais são processadas em *batch*.

O sistema é alimentado diariamente por fita magnética, com dados do CLACON. O SERPRO-São Paulo (FISAO) agrega os números fornecidos pelas 10 regiões fiscais (filiais SERPRO) antes que eles componham o agregado decendial do CLACON. Na verdade, o SIADI busca seus dados em nível mais elevado do que o do agregado decendial do CLACON e o da fita 50 do SIAFI, gerada pelo CONREC.

A grande vantagem do SIADI é fornecer informações (geradas pelo Sistema de Consolidação da Receita – CONREC) tempestivas, permitindo melhor administração do fluxo de caixa do Tesouro e facilitando o trabalho de acompanhamento e previsão das receitas arrecadadas por DARF.

A documentação do sistema e as normas de utilização e de Arrecadação – DIPAR, na COSAR. O suporte do sistema é feito pela FIRIO (Filial Rio de Janeiro do SERPRO).

São usuários: os servidores da SRF, notadamente os da COSAR e os diretamente envolvidos na atividade de previsão, nas delegacias e superintendências, a Secretaria de Orçamento Federal – SOF e a Secretaria de Política Econômica – SEPE.

2.2. ANGELA

O Sistema de Análise Gerencial de Arrecadação – ANGELA, constitui-se em um dos principais instrumentos de trabalho da Receita Federal, para acompanhamento e análise da arrecadação federal. Embora possua certas limitações (a consulta protocolada pode demorar até 24 horas, por exemplo), todos os servidores da SRF (usuários e responsáveis) concordam quanto à sua importância. A base de dados do ANGELA demora em torno de 3 dias para ser carregada. Devido a seu grande volume de informações, só é atualizado mensalmente.

Por ser antigo e possuir diversas rotinas que foram ao longo do tempo alteradas de forma não-sistêmica, o ANGELA praticamente deixou de ser sistema para se tornar um conjunto muito complexo de programas. Os próprios analistas receiam modificá-lo, pois uma simples alteração em alguma rotina poderia afetar as demais – se alguma delas não for verificada, o ANGELA pode parar de funcionar.

Possui seis níveis de abrangência:

a) geográfico – Brasil;

Estados;

Municípios;

b) organizacional – região fiscal;
delegacia;
unidade local;
c) econômico – setor econômico;
atividade econômica;
natureza jurídica;
ocupação principal;
grupo de ocupação;
natureza da ocupação;
d) contribuinte – empresa;
estabelecimento;
pessoa física;
e) acionária – grupo econômico (temporariamente desativado);
f) receita – código elementar ou SERPRO;
código Banco do Brasil;
agregações do sistema de arrecadação.

O ANGELA trabalha com os códigos elementar, agregado e do Banco do Brasil, das receitas tributárias (administradas pela Secretaria) ou não-tributárias (em geral, são não-administradas). Fornece, ainda, o histórico da arrecadação nos últimos 24 meses.

É possível fazer uma série de combinações entre os níveis de abrangência e a receita. Por exemplo:

1) verificar quanto a empresa X pagou de IRPJ nos Municípios Z;

2) verificar a arrecadação de todas as receitas administradas na 8ª Região Fiscal;

3) verificar a arrecadação de IPI por atividade econômica no Brasil;

4) verificar quanto a Delegacia de Santa Ifigênia arrecadou de contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas do estabelecimento da filial do Mappin, no Itaim.

É processado *on line*. A base de dados é gerada pela agregação mensal de dados do CLACON.

O suporte ao usuário é prestado pela DIPAR. O suporte do sistema é feito pela FIRIO.

2.3. SIPRAR

O Sistema de Previsão da Arrecadação é basicamente de um conjunto de planilhas de cálculo, no qual as delegacias, superintendências e a COSAR fazem a previsão gerencial da arrecadação das receitas administradas pela SRF. A COSAR, enquanto responsável pela previsão no órgão central, acessa às previsões dos outros níveis organizacionais, podendo alterá-las. Por sua vez, a superintendência pode alterar as previsões de suas delegacias. A delegacia só tem acesso às suas próprias informações.

O que o sistema faz é aplicar sobre uma base de dados (arrecadação dos meses do ano anterior) que pode ser corrigida – expurgando-se fatores transitórios, diferenças de calendário etc. – índices representativos dos efeitos das variações de *preço, quantidade, legislação e "ajustes"*. Como o SIPRAR trata de arrecadação em UFIR (ou outra moeda que o usuário desejar – dólar fiscal, valor nominal corrigido pelo INPC etc.), o efeito-preço representa a variação real de determinado preço frente à UFIR. Por hipótese, suponha-se que os preços praticados pela indústria do fumo serão 10% menores que a variação da UFIR, entre os meses de agosto e dezembro de 1993: logo, na coluna do efeito-preço aparecerá o índice 0,9% pelo qual será multiplicada a base, nos meses de agosto e dezembro.

As informações disponíveis limitam-se à previsão dos tributos, agregados ou não, nos níveis organizacionais Brasil, região fiscal e delegacia. O tributo pode ser desagregado até onde se fizer necessário. Assim, o IPI poderia ter as seguintes divisões: fumo, material de transporte, indústria química, indústria mecânica e outros. Ou então: fumo e outros. Depende da funcionalidade para o trabalho de previsão.

É processado *on line*. Não são feitas apurações especiais, pois não existe necessidade disso, devido à lógica intrínseca do processo de previsão.

Os únicos usuários são os funcionários da Receita que trabalham com previsão. O suporte do sistema, responsabilidade da FIRIO, é um pouco demorado, segundo os usuários.

Não existe previsão para modificação no curto e médio prazos.

2.4. CLACON

O Sistema de Classificação Contábil da Receita – CLACON, é o sistema responsável pelo processamento das informações fornecidas pela rede arrecadadora em meio magnético ou papel acerca do recebimento diário de DARFs. O CLACON fornece como *output* relatório (Listagem 88) contendo a arrecadação nacional das receitas administradas pela Receita Federal, classificadas nos códigos da SRF: DARF, contábil, e BB/STN, discriminados geograficamente (União, Estados e Municípios) e organizacio-

nalmente (SRF, regiões fiscais, delegacias). O CLACON também gera fitas com dados que serão agregados com outros para formar a base dos sistemas ANGELA e SIPLAR.

É um sistema processado em *batch*, no Centro de Treinamento de Informações – CTI, em São Paulo (FISAO).

2.5. SIGAR

Este sistema é o predecessor do SIADI. Foi criado visando fornecer dados sobre a arrecadação decendial. Com a evolução das atribuições da SRF, foi preciso criar o SIADI, cujas informações seriam disponibilizadas mais rapidamente. Assim, o SIGAR havia perdido muito de sua importância original.

Porém, o SIGAR passou a ter outro tratamento, objetivando: i) solucionar o atraso na liberação das informações, provocado pela centralização dos DARFs por parte da rede bancária; ii) apropriar os valores de retificação, incentivos fiscais e a arrecadação líquida por domicílio arrecadador; iii) evitar redundância nas informações sobre códigos elementares, códigos SIGAR e códigos SIPRAR, pois se utilizam da mesma tabela.

As informações gerenciais são captadas pelo mesmo processo que gera a Fita 50, e estão disponíveis no dia posterior ao da geração daquela fita.

A consulta do usuário é respondida em duas páginas: a primeira apresenta as informações acumuladas no mês e o período em referência e a segunda, o acumulado no ano até aquele período.

O SIGAR é similar ao SIADI em termos de níveis de abrangência. Suas vantagens são apresentar a arrecadação líquida, discriminando a retificação e os incentivos fiscais, e comparar com períodos anteriores. A desvantagem reside justamente no fato da sua base ser decendial, pois o SIADI fornece a arrecadação diária com uma defasagem em torno de 4 dias apenas, desde o pagamento pelo contribuinte na rede bancária arrecadadora.

3. Provável evolução dos sistemas informatizados da SRF

As limitações e problemas detectados nesse levantamento de auditoria não constituem novidades para os setores usuários. A Receita Federal está consciente dessas deficiências que, importante ressaltar, surgiram em virtude da rapidez com a qual os sistemas tiveram de ser obrigatoriamente desenvolvidos. À medida que as demandas e imposições surgiam, soluções tempestivas eram adotadas, do que decorreu a perda de qualidade de operação e manutenção.

Hoje, porém, como citado, os sistemas já atendem satisfatoriamente as principais obrigações legais, de sorte que a SRF intenta racionalizá-los. Encontra, no entanto, as seguintes dificuldades:

– Escassez de recursos humanos adequadamente qualificados para o trabalho tanto na SRF, como no SERPRO.

– Necessidade imperiosa de manter os sistemas atuais funcionando sem problemas e dentro dos limites cronológicos legalmente impostos.

– Imperativo de que, ao entrar em produção, o novo sistema funcione de forma ao menos tão eficaz quanto a do atual conjunto de sistemas.

Assim, fazendo uma rápida analogia, será necessário "trocar o motor com o automóvel funcionando", conforme depoimento do analista de sistemas da equipe da Filial Rio de Janeiro do SERPRO, responsável pelo atendimento aos usuários da Receita Federal.

Apesar dos obstáculos, os sistemas deverão ser racionalizados, já tendo a SRF encomendado ao SERPRO análise nesse sentido. A tendência é a fusão dos vários sistemas em apenas um, com diversos módulos. Tal solução é a principal alternativa estudada pela SRF, contando, porém, com bases de dados descentralizadas por região fiscal. Entende-se o acompanhamento desse processo de racionalização como atividade de relevo para este Tribunal.

4. Ambiente

Todos os sistemas abordados neste relatório são processados pelo SERPRO. Além do CTI, localizado em Osasco – SP, o SERPRO possui dez filiais distribuídas pelo País, coincidindo com as dez regiões fiscais da Receita Federal. O CTI armazena as principais bases de dados da Receita Federal e executa as rotinas mais importantes dos sistemas dessa entidade.

No CTI e em cada uma de suas filiais, o SERPRO possui pelo menos um computador de grande porte do padrão IBM com os sistemas operacionais VSE e MVS/VM. Estes *mainframes*

estão interligados através da Rede SERPRO, o que possibilita a troca de informações entre eles. A Rede SERPRO utiliza-se de um *netview* para interligar os diversos nós da rede e os *mainframes* ligam-se a esses nós através de *Transmition Control Units – TCUs.*

Os sistemas *on line* foram desenvolvidos na NATURAL/ADABAS e as rotinas *batch* necessárias à execução desses sistemas estão programados em COBOL (maioria) e PL/I (minoria).

Para se ter acesso aos sistemas da Receita Federal é necessário se conectar à Rede SERPRO, além da devida autorização para uso dos mesmos. Cabe ressaltar que este Tribunal já está conectado à Rede SERPRO, utilizando principalmente o SIAFI, faltando apenas a autorização da Secretaria da Receita Federal ao SERPRO para uso dos sistemas elencados levantados neste relatório.

5. Outras observações

5.1. Carência de recursos humanos

Foi constatado que a principal deficiência tanto da Receita Federal quanto do SERPRO é a carência de recursos humanos qualificados para a execução de seus trabalhos. O pessoal está, normalmente, sobrecarregado com a operação e manutenção dos processos já existentes.

Tem-se de considerar uma informação relevante: atualmente a Receita Federal possui menos auditores-fiscais do que no início da década de 70, mesmo com o número de contribuintes tendo sido multiplicado várias vezes. No SERPRO a situação não é muito diferente, já que a empresa vem sofrendo perdas constantes de excelentes profissionais com larga experiência, devido, principalmente, a questões salariais. Ressalte-se, também, que as últimas "reformas" administrativas só têm contribuído para o agravamento desta situação.

O mais grave, no entanto, é que algumas tarefas elementares e importantes ou são executadas de forma deficiente ou, simplesmente, não são executadas. Verificamos, por exemplo, que a SRF, por absoluta falta de pessoal, não realiza fiscalização *in loco* na rede arrecadadora. Além disso, não existem fiscais suficientes para uma efetiva fiscalização, bem como tarefas especiais na tentativa de se identificarem os sonegadores de tributos. As conseqüências são previsíveis e tanto a sociedade quanto o governo sofrem seus efeitos: aumento da carga tributária e diminuição da arrecadação, especialmente, devido à sonegação de impostos.

5.2. Carência de equipamentos de processamento de dados

Apesar do SERPRO conseguir realizar, nos prazos determinados, todo o processamento das informações relativas à arrecadação, esta tarefa é realizada com alguns percalços. Uma das causas dessas dificuldades é sem dúvida alguma a deficiência, em algumas de suas unidades, dos equipamentos de processamento de dados. Esta situação também é uma constante na Receita Federal, especialmente, em suas unidades de ponta (delegacias, inspetorias, agências e postos).

A área de informática é sem sombra de dúvidas uma das mais dinâmicas na atualidade e não é fácil estar sempre na vanguarda em termos de *hardware* e *software*, mas constatamos que o SERPRO e a SRF poderiam estar melhor equipados neste aspecto. A defasagem tecnológica existente dificulta o trabalho de seus técnicos, bem como não permite que alguns aprimoramentos nos sistemas sejam implementados. Outra dificuldade é a falta de microcomputadores e terminais nas unidades da Receita Federal. Além disso, constatamos que alguns *mainframes* estão bastante sobrecarregados exigindo um tempo superior ao desejável para execução de várias tarefas.

Para a solução deste problema é necessário o aumento de recursos aplicados nesta área e sabemos da atual escassez destes no governo federal; entretanto, chama a atenção que a arrecadação federal é um setor essencial ao Estado e que, a seu turno, funcionando de maneira adequada, permite a solução de diversos problemas, inclusive a falta de meios.

5.3. Divergência SERPRO x SRF

Durante nosso trabalho verificamos que existe uma divergência entre o SERPRO e a Secretaria da Receita Federal quanto à melhor maneira de se executar o processamento das informações relativas à arrecadação. O SERPRO defende o modelo atual centralizado na maior e mais importante parte do processo, restando centralizados apenas alguns processos de agregação de dados.

Os dois modelos defendidos têm seus prós e contras e merecem ser estudados com o devido cuidado. *A priori* podemos destacar as vantagens e desvantagens de cada modelo. A centralização facilita o controle e garante maior

segurança, no entanto, exige computadores cada vez mais potentes e os processos tendem a ser cada vez mais demorados. Por outro lado, o modelo descentralizado dificulta o surgimento de informações incorretas (digitadas próximas às fontes), agiliza o processamento e diminui a dependência da SRF em relação ao SERPRO. Já como desvantagens da descentralização podemos apontar a necessidade de um controle mais complexo e em mais pontos, além da necessidade de investimentos a curto prazo para a compra de mais equipamentos e treinamento do pessoal das pontas. Verificamos que o SERPRO já está desenvolvendo um estudo para justificar sua posição, enquanto a Receita Federal em seu plano de desenvolvimento tecnológico contempla a descentralização do processamento.

6. Conclusão

Tratam-se de sistemas importantíssimos para as atividades do Senado Federal e de cada Senhor Senador, em particular, no tocante àquelas relativas à sua unidade da Federação.

Dessa sorte, urge que o Senado e também a Câmara dos Deputados, na opinião do autor, legislem acerca da regularização de seu acesso às informações do sistema, estabelecendo normas claras, precisas e com caráter de permanência, ao invés de renová-las anualmente nas Leis de Diretrizes Orçamentárias.

Solicitações neste sentido podem ser encaminhadas à Consultoria de Orçamentos do Senado Federal, que já vem desenvolvendo estudos nesse sentido.

Procuratura da infância e da juventude

JOSÉ DE FARIAS TAVARES

SUMÁRIO

1. Introdução. Terminologia adotada para designar o Ministério Público. Considerações sobre o Ministério Público brasileiro segundo a Constituição de 1988. Classificação de interesses sociais em primário e secundário. Interesses coletivos, difusos, individuais e indisponíveis no universo dos interesses sociais. 2. Exposição; atuação do Ministério Público na aplicação da Constituição Federal. A tutela dos interesses da população infanto-juvenil. Aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente. O Ministério Público na defesa da infância e da juventude em outras leis. 3. Conclusão.

1. Introdução

Os dicionários jurídicos geralmente registram o vocábulo *Procuratura* como sinônimo de *procuradoria*, tal como o faz Placido e Silva, enquanto Humberto e Christovam Piragibe dizem que *procuratura* quer dizer exercício do cargo de procurador, e que *procurador* é aquele que cuida de negócios, de empreendimentos, de interesses de terceiros. Assim sendo, é que Diogo de Figueiredo Moreira Neto tomou, por oportuno, o termo para designar os órgãos que a Constituição Federal, num passo mais avançado que a tripartição clássica dos poderes do Estado, criou sob o título de Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. (*Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 116, out./dez./92, p. 79). E que são: a advocacia privada, a advocacia pública dos hipossuficientes economicamente (Defensoria Pública), a advocacia da União e dos Estados-membros (Procuradores) e o Ministério Público, como advocacia da sociedade. Este, um misto de advocacia dos direitos e interesses sociais, sejam públicos no sentido genérico, não estatal, sejam coletivos, e mesmo

José de Farias Tavares é Professor de Direito do Menor da Universidade do Estado da Paraíba e Promotor de Justiça do Estado da Paraíba.

os individuais indisponíveis, que afetam a sociedade como um todo orgânico. Um sistema de freios e contrapesos no complexo do Poder Judiciário compondo a justiça pública. *Procuratura*, na terminologia aqui adotada, tem esse sentido.

A Constituição Federal vigente deu relevo especial à instituição do Ministério Público, designando-o como o órgão por excelência da defesa dos seus preceitos. Coerentemente, aliás, com os propósitos anunciados no pórtico do seu ordenamento. O Preâmbulo de uma Constituição é hoje acatado como importante diretiva a ser observada com primazia na interpretação do Texto Magno, segundo a melhor doutrina constitucionalista em voga. Declara a nossa Carta, no seu Preâmbulo, que o Brasil é "um Estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos ...".

Toda a hermenêutica do nosso sistema jurídico deve pautar-se dentro dessas linhas mestras de interpretação.

Dando corpo à idéia inicialmente proclamada, dispõe a Constituição:

> "Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."
>
> "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> I – .....
>
> II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia."

O Mestre Pinto Ferreira, com a clareza e a objetividade do seu estilo, sintetiza sobre a feição constitucional do novo Ministério Público brasileiro:

> "Destarte, ele tem a missão importante de defender o interesse público. A expressão *interesse público* é muito ampla, abrangendo os interesses sociais, coletivos, difusos, transindividuais, interesses indisponíveis do indivíduo e da comunidade."

E logo a distinção didática entre *interesse público primário* e *interesse público secundário* nestes termos:

> "O interesse público *primário* ou bem-comum tem o mesmo sentido que o interesse social ou o interesse da coletividade, inclusive que os chamados interesses difusos."
>
> "O interesse individual indisponível fica, também, sob vigilância do Ministério Público (CF, art. 127)."
>
> "O MP sempre busca a defesa dos interesses públicos primários. Assim ele age de forma prioritária, sempre buscando o interesse geral, em tudo que interessa de modo indeterminado à toda a comunidade."
>
> "A origem histórica do MP foi essencialmente a própria representação judicial do Estado, da qual também se foi distanciando o MP, que atualmente é um órgão de defesa da sociedade e do cidadão, um fiscal da lei (*custos legis*) isto é, um órgão interveniente cuja missão principal é zelar pela lei e fiscalizar a sua execução, podendo até defender o cidadão contra o próprio governo." (*Comentários à Constituição Brasileira. a.* São Paulo: Saraiva, 1992. V. 5, p. 103, 105, 148).

2. Exposição

Sabe-se que a Constituição obriga os poderes públicos a respeitarem os direitos que ela assegura a todos, mesmo contra o poder oficial, se for o caso. Para garantia disso investe o Ministério Público de atribuições próprias ao seu mister em defesa desses direitos e interesses, sejam em conflitos com pessoas ou entidades particulares, seja contra o poder público, como explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho em sua obra *Comentários à Constituição Brasileira.a*. São Paulo: Saraiva, 1992. V. 3, p. 47.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, consubstanciado na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, situa-se na linha da relevância institucional do Ministério Público no pertinente à matéria por ele regulada, como diploma consectário das normas constitucionais de proteção à infância e à adolescência brasileiras. Ao longo do Estatuto vê-se a ordem de grandeza da responsabilidade institucional da *procuratura* na aplicação dessa lei especial.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei nº 8.625, de 12.2.1993, diz no seu

art. 2º que o Ministério Público de cada Estado federado terá sua organização sob a forma de lei complementar própria, com normas específicas, atribuições e estatuto seus.

O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta o texto constitucional no que se refere à proteção que deve ser dada à população infanto-juvenil (CF, art. 227, especialmente). E em sintonia com o mandamento constitucional adota a doutrina da *proteção integral* (art. 1º) aos seus destinatários. Define no seu primeiro artigo a filosofia adotada em todo o seu contexto harmonizando as regras com a sintonia do art. 6º. Coerentemente faz essencial à sua aplicação e eficaz aplicação a presença atuante do Ministério Público na dinâmica das atividades judiciais ou extrajudiciais, e mesmo nas de caráter administrativo.

O Promotor de Justiça ou Curador quando propugna pela aplicação correta das normas estatutárias em favor da criança e do adolescente, está, em última análise, promovendo o interesse público primário, interesse social, buscando o bem-comum, no dizer *norma-guia*:

> "Fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem- comum." (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5º).

E o Estatuto, art. 6º:

> "Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, às exigências do bem-comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."

Daí:

> "Este é o dispositivo-eixo pelo qual se há de mover o Estatuto." (TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense – Rio, 1992, p. 16.

Tal espírito presidirá sempre a atuação da *Procuratura* na imensa área de interesse da infância e da juventude que a Nação brasileira lhe confia. Com esse zelo terá sempre em vista o futuro do nosso país como Estado democrático com bem-estar geral assegurado pela preservação dos recursos humanos e da inteligência dos homens de amanhã.

A atuação do Ministério Público nessa proteção especial não se restringe às atividades do Curador da Infância e da Juventude, ou do titular da Promotoria da Justiça no Juízo especializado, com atribuições constantes da Lei Orgânica que o rege. Expressiva é a advertência de Hugo Nigro Mazzilli:

> "Ademais, cumpre deixar claro, posto óbvio, não é apenas o Promotor da Justiça da Infância e da Juventude o único órgão do Ministério Público que zela direitos e interesses ligados à proteção dos menores. O Promotor criminal, o Curador de família, o Curador de incapazes, o Procurador de Justiça enfim, toda a Instituição, na forma e nos limites da lei local de organização do Ministério Público, está investida na proteção da infância e da juventude." (O Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, 1992, n. 114, p. 176).

As atribuições do Ministério Público em defesa dos direitos e interesses da criança e do adolescente estão previstas de forma expressa ou tácita, direta ou indireta, nas mais diversas leis vigentes no País. A Lei Orgânica em cada Unidade da Federação cataloga as incumbências, embora deixando implícito que outras poderão exsurgir dos casos concretos. Até mesmo o elenco do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente não exaure o assunto. Ao longo do texto estatutário se vê a imperiosa necessidade da presença ministerial ativa e vigilante. Algumas referências, entretanto, mesmo breves, darão idéia da vastidão da matéria.

Dentre os direitos fundamentais da criança e do adolescente a proteção contra maus tratos, de que fala expressamente o art. 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente avulta de interesse por parte do Ministério Público, por motivos óbvios. Obrigações de qualquer pessoa que disso tomar conhecimento, cabe especialmente ao Ministério Público a iniciativa de fazer cessar o mal. A respeito:

> "O silêncio poderá ser caracterizado como crime de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal) ou outro tipo mais grave, conforme o caso. Poderá a pessoa omissa ser tida como conivente, sujeita às mesmas penas dos autores do crime, previstas nos arts. 232 e 233 do Estatuto." (TAVARES. Op. cit. p. 20).

Como maus tratos podem ser enquadrados casos de violação da liberdade, do respeito e

da dignidade das pessoas humanas em fase de desenvolvimento, tal como asseguram os arts. 15 e 18 do diploma legal. A desatenção ao preceito do art. 56, I, por parte dos dirigentes de estabelecimentos de ensino exigirá a intervenção do Ministério Público, logo chegue ao seu conhecimento o fato, por qualquer que seja a outra via. O afastamento do agressor em ocorrências de maus tratos e, bem assim, opressão ou abuso sexual, da moradia da criança e do adolescente, é assunto do Promotor de Justiça ou Curador. A presença de toxicômanos ou narcotraficantes na convivência familiar e comunitária (ECA, art. 19) é nociva às crianças e aos adolescentes, pelo que é legítima a intervenção do Ministério Público. O desempenho do pátrio-poder-dever e a suspensão ou perda desse *status* (ECA, arts. 22 e 24) é objeto das preocupações ministeriais.

A colocação em família substituta (ECA, arts. 28 e seguintes) terá o acompanhamento de representante do Ministério Público, expressa nos autos, seja de pedido de guarda, de tutela ou de adoção, observando-se rigorosamente os ditames estatutários, pois:

> "Família substituta é aquela que passa a desempenhar as funções da família consangüínea, como já visto no art. 25. E que só excepcionalmente (art. 19) poderá suprir a falta da originária, para assegurar a convivência saudável." (TAVARES, José de Farias. Op. cit., p. 30.)

Acrescente-se que somente quando se evidencia o proveito para a criança ou adolescente, é que se permitirá a colocação em uma família substituta, pois o que se tem em vista é a proteção do acolhido, nunca as pretensões dos guardiães, tutores ou adotantes, já que eles não têm direito a exigir, e sim, proteção a oferecer.

O cadastro previsto no art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente destina-se a relacionar nomes de crianças e adolescentes que necessitam de uma família que substitua a sua originária, por não ter esta cumprido o dever constitucional que lhe cabia em primeiro lugar. Esse cadastro deve ser elaborado em cada Comarca pelo Juizado da Infância e da Juventude, com a participação do Promotor de Justiça local. Há comarcas que, em razão da densidade populacional e sua complexidade urbana e ainda pela movimentação forense, se desdobram em vários foros chamados pelo Estatuto foros regionais, todos localizados na sua área territorial. Exemplo, a Comarca da Capital de São Paulo, que, como comarca, é uma só unidade territorial de jurisdição, porém, com as funções jurisdicionais distribuídas em subunidades designadas como Foros Regionais em vários bairros daquela cidade, contendo cada subunidade uma ou mais Varas da Infância e da Juventude que reúne, ou reúnem, em um cadastro as informações que espelham a situação em cada localidade, dos pretendentes a adotantes e dos pretendidos menores carentes de colocação em família substituta. Contraproducente seria, ao revés, a concentração de tais informações e demais atribuições sobre adoção, mesmo internacional, em uma única mão, em um único juizado. Tornar-se-ia mais difícil a observação que deve ser exercitada diretamente no *habitat* da pessoa em estudo, pelos encarregados da solução – Juiz, Promotor, pessoal de apoio da equipe interprofissional prevista no Estatuto. Com a presença física no lugar de origem da criança ou do adolescente poder-se-á acompanhar mais de perto a interação entre as partes e assim avaliar melhor o proveito revelado na convivência com as famílias interessadas, no ambiente comunitário. Pelo que serão melhores as condições de verificação, caso-a-caso, conveniência social e humana da adoção em processamento, e não simples aferição da legalidade estritamente formal. Atendendo-se os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente nos arts. 6º e 43. Que o Promotor da Justiça da Infância e da Juventude em cada lugar redobre cuidados na vigilância sobre tal tipo de adoção – a internacional – em face da gravidade do ato, e em razão da polêmica que se estabeleceu sobre isso. E o cuidado especial do Promotor da Justiça local nesse assunto, talvez seja o maior encargo do Ministério Público que ele ali representa. Providências como exigir a tradução para nossa língua oficial que a Constituição (CF, art. 13) declara ser o português, e o visto consular atestando a vigência atual de texto da legislação estrangeira trazida aos autos, bem como o atestado de idoneidade da pretensão e dos pretendentes alienígenas, são providências aparentemente simples, porém de muita significação, e que podem ajudar a detectar pleitos espúrios. A verificação da legalidade da saída de criança ou adolescente adotado no Brasil por casais estrangeiros residentes no exterior, somente permitida após trânsito em julgado da sentença de adoção (ECA, art. 51, § 4º), e o precedente estágio de convivência (ECA, art. 46, § 2º), exigem cuidados do Ministério Público. Tenha-se em conta que a sistemática estatutária tende a facilitar o processamento da

adoção, tendência essa que coroa a longa evolução desse instituto na história do nosso direito, aspecto que não se pode aqui analisar detidamente. A facilitação, porém, jamais poderá ser entendida como permissiva no sentido de afrouxar-se a atenção sobre a conveniência do ato de adotar um filho alheio como próprio, situação que se torna irreversível (ECA, art. 48), e é isto o que constitui gravidade maior. Quando se trata da chamada adoção internacional, aumenta o risco, pois o adotando sai do âmbito da jurisdição brasileira numa viagem sem volta. E isso não deve ser tomado como xenofobia, que não se coaduna com os foros da civilização hodierna. Há casos, sabe-se, benéficos nesse cenário, porém há controvérsias ponderáveis sobre o destino desses brasileiros adotados por estrangeiros no exterior. E o destino dessas pessoas, incapazes de discernimento pleno, interessa sobremaneira ao Ministério Público, guardião por excelência do interesse social e individual indisponível.

Decisão sobre a polêmica chama a atenção:

> "O Estatuto da Criança e do Adolescente não faz discriminação entre brasileiros e estrangeiros. O que a lei quer é que se dê supremacia à criança e ao adolescente, seu bem-estar, seus direitos, dignidade, convivência familiar etc. e, estando brasileiros e estrangeiros nas mesmas condições, sendo ambos convenientes à criança e ao adolescente, deve-se preferir o brasileiro ao estrangeiro. Se, porém, as condições oferecidas pelo casal estrangeiro forem melhores e trouxerem vantagens ao menor, a medida excepcional deve ser aplicada." (TJ-MG-Ac. 4ª, Câm. Civ. pub. 5.l2.l992 – Al – 22.528/4 – Relator: Desemb. Alves de Melo.)

Os fenômenos escolares da evasão e da repetência (ECA, art. 56) autorizam o Ministério Público a intervir nas escolas para apurar as causas de tão danosas ocorrências que prejudicam a formação educacional dos alunos menores. A educação é o caminho único para a redenção de qualquer povo, e não pode ser descurada por quem tenha qualquer parcela de responsabilidade pública ante o destino do nosso povo. A ausência constante da escola, a desídia, muitas vezes dos pais ou responsáveis que não matriculam as crianças e/ou adolescentes em estabelecimentos de ensino ao seu alcance, são manifestações do mau proceder no exercício do pátrio-poder-dever que a eles incumbe e que deles o Ministério Público deve exigir, sob os ônus da suspensão ou perda do pátrio poder-dever e cominação de penas pelo abandono intelectual.

A responsabilização da autoridade administrativa – Governador do Estado ou Prefeito do Município, como prevista no § 2º do art. 208 da Constituição Federal – é tarefa do Ministério Público, atentando-se para o disposto no art. 211 combinado com art. 30, VI, da Carta, que incumbe prioritariamente aos municípios o ensino fundamental. E o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta a norma superior no art. 54, quando repete o preceito da obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental. Responsabilidade administrativa, portanto.

A oferta de vagas nas escolas de 1º grau deve ser precedida de censo escolar e chamada escolar, para verificação das carências comunitárias. Uma tarefa para Curador da Infância e da Juventude junto aos poderes executivos municipais, e da Procuradoria Geral de Justiça junto ao Governo do Estado. A lacuna da lei na conceituação de oferta irregular de ensino implica maior trabalho de detectação por parte do Ministério Público. Há que se corrigir a falha legislativa.

O trabalho do menor deve ser fiscalizado pelo representante local do Ministério Público, obviamente, para coibir-se abusos. O que a ordem jurídica quer é que o trabalho que dignifica o homem não seja exercitado de maneira a prejudicar a pessoa em desenvolvimento, sob qualquer forma, inclusive, quanto ao tempo a ser dedicado ao estudo regular apropriado à faixa etária 14/18 anos. Claro que a atuação ministerial não deve constituir estorvo ao desenvolvimento profissional do menor nem desestímulo à integração da força jovem ao mercado de trabalho. A aprendizagem que a lei prevê para os menores de 14 anos deve ser ministrada através dos órgãos convencionais, em regra, desde que seja o candidato já adolescente, pois não é permitida à criança (CF, art. 7º, XXXIII e 227, I). Quanto a esta última faixa etária (ECA, art. 2º, menor de 12 anos) bom é observar que nos nossos costumes o ensino prático é ministrado de pais a filhos, através de gerações, em regime familiar, de maneira assistemática, preparando mão-de-obra desde cedo para composição de renda familiar como meio de sobrevivência na economia informal. Pode ser considerada tal atividade como pedagógica, se for essa a natureza do caso concreto. A vedação constitucional – estatutária – não pode ser le-

vada às últimas conseqüências pela interpretação restritiva, já que o trabalho e o aprendizado são fundamentais à realização da pessoa humana, e como tais, não se deve restringir a inteligência da norma constitucional-legal, ao sabor do intérprete, o que seria anti-social. Observe-se, a respeito, o que dispõe o Estatuto; dentre outras regras, as dos arts. 60 *usque* 69.

Quanto à política de atendimento à população infanto-juvenil a participação do Ministério Público local é imprescindível, sejam as entidades atendentes particulares ou públicas (ECA, arts. 86 e seguintes). Pode e deve a *Procuratura* da Infância e da Juventude interferir velando pelo bom desempenho do atendimento. Averiguar as condições de funcionamento, reclamar providências corretivas, instaurar inquéritos civis públicos, formalizar representações administrativas e judiciais para intervenção na administração de tais entidades e até de interdição, se necessária.

As medidas de proteção à criança e ao adolescente (ECA, arts. 98 e seguintes) exigem a presença constante do Ministério Público, seja através da Curadoria, seja da Promotoria de Justiça. Quando o ato praticado por criança é de natureza do ato dito infracional em relação ao adolescente, as medidas a tomar não serão as correspondentes (*medidas sócio-educativas*), porém, *medidas de proteção* que o Ministério Público deve providenciar, nos termos do Estatuto e nos limites de suas atribuições.

O ato infracional imputado a adolescente e como tal previsto no Estatuto, arts. 103 e seguintes, implica em uma série de providências a serem tomadas pela Promotoria de Justiça junto à Vara ou ao Juizado da Infância e da Juventude. O ponto nevrálgico do problema social da segurança pública que tanto sacode a sociedade brasileira atualmente é o procedimento da Justiça pública quando das freqüentes ocorrências registradas em nossas ruas promovidas por agentes inimputáveis. Constata-se já uma intolerância coletiva ou difusa em nossos meios sociais, e a voz comum, como que calcanhar-de-aquiles, está na inimputabilidade aos 18 anos de idade. Verdade, esquecem os críticos alvoroçados, que essa inimputabilidade não é inovação do malsinado Estatuto da Criança e do Adolescente, porém já há mais de meio século constando do nosso Código Penal, ultimamente ganhou categoria constitucional, pois a Carta Magna de 1988, após amplo debate público nacional largamente difundido, consagrou o princípio, sem impugnação significativa da sociedade brasileira que a isso aquiesceu. A realidade, entretanto, é que hoje os brasileiros manifestam-se por todos os meios, inconformados com essa política. Considerado o clamor público, pode o Ministério Público atender em parte a expectativa comunitária, requerendo *medidas sócio-educativas* que amenizem o problema, como, em casos de violência incontornável, o recolhimento desses jovens a casas de *internação* apropriadas para a sua reeducação, e conseqüente reabsorção pelo meio social, quando recolocado em liberdade. Deve o Ministério Público exercer intensa vigilância no encaminhamento do problema em juízo e fora dele. Exigir que se cumpra a lei evitando-se, acima de tudo, a promiscuidade com deliqüentes adultos no ambiente deletério das prisões, pois os cárceres não podem ser utilizados para contenção desses menores. Os cuidados que o policiamento deve ter para não violentar a pessoa em fase de desenvolvimento são supervisionados pela Promotoria de Justiça. A tramitação do procedimento judicial deve ser acompanhada pelo Ministério Público e a execução das medidas aferida constantemente pelo órgão ministerial local. A Curadoria da Infância e da Juventude aí tem de se desdobrar em atividade educadora e fiscalizadora do cumprimento da lei nos momentos cruciais da curatela social.

A remissão (ECA, arts. 126/129 e outros) é uma inovação como figura do nosso Direito:

> "...Prerrogativa da Promotoria da Infância e da Juventude que lhe permite abster-se da provocação do juízo se entender benéfico poupar-se o adolescente de uma medida judicial. Antes de formalizar o petitório da representação o Ministério Público pode recusar-se a fazê-lo, se motivos tiver para a fundamentada abstenção, dentro dos princípios de unidade, indivisibilidade e independência funcional." (TAVARES, José de Farias: *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, ibidem, p. 109.)
>
> "Essa figura nova na processualística brasileira – remissão que se introduz no nosso direito processual positivo nos termos especialíssimos deste Estatuto – merecerá estudos da doutrina, por não se confundir com outros da legislação vigente. O perdão judicial previsto em alguns pontos do Código Penal e a renúncia admissível em ações penais de

iniciativa privada são institutos diferentes do que ora se inaugura."

"A remissão estatutária por parte do Ministério Público, ou seja, a *abstenção de iniciativa processual*, essa novidade, não se pode confundir também com a extinção da punibilidade ou da não-aplicação de pena que o Código Penal prevê, em hipóteses, como por exemplo, do seu art. 242, parágrafo único, *in fine*." (TAVARES, op. cit., p. 110/111.)

A criação, instalação e funcionamento dos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, bem como dos Conselhos Tutelares, será objeto de preocupação do Ministério Público, evidentemente. Participação direta, inafastável, como condição de regularidade. Só aí, um conjunto imenso de atuação do Ministério Público como órgão do interesse social, hoje instituição por excelência, da vida comunitária.

O acesso à Justiça (arts. 141/142 do Estatuto) é garantia constitucional que o Ministério tem de facilitar aos interessados na solução de problemas da infância e da juventude, tornando-se, em primeiro plano, o Curador e o Promotor da Justiça, abertos ao diálogo adequado à criança e/ou ao adolescente que os procure, ou, aos que, não o procurando, sejam por eles procurados onde estiverem.

Nos procedimentos judiciais em geral o Ministério Público atua como fiscal da lei e/ou como parte interessada. Exercerá o direito de ação legitimado que é, segundo o Código de Processo Civil, arts. 81 e 82 e demais disposições legais pertinentes aos interesses coletivos, difusos, transindividuais, ou individuais indisponíveis, e ainda, dos hipossuficientes, promovendo, discutindo em juízo apropriado, as questões sobre o pátrio-poder-dever, tutela, guarda e demais hipóteses que afetem o universo de interesses das crianças e dos adolescentes, na área cível e na infracional, similar da penal do mundo dos imputáveis.

Em caso de flagrante de ato infracional, diz o art. 172 do Estatuto, que o adolescente, encaminhado imediatamente, pelo detentor, à polícia, esta o levará logo ao representante do Ministério Público. A este competirá apresentar o agente ao Juiz, ou conceder-lhe de logo a remissão, se cabível, como forma de exclusão do processo de que fala o art. 126 do Estatuto. Ainda na hipótese de flagrância de ato infracional, o Promotor de Justiça tem de observar que (ECA, art. 174) a autoridade policial poderá liberar de plano o adolescente se os pais ou responsáveis comparecerem e assinarem termo de responsabilidade de sua apresentação direta ao representante do Ministério Público. E, noutro sentido, se o caso de natureza grave e a comoção da comunidade recomenda, a apresentação pelo policial será diretamente ao Juiz da Infância e da Juventude, que poderá determinar a *internação*, similar ao que se denominaria de prisão preventiva para os imputáveis. Será uma internação provisória (ver arts. l06, l07, 111, VI, 121 a 125 e 148 do Estatuto). Se a autoridade policial não proceder à liberação que for devida (ECA, art. 175) deverá apresentar o adolescente ao representante do Ministério Público, e a este caberá requerer o que for de direito, ao Juiz competente, ou se for o caso, ouvirá diretamente o menor apresentado para firmar seu entendimento sobre a possibilidade de remissão prévia como a de que fala o art. 126 do Estatuto, ou outras providências legais para o correto tratamento judicial do caso (ECA, arts. 179/180). Se o Juiz discordar da homologação requerida pelo Ministério Público do arquivamento, ainda assim o Ministério Público dará a última palavra, pois os autos irão ao Procurador-Geral da Justiça. Este é que terá de oferecer a representação diretamente, ou designar outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou simplesmente ratificará o ato de arquivamento ou o de remissão do Promotor da Justiça da Comarca de origem. E o assunto estará, nesta última hipótese, encerrado (ECA, art. 181). Se o entendimento do representante do Ministério Público for de não promover o arquivamento ou de não conceder a *remissão* prévia, oferecerá a *representação*, peça similar da denúncia nas ações penais públicas.

Penalidades administrativas por infração às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente podem ser provocadas pelo Ministério Público (ECA, arts. 194 e seguintes), ou, se a pedido de outrem, sobre elas opinar como fiscal da lei, cabendo-lhe ainda promover a execução de multas a serem recolhidas em favor do Fundo Municipal gerido pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Nos recursos procedimentais (ECA, art. 198/199), já por ter o Estatuto adotado o sistema do Código de Processo Civil (ver o art. 152), e por aplicação analógica, a legislação processual penal quando da matéria correlata – ato infracional – já por permitir a reforma da decisão de

primeiro grau pelo próprio juiz prolator em juízo de retratação, tem o Ministério Público legitimação para requerer a subida dos autos à instância superior, se entender que o reexame no juízo *ad quem* será benéfico para a criança ou adolescente.

As funções da *Procuratura* da Infância e da Juventude serão, no amplo sentido, exercidas nos termos da Lei Orgânica do Ministério Público Estadual, como estabelece o Estatuto no seu art. 200, no que repete mandamento constitucional e regra da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, como visto.

Do extenso rol de atribuições conferidas no art. 201 do Estatuto, além de outras ao longo do seu texto, afora o ofício geral de que é institucionalmente incumbido em procedimentos judiciais em que não pode deixar de funcionar, sob pena de nulidade dos feitos (ECA, arts. 202, 204), Código de Processo Civil, art. 82, I, e leis outras pertinentes, vê-se a amplitude da atividade ministerial em favor da criança e do adolescente. Medidas extrajudiciais, ou de Curadoria administrativa como ante os Conselhos de Direitos da criança e do adolescente e Conselhos Tutelares, interferência nos estabelecimentos escolares e hospitalares, em agências de atendimento à população infanto-juvenil, orientação da opinião pública local sobre o sentido da legislação protetora de que se trata, também são misteres do Ministério Público.

A legitimação concorrente para promover ação civil pública em defesa de direitos e interesses coletivos ou difusos de crianças e adolescentes, e direitos e interesses individuais indisponíveis de qualquer deles, o inquérito civil público, são tantas outras incumbências ministeriais.

A ação civil pública tem cabimento na defesa de interesses coletivos ou difusos, por serem transindividuais porém os interesses individuais indiponíveis de qualquer uma criança ou de adolescente isoladamente, por estarem inseridos no contexto do interesse social, constituem em objeto da ação civil pública (ECA, art. 201), afastados da regra geral do Código de Processo Civil (art. 6º). A propósito:

> "Examinando os principais direitos ligados à proteção da infância e da juventude, enumerados pelo art. 227, *caput*, da Constituição, vemos que a indisponibilidade é sua nota predominante, o que torna o Ministério Público naturalmente legitimado à sua defesa." (MAZZILLI, Hugo Nigro –*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 528 e ss.)

Assim, o Ministério Público terá sempre *legitimatio ad causam* para promover ações previstas no Estatuto, tais como as elencadas no art. 208, dentre outras, pois o parágrafo único desse artigo constitui uma norma residual, ou seja, norma de encerramento ou ainda de extensão, como conceituam os hermeneutas. Bem assim em casos previstos nos arts. 77 a 82 do Estatuto da Criança e do Adolescente, proibições que visam à preservação da integridade física ou moral da criança e do adolescente.

Ação de responsabilidade civil por danos materiais e morais sofridos por pessoa menor de 18 anos de idade são também incumbência do Ministério Público em socorro daquela vítima cujo representante tenha negligenciado, ou no caso de inexistir pai, tutor ou guardião em exercício do *munus* próprio. Sobre *dano moral*, muito se discutiu a respeito da inaplicabilidade da obrigação de indenizar sob argumento de inadequação da condição do menor à sensibilidade da dor moral. Absurdo que teve muitos adeptos. Hoje a Constituição espancou dúvidas sobre a reparabilidade do dano moral, e a doutrina proclama que a criança e o adolescente podem ser vitimados pelo malefício de ordem puramente moral, dano esse que deve ser reparado. Veja-se, sobre a matéria, LISBOA, Roberto Senise. O dano moral e os direitos da criança e do adolescente.*Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 118, abr./jun./93, p. 451 e ss.

Nos crimes praticados por imputáveis contra crianças e adolescentes tipificados no Estatuto (arts. 228 *usque* 244), as ações penais correspondentes serão de natureza pública incondicionada, portanto, privativas do Ministério Público. Seja o representante do Ministério Público junto à Justiça da Infância e da Juventude, se a Lei de Organização Judiciária permitir, seja o Promotor de Justiça Criminal.

O Promotor de Justiça Penal age em nome da sociedade em geral na ação penal pública, seja a vítima pessoa maior ou de menor idade civil, é verdade. Age, entretanto, em defesa do bem jurídico lesado que lhe cabe velar, primordialmente, quando propugna pela exarcebação cominada no Código Penal (art. 61, II, *h*.) Ou pela aplicação desse Código nas hipóteses dos arts. 123, 124, 125, 126, 133, 134, 135, 136, 140, 159, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 220, 224, 225, 227, 230, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, e de outros dispositivos da legislação punitiva.

Matéria inteiramente nova em nosso sistema jurídico foi introduzida pela Constituição Federal vigente, em seu art. 14, § 1º, II, *c*, facultando o alistamento eleitoral e o voto aos menores de 18 e maiores de 16 anos de idade. Criou o direito político de exercício da soberania popular para os que ela própria, no art. 228, proclamou inimputáveis. Uma incongruência, evidentemente, pois o adolescente teve estabelecida sua capacidade eleitoral ativa, e ao mesmo tempo reconhecida constitucionalmente a sua irresponsabilidade penal. Assim, embora possam tais eleitores escolher livremente os seus mandatários para os cargos legislativos ou executivos do seu País, de Vereador a Presidente da República, não responderão por atos que pratiquem em detrimento da mesma ordem eleitoral, qualquer que seja o mal cometido. Situação paradoxal que exige atenção maior da *Procuratura*. De fato, desde o alistamento cabe o incentivo e a orientação para a inserção do contingente juvenil nos quadros do eleitorado local dentro das normas legais, ensinando-lhes, pedagogicamente mesmo, como proceder corretamente segundo a legislação, evitando o desvirtuamento da chamada cívica dessa larga faixa da nossa população à participação na vida democrática da sociedade civil. Implica isso em desdobramento da vigilância do Promotor de Justiça Eleitoral em face das possibilidades de abusos de adultos inescrupulosos que procurem se locupletar da inexperiência, e até da inimputabilidade do menor, para ferir a lei e a ordem. Até mesmo o cuidado permanente, para que no azáfama dos trabalhos forenses, tais eleitores não sejam equivocadamente designados para composição de mesas receptoras de votos ou de apuração, mesmo na condição de fiscais ou delegados de partido. O que, aliás, poderá redundar em anulação de eleições, com prejuízo público de muita gravidade.

3. Conclusão:

A terminologia *Procuratura* foi adotada aqui para designar o Ministério Público. As instituições da *Advocacia* (liberal), da *Defensoria Pública* e da *Advocacia de Estado* (Advocacia Geral da União, Procuradorias Gerais dos Estados Federados, Distrito Federal e Municípios e do Ministério Público), constituem um complexo sistema de freios e contrapesos que a nova ordem democrática acresce aos clássicos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, compondo com este, a chamada Justiça Pública, com funções essenciais aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Em face de sua destinação constitucional o Ministério Público tem incumbências que lhe dão força e responsabilidade de primeira grandeza na vida da nossa sociedade. Defesa dos direitos e interesses sociais, sejam os estritamente sociais como primários, sejam os coletivos ou difusos e até mesmo os individuais indisponíveis, que, como tais, são de interesse geral.

A Constituição cometeu ao poder público, à sociedade e à família (art. 227) o dever de velar pelos direitos e interesses da criança e do adolescente, com absoluta prioridade, e instituiu o Ministério Público como agente da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127) designando como funções precípuas as elencadas no art. 129. Assim a ação civil pública, o zelo pelo respeito aos poderes públicos e serviços de relevância pública pugnam pelos direitos nela assegurados, através de ação civil pública, e inquérito civil público, medidas em defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente, e outros interesses difusos e coletivos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, veio, na linha de relevância institucional, regulamentar os preceitos constitucionais, confiando ao Ministério Público a atribuição de guardião por excelência da proteção integral assegurada à criança e ao adolescente (ECA, art. 1º).

Ao longo do texto estatutário vê-se a magnitude das funções ministeriais na aplicação da doutrina e da norma positivada. São enormes as tarefas que lhe incumbe como *Curadoria* ou como *Promotoria de Justiça*. Mas nem só na Curadoria ou na Promotoria de Justiça especializada está a sua responsabilidade institucional. Em todo caso em que haja interesse de criança ou de adolescente, mesmo de forma indireta como quanto ao patrimônio público e social, meio ambiente, consumidor, no processo civil comum, na área penal, no novel direito eleitoral dos adolescentes entre 16/18 anos de idade, em quaisquer outros dispositivos legais pertinentes, estará atuando o Promotor de Justiça ou o Curador, no exercício da *Procuratura da Infância e da Juventude.*

Bibliografia

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992.V.3.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 3. ed. São Paulo: RT,1994.

_____ *Interesses difusos.* 3. ed. São Paulo: RT, 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____ *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____ *O Ministério Público na Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

———— *Revista de Informação Legislativa* – nº 114. Senado Federal – Brasília – abril/junho/1992.

MILARÉ, Edis. *A Ação Civil Pública na nova ordem constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Revista de Informação Legislativa* – nº 116. Senado Federal – Brasília – out/dez/1992.

PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Constituição Brasileira.* v.5. São Paulo: Saraiva, 1992.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

Título executivo extrajudicial

Marco histórico da transformação da Justiça do Trabalho

JOSÉ PITAS

SUMÁRIO

1. Fundamentos gnosiológicos. 1.1. Qual o fundamento lógico da verdade? 1.2. Qual o princípio geratriz e motriz do processo? 2. Da execução dos títulos extrajudiciais.

1. Fundamentos gnosiológicos

1.1. Qual o fundamento lógico da verdade?

Por mais que se queira rejeitar a crítica do conhecimento pela referência ao método lógico, o espírito não poderá deixar de reconhecer legitimidade a esta via, sob pena de nulificar o único instrumento atualmente disponível à sua própria natureza, no sistema de comunicação, porque o conhecimento/objeto de sua apreensão, sistematização e transmissão passa, necessariamente, pela construção lógico-verbal da idéia, do conceito, do juízo, do princípio, do argumento, do sistema, do valor, da instrumentalidade e da efetividade.

O casuísmo científico do sistema ptolomaico-copérnico revela um dos mais extraordinários experimentos históricos da vulnerabilidade dos elementos comumente aceitos como fundamentos da verdade: *autoridade da fonte de conhecimento, convicção, evidência flagrante*.

Por milhões de anos antes da História e por séculos após, toda a humanidade e todas as autoridades de plantão, bem como a própria inteligência que pulsa vivamente em nossa Consciência Presente, têm sido testemunhas da *evidência flagrante* de que o Sol gira em torno da Terra, o que, embora fruto de nossa experiência milenar e impressão totalitária ditada pela evidência flagrante, não é verdade.

Quando se atribui mais poder ao enfeitiçado do que ao feiticeiro, quando se atribui mais

José Severino da Silva Pitas é Juiz do Trabalho, Presidente da 2ª JCJ de Franca, SP, escritor e Professor convidado da Faculdade de Direito de Franca-SP.

Tese exposta no 7º Congresso Brasileiro de Direito Processual do Trabalho, promovido pela Ltr., no Palácio das Convenções, Rebouças, S. Paulo, de 24 a 26 de julho de 1995.

majestade ao súdito do que ao rei, onde está a origem do caos: nos fatos ou no intérprete dos fatos?

Mutatis mutandis, onde está a raiz do caos: na lei ou no intérprete da lei?

Não seria a predominância dos métodos prélógicos de interpretação do Direito que estaria reforçando os "nós de estrangulamento" da efetividade do direito material e, principalmente, criando acúmulo desnecessário de processos na Justiça do Trabalho?

Parece que o "pecado original" da doutrina e da jurisprudência vigente no universo do Direito do Trabalho é o "tabu da diretriz administrativista pré-Constituição de 1946".

Com a Constituição de 18 de setembro de 1946 a rota de movimentação e o sentido dos instrumentos de realização da tutela do direito material sofreu alteração radical, com a exclusão do "satélite procedimental trabalhista" do sistema dominado pela força gravitacional administrativa transportando-se para o sistema dominado pelo "sol da ciência processual, instrumentalizada pelo Poder Judiciário".

Entretanto, a "lei da inércia" apanhou a mentalidade jurídica em estado de "hibernação histórica" na luz absoluta do procedimento administrativo. E, para os processualistas trabalhistas, consiste verdadeiro tabu raciocinar em termos do processo comum, que, paradoxalmente, vem expressando "mais majestade do que o rei", com a introdução de vários procedimentos aperfeiçoadores da Ciência Processual que consiste na realização da tutela do direito com o máximo de efetividade e o mínimo de instrumentalidade, dentro do menor tempo possível.

Se os estudiosos do Processo Comum encontram no modelo do Processo do Trabalho inspiração para concretização da "Equação Processual Perfeita" (Justiça – *tutela jurídica célere* = Mínima Instrumentalidade – *certeza e segurança formal mínima necessária*) a não-aplicação deste modelo ao Processo do Trabalho revela contradição absoluta, só justificável ante a predominante adoção de raciocínio prélógico, pelo qual se admite que o fato de os modelos administrativos pré-processuais haverem habitado desde a origem com o Direito do Trabalho, por passe mágico, comunicam suas propriedades aos modelos processuais modernos, com rejeição da técnica processual comum.

O ponto elementar do erro de raciocínio está no desvio do trânsito da inteligência hermenêutica, que deve fluir, predominantemente – método dedutivo – dos princípios para a atuação da prestação jurisdicional.

Assim como não é a força imprimida pelo movimento do satélite que revela seu sentido e sua direção, e, sim os vetores impostos pelo astro dominante, também não é a *aparência do direito* que determina o *dever-ser da norma jurídica,* cuja eficácia e normatividade são plasmadas pelos princípios gerais do Direito, centro gravitacional que transmite a todo Ordenamento Jurídico a unidade e sistematização, a razão e o valor, o sentido e a extensão do Direito.

1.2. Qual o princípio geratriz e motriz do processo?

Não deve a hermenêutica sujeitar a interpretação e aplicação dos modelos processuais ao *princípio fundamental da efetividade imediata do Direito por meio da mínima instrumentalidade necessária – fonte propulsora do processo?*

2. Da execução dos títulos extrajudiciais

Graças a este renovado impulso, gerado a partir da Escola Superior da Magistratura, pode-se compreender com fundada autoridade que o tabu deixado pela Constituição de 1946, ao transformar a Justiça do Trabalho de órgão administrativo em órgão do Poder Judiciário, começa a ser dissolvido pela inteligência de novos intérpretes do Direito ante a constatação da incongruência injustificada de se aplicar ao Processo do Trabalho os institutos sob a ótica e o clima impostos pelo absolutismo administrativista pré-1946.

A questão exige amplas considerações, contudo, para início da atuação da mais importante e revolucionária contribuição em prol da celeridade processual e do descongestionamento da Justiça do Trabalho. Convém expor os seguintes argumentos, que tornam inevitável, necessário, exigível, a aplicação no Processo do Trabalho, dos títulos executivos extrajudiciais:

a) a CLT sujeita-se à *interpretação evolutiva* em razão da época em que foi concebida, bem como condiciona-se a *reconstrução de interpretação* de seus modelos procedimentais em face da alteração radical causada pela transformação do modelo administrativo em modelo judicial, a partir da Constituição de l946;

b) por força do método e do objeto próprio da Ciência Jurídica, a extensão e o sentido do *dever-ser* contido na norma jurídica não são, necessaria-

mente, revelados pela *aparência do Direito*, pela formalidade da regra, mas pelo movimento plasmado dos *princípios gerais do Direito*; o hermeneuta pressupõe, necessariamente, que a autoridade do legislador flui da consciência coletiva e histórica do povo e que sua vontade tem *valor perfeito, lógico e justo*, por isto, na leitura jurídica, em princípio, desconsidera *o impossível, o absurdo, o contraditório, o assistemático, o inconstitucional, o ineficaz;*

c) a CLT, no artigo 876, disciplina apenas o título executivo judicial; entretanto, não se trata de *omissão excludente*, mas de *omissão impotente*, porque à época da edição da Consolidação das Leis do Trabalho, a própria "sentença trabalhista" era título extrajudicial executável perante a Justiça estadual;

d) a disciplina do artigo 585, II, do CPC, modelo de inspiração das escolas modernas, corresponde à consubstanciação do *Princípio Fundamental Ontológico do Processo*, vetor gerador e diretriz interpretativa dos instrumentos processuais, cuja atuação consiste na concretização do *máximo de celeridade da satisfação do direito material, mediante o mínimo necessário de instrumentalidade da certeza e segurança da prestação jurisdicional*; pois, o *título executivo extrajudicial*, que exclui, por inteiro, o processo de conhecimento, o recurso ordinário, o recurso de revista, todas as modalidades recursais pertinentes à árvore cognitiva principal, além do complicado procedimento de liquidação de sentença e eventual agravo de petição, encontra no Processo do Trabalho perfeita identidade de princípio, de meio e de fim; trata-se de modelo cuja natureza, dir-se-ia, se não fosse contrariado pela História, que nascera do modelo processual trabalhista, na medida que atinge o máximo de celeridade pela dissolução de, praticamente, todos os "nós de estrangulamento da celeridade processual", porque exclui o próprio processo de conhecimento, para dar ao credor, na hipótese de inadimplemento, o *título executivo perfeito*, por sua característica de *certeza e segurança* do direito, executável desde logo;

e) não se concebe, observadas as cautelas indispensáveis, quanto à formação do título extrajudicial pela vontade das partes, razões suficientes contrárias à adoção desta via de solução dos conflitos obrigacionais trabalhistas, cujo modelo exclui a atuação da própria organização judiciária, atendendo à diminuição das demandas pela forma mais eficiente e por outro lado instrumentalizando o credor pela forma mais célere de satisfação do direito construído pelas próprias fontes geradoras do conflito; ainda porque ao credor caberá escolher a via de execução imediata do título executivo extrajudicial ou, ignorando-o, por eventual vício, ajuizar a ação que melhor atenda a sua pretensão;

f) alguns exemplos podem, preliminarmente, ser citados: 1) tem sido comum na região de Franca-SP, a constituição de títulos extrajudiciais patrocinados por entidade sindical para solução de pendências relacionadas com dezenas e centenas de trabalhadores, que são despedidos por motivo de fechamento de empresas, ante a crise calçadista precipitadas por problemas econômico-financeiros e clima político local e geral, como o direito a ser protegido é do trabalhador, esta hipótese pode ser enquadrada satisfatoriamente no inciso II do artigo 585 do CPC, terceira hipótese: "instrumento de transação referendado pelos advogados dos transatores", combinado com o artigo 477, § 1º, da CLT; 2) acordo feito pelo trabalhador perante o Ministério do Trabalho, na forma do artigo 585, II, combinado com o artigo 477, § 1º, da CLT, permissivo contido na primeira hipótese que se refere a "ou outro documento público"; 3) acordo promovido pela Procuradoria do Trabalho, tanto em ação civil pública (Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, art.83, III), bem como nas ações individuais previstas no artigo 793 da CLT; 4) por escritura pública, primeira hipótese do inciso II do art.585 do CPC; 5) por documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas instrumentárias, em que o empregador confesse a dívida, segunda hipótese prevista no dispositivo em estudo; 6) e, finalmente, para reforço da legitimidade, oportunidade e eficácia da execução de título extrajudicial perante a Justiça do Trabalho, faz-se referência à *Ação Monitória*, introduzida pela Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995 – arts. 1.102a, 1.102b, 1.102c do CPC – (*DOU*, 17.7.95), pela qual, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, exigir-se-á pagamento de soma em dinheiro, sendo o réu citado para pagar ou oferecer embargos, em quinze dias, transformando-se, de pleno direito, pela omissão do réu ou por rejeição dos embargos, em título executivo judicial.

Procedimentos para a contratação direta (art. 26)

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES

SUMÁRIO

1. Os processos de dispensa e de inexigibilidade de licitação. 1.1. Fases do procedimento. 1.2. A instrução do processo. 1.2.1. A instrução. Formalidades.1.2.2. A instrução. Conteúdo. 1.3. A justificativa da dispensa ou inexigibilidade de licitação. 1.4. Justificativa da escolha do contratado. 1.5. Justificativa do preço. 1.6. Objetos singulares e o preço. 1.7. Superfaturamento. 1.8. Comunicação à autoridade superior. 1.9. Decisão da autoridade superior. 1.10. Publicação.

Estabelece a nova Lei de Licitações e Contratos que constitui crime deixar de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade e à dispensa de licitação[1].

Com esse normativo a lei colocou em igualdade de tutela o dever de licitar com o dever de a Administração Pública seguir, pontualmente, os procedimentos estabelecidos para promover a contratação direta. Rigoroso demais para alguns, o dispositivo legal constituiu significativo avanço para outros.

Parece efetivamente que o art. 89 da Lei nº 8.666/93 situa-se na linha evolutiva do aperfeiçoamento da Administração Pública, pois não raro as justificativas da contratação direta eram elaboradas posteriormente à celebração do contrato, à sua execução, e, às vezes, só após a ação dos órgãos de controle, onde passavam a desafiar a criatividade dos órgãos jurídicos das entidades públicas.

O fato é que, com o advento desse diploma legal, passou haver maior preocupação com os procedimentos que devem ser adotados para que a contratação direta seja considerada regular.

[1] V. art. 89.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, instrutor do Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, onde ministra a disciplina Análise de Licitações e Contratos, e do Centro Brasileiro para Formação Política. É Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UDF.

É possível vislumbrar, ainda no rigor imposto pelo art. 89, que à médio prazo reverterá em benefício para o próprio agente público que, justificando previamente os atos de dispensa e inexigibilidade, não será mais tarde surpreendido, por vezes, até decorridos alguns anos da exoneração ou aposentadoria, ao ser citado para explicar alguma contratação direta.

1. Os processos de dispensa e de inexigibilidade de licitação

Há na lei[2] referência a existência de processos de dispensa e inexigibilidade de licitação fazendo surgir dúvidas se tais processos teriam caráter autônomo ou seriam elementos integrantes de outros processos.

Analisando o conjunto de disposições da Lei nº 8.666/93 parece correto concluir que a redação do parágrafo único não se refere a existência de processos autônomos de dispensa ou de inexigibilidade, mas que na sua redação foi utilizada a forma elíptica, reduzida, para expressar que os processos de compras, obras, serviços e alienações da Administração que concluírem pela dispensa ou inexigibilidade de licitação serão instruídos com os elementos ali indicados.

Nesse sentido dispõe o art. 39 da Lei nº 8.666/93, que disciplina o procedimento da licitação, genérico, que o mesmo será "iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa", ao qual será oportunamente juntado, na forma do inciso VI, do mesmo artigo:

> "VI – pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;"

Até por economia processual, tudo está a indicar que a deliberação pela contratação direta, seja por dispensa, seja por inexigibilidade de licitação, deve integrar os mesmos autos do processo de licitação, terminologia empregada em sentido lato, o qual será concluído com a contratação e adimplemento das obrigações das partes.

Se a conotação prática corrobora esse entendimento também a teórica o abona: procedimento, na lição de Celso Antonio Bandeira de Melo é uma "sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo"[3].

Se o procedimento tem por objetivo o alcance de um resultado, todo o conjunto de atos visando à aquisição devem integrar um só processo, mesmo que com vários volumes, como imperativa determina o art. 38 da Lei de Licitações.

Em registro singular, o Tribunal de Contas da União já recomendou que o termo de contrato fosse juntado ao respectivo processo licitatório[4].

1.1. Fases do procedimento

O procedimento da dispensa e inexigibilidade apresenta fases próprias, atípicas em relação aos demais procedimentos administrativos regulados por lei, e sua conclusão de forma correta foi erigida como condição de eficácia dos atos pelo legislador. Portanto, a rigor, mesmo que o contrato tenha sido assinado, enquanto não acabado os procedimentos delineados no art. 26 o mesmo não pode produzir efeitos válidos sob a ordem jurídica, como será visto.

São as seguintes as fases do procedimento para a dispensa ou inexigibilidade de licitação:

- instrução, abrangendo a justificativa:
  - da dispensa ou inexigibilidade;
  - da escolha do fornecedor; e
  - do preço contratado;
- a comunicação à autoridade superior;
- a ratificação da dispensa ou inexigibilidade;
- a publicação da decisão.

1.2. A instrução do processo

No *caput* do art. 26, combinado com o respectivo parágrafo único, vislumbra-se que a instrução do procedimento de dispensa e inexigibilidade de licitação devem ser elaboradas com a justificativa da situação que a ensejou, da escolha do fornecedor e do preço contratado.

[2] V. art. 26, parágrafo único.

[3] O excessivo rigor tem feito muitos autores se afastarem do termo processo, pela inexistência de lide a compor. Parece razoável o emprego do termo em Direito Administrativo por transladação de sentido, como sói acontecer em diversos casos da língua portuguesa.

[4] V. relatório do processo nº TC 500.169/92-6, que fundamentou o acórdão nº 488/94 - TCU - 1ª Câmara, adotado na sessão de 22.11.94.

Em princípio, a instrução do processo é cometida a autoridade que normalmente autoriza a contratação e sua equipe, podendo, ainda, tal tarefa contar com a participação da Comissão de Licitação e do órgão jurídico da unidade.

A lei não esclarece, com acerto, qual é o órgão competente para instruir o processo de dispensa ou inexigibilidade, nem qual é a autoridade competente para a ratificação do ato. A única vez em que a lei enfrentou a questão de definir a autoridade para a prática de um ato foi no art. 87, § 3º, quando se referiu ao agente capaz para aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade. Em todos os demais casos a questão deve ser resolvida mediante consulta aos regulamentos dos órgãos; se omissos, recomenda-se que a decisão seja adotada pela autoridade responsável pela definição dos procedimentos licitatórios e, na ausência de estruturação de órgão próprio para essa atividade, pelo responsável pela assinatura dos contratos. A autoridade para ratificação da decisão de dispensa ou inexigibilidade de licitação é a imediatamente superior.

Nos cursos de que temos participado adotamos como procedimento recomendar que as autoridades responsáveis sejam as diretamente vinculadas ao processo decisório, pois não raro submetem-se algumas dessas deliberações ao, por exemplo, Prefeito, autoridade por demais sobrecarregada com inúmeros afazeres que não terá condições e capacidade técnica de ficar reexaminando esses atos, conseguindo-se, no máximo, atrair para tal agente político a responsabilidade por um ato que praticou por mera formalidade, no arcabouço de uma emperrada máquina burocrática centralizadora.

A respeito o Decreto-Lei nº 200/67 pragmaticamente estabeleceu como linha diretiva que a administração casuística, assim entendida a decisão de casos individuais, compete, em princípio, ao nível de execução, especialmente aos serviços de natureza local, que estão em contato com os fatos e com o público[5].

Não raro ex-autoridades da Administração são surpreendidas por citação em processos de tomada de contas especiais, perante os Tribunais de Contas, por terem assinado um daqueles inúmeros papéis, no afogadilho do turbilhão de despachos, sem exame de mérito. Já sustentou-se alhures que a grande maioria erra por ignorância e uma pequena minoria movida por interesses escusos.

A efetiva descentralização do processo decisório, inclusive da responsabilidade pela ratificação da deliberação pela contratação direta, incumbindo tais misteres aos que possuem domínio técnico para enfrentar o tema, liberará as autoridades políticas para suas precípuas atividades e para aperfeiçoar o controle sobre as atividades, além de exonerá-las, pelo menos em princípio, da responsabilidade por assunto de alta indagação jurídica e técnica.

1.2.1. A INSTRUÇÃO. FORMALIDADES

Iniciando-se o processo com a manifestação de um órgão no sentido de promover alguma contratação, os autos seguirão para obter a autorização para o desencadeamento do processo de contratação com a descrição sucinta do objeto, da estimativa de preço e da declaração pelo órgão orçamentário-financeiro da existência de recursos[6].

Procedendo-se desse modo, várias e difíceis situações serão obviadas no decurso do processo, além de representar o pontual acatamento da Lei.

Na descrição do objeto, pela área técnica que o necessita, poderá ser incluída característica restritiva da competitividade, vedada pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.666/93, fato que será apreciado pela Comissão de Licitação[7].

A Comissão de Licitação poderá ou não ter condições de emitir o laudo técnico ou parecer jurídico sobre a dispensa ou inexigibilidade de licitação, dependendo da capacitação de seus

[5] Art. 10, § 3º, do DL 200/67.

[6] Admite-se como regular também a indicação de que os recursos foram inseridos na proposta orçamentária quando essa ainda não estiver aprovada.

[7] A propósito da Comissão de Licitação temos sugerido a sua instituição, como regra em caráter permanente, com servidores à disposição integral dessa atividade, como forma de capacitá-los pela especialização. Também recomendamos que a comissão seja integrada por três ou cinco servidores do órgão encarregado de promover as licitações na modalidade do convite, e examinar as dispensas e inexigibilidades de licitação; sempre que for necessário realizar licitação em outra modalidade, sejam agregados a esses servidores que compõem a Comissão permanente dois elementos da área técnica, para que assumam juntos a responsabilidade pela parte técnica que se fizer necessária. A experiência tem demonstrado que a estruturação orgânica da unidade, com gratificações aos seus membros e dedicação integral é o meio mais eficaz para evitar problemas maiores para os ordenadores de despesa e gestores de um modo geral.

membros e dos cargos que ocupam dentro da organização. É recomendável, porém, que esse documento pela extrema importância de que se reveste conte com a participação do corpo técnico, que pretende induzir a contratação direta, além de merecer a oitiva da unidade jurídica respectiva.

Nos estritos termos legais, a interpretação mais rigorosa demonstra ser necessário apenas um ou outro para subsidiar a deliberação pela contratação direta. Obter os dois, ou fazer registro da manifestação do corpo técnico ratificando ou embasando a decisão pela contratação direta, constituem cautelas que o dirigente do órgão pode adotar, aliás em seu próprio benefício.

As peças dos autos que justificam a contratação direta, como as demais do processo, são numeradas e rubricadas e quando viável inseridas nos autos mediante por "termo de juntada".

1.2.2. A instrução. Conteúdo

Em que consistem as justificativas que a Lei nº 8.666/93, nos arts. 26, *caput*, e respectivos incisos, e 38, inciso VI, se referem?

É um documento em que a Administração explicita as razões da contratação direta, demonstrando a ocorrência de todos os requisitos exigidos pela lei para que o órgão possa contratar diretamente, além de evidenciar os motivos da escolha do fornecedor ou executante e explicitar a justificativa do preço contratado.

Assim, o conteúdo varia conforme o caso em que se fundamenta, ficando sempre demonstrada a ocorrência de todos, sempre todos, os requisitos legais. Mais do que isso, deve o administrador evidenciar, demonstrar, que foi diligente no trato do erário e está atento ao interesse público, porque a licitação tradicionalmente é o procedimento por meio do qual a Administração busca selecionar o interessado que apresente a proposta mais vantajosa para o futuro contrato de seu interesse. Como a proposta mais vantajosa é o objetivo da licitação, quando o administrador decide deixar de realizar a licitação, atrai para si a presunção *jure et de jure* de que abandonou a busca da proposta mais vantajosa. Caber-lhe-á, portanto, demonstrar cabalmente, contra a presunção legal, para atender o ônus da prova.

1.3. A justificativa da dispensa ou inexigibilidade de licitação

No *caput* do art. 26 estabelece a Lei nº 8.666/93 que "as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XX do art. 24, as situações de inexigibilidades referidas no art. 25, necessariamente justificadas..."

É a efetivação normativa do princípio da motivação dos atos administrativos que dia-a-dia se firma no Direito Administrativo, como norma que há muito era reclamada pela doutrina.

Hely Lopes Meirelles, amparado em Bielsa, esclarece que "por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de *fato* (motivos-pressupostos) e de *direito* (motivos-determinantes da lei)"[8].

A "transparência" que a sociedade reclama do processo decisório administrativo[9] é traduzida juridicamente como o dever de fundamentar as decisões, demonstrando o elo que une a prática do ato ao interesse público mediato ou imediato. Quando a finalidade do ato não se encontra nos parâmetros precitados, impõe-se a sua anulação por desvio de finalidade, que é a outra face da motivação.

A justificativa é elemento essencial à prática dos atos, não se restringindo aos casos citados expressamente no *caput* do art. 26.

Quando a descrição do objeto for relevante para definir a contratação direta, deverão ainda ser registradas que as características restritivas da licitação são necessárias e indispensáveis ao atendimento do interesse público.

Além das razões devem integrar a justificativa os documentos em que o administrador se baseou para firmar sua convicção e, se já integrantes dos autos, fazer referência às páginas onde se encontram.

É, pois, imperioso que a justificativa evidencie todos os requisitos necessários à caracterização da situação que o legislador erigiu como condição *sine quoa nom* à contratação direta.

Cabe asserir que o *caput* do art. 26 estabelece o comando geral, no sentido de que as dispensas elencadas nos arts. 17, §§ 2º e 4º, 24,

[8] Direito Administrativo Brasileiro, 18ª ed., p. 180.

[9] A propósito consulte Lúcia Valle Figueiredo, *Direito dos Licitantes*, p. 93.

incisos III a XX e as inexigibilidades do art. 25 sejam necessariamente justificadas e, no inciso I do parágrafo único do art. 26, manda instruir os processos com a "caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso", levando os mais apressados intérpretes à idéia de que se trata de repetição do comando anterior inserido no *caput* do artigo.

Não é, porém, o que ocorre. O legislador enfatizou parcialmente os requisitos do inciso IV, do art. 24, pela necessidade de que sejam evidenciados também os fatos que normalmente ficam como notórios em uma comunidade, mas com o tempo, ou num amplo contexto deixam de ser perceptíveis. Mesmo numa situação emergencial deve o administrador evidenciar os motivos do seu convencimento pela necessidade da contratação direta, não podendo limitar-se à declaração de que há uma emergência ou calamidade, devendo caracterizá-la. Aliás, como visto, a lei não se satisfaz com a demonstração dos elementos apontados no inciso I do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, pois há outros requisitos inafastáveis a serem observados.

1.4. Justificativa da escolha do contratado

No inciso II do parágrafo único do art. 26, estabeleceu o legislador que o processo de dispensa ou inexigibilidade deve ser instruído com a razão da escolha do fornecedor ou executante.

Haverá casos em que a licitação é dispensada ou inexigível em razão direta da pessoa do fornecedor como sói acontecer nos casos referidos nos incisos VIII, X, XI, XIII, XVI e XX do art. 24, quando é a peculiar condição do agente que autoriza a contratação direta, desde que atendidos os demais requisitos da lei. Nessa hipótese haverá íntima relação entre a justificativa da situação geradora da dispensa ou inexigibilidade de licitação e o atendimento da instrução, explicitando as razões de escolha do fornecedor.

Em outras hipóteses, porém, evidenciada a situação que autoriza a contratação direta, ainda se mostrará imperioso que sejam explicitadas as razões que levaram a contratar determinado profissional ou empresa. Assim ocorre, *v.g.*, nas hipóteses dos incisos III, IV, V, VI, VII, IX, XII e XVIII do art. 24, em que mesmo evidenciada a situação que caracteriza a dispensa ou inexigibilidade de licitação, restará certa margem de subjetivismo para o administrador escolher quem contratar. É justamente nessa justificativa que se pode avaliar a correção do procedimento do agente público, seu discernimento elevado, sua aptidão para gerir interesses públicos.

Para essa justificativas são admissíveis motivos ou razões que se incluídas em um ato convocatório ensejariam sua nulidade. É o caso, por exemplo, da justificativa para escolha do fornecedor que se faz pela proximidade do mesmo com a comunidade afetada pela emergência. Enquanto, em condições normais não poderia o administrador pautar-se pela localidade da sede do estabelecimento do contratado para promover a contratação, ou mesmo incluir essa condição para a habilitação no processo licitatório, ou decisão, em caso de empate, aqui ela pode ser erigida como critério para escolha de um entre vários possíveis fornecedores, para a contratação direta, desde que a localização geográfica possa contribuir para a rapidez ao atendimento das pessoas em situação de risco, ou minorar-lhes o sofrimento.

Pode também prevalecer o interesse em diversificar os vendedores, no caso de aquisição de hortifrutigranjeiros prevista no inciso XII, para preservação do princípio da isonomia entre os feirantes, fato também não permitido em atos convocatórios.

Outra hipótese interessante vislumbra-se no caso referido no inciso XIX do art. 24, em que pode estar subjacente o interesse de repartições militares federais de capacitar indústrias nacionais para eventual esforço de guerra, na medida em que desenvolve o projeto de um veículo blindado, por exemplo, e o encomenda a uma indústria do Rio Grande do Sul, outra de Minas Gerais, outra de Cuiabá, outra de Rondônia, outra de Fortaleza, criando em vários pontos do território nacional unidades de apoio logístico. Esse é um caso em que a justificativa da escolha do fornecedor ou executante se sobrepõe à justificativa de preço, vez que na verdade estará subsidiando a indústria nacional para a defesa e equipagem das forças militares.

O atendimento dessa exigência constitui ponto angular da declaração de inexigibilidade com supedâneo no art. 25, incisos I, II e III, da Lei nº 8.666/93.

1.5. Justificativa do preço

É sempre importante notar que todas as contratações devem apresentar a justificativa de

preço do contrato.

Sendo a base nas licitações a busca da proposta mais vantajosa e o tipo[10], como regra geral, o menor preço, encontrando o administrador o menor preço entre os possíveis contratantes, atendido estará esse requisito do procedimento.

O preço de mercado pode ser a justificativa do preço, quando foram atendidos os demais requisitos que autorizam a contratação direta, ou quando a lei determina a sua observância, como no caso dos incisos VIII, X, XII e XX do art. 24 da Lei de Licitações.

Ocorre que a indicação de que o objeto foi contratado pelo preço de mercado não define propriamente o critério de escolha, pois sendo compatível com o mercado, foi mantida a impessoalidade que não definiu a razão da contratação e, muitas vezes poderá ter que sobre a justificativa do preço residir toda a definição de escolha entre vários possíveis fornecedores ou executores dos serviços ou obras. É o que pode ocorrer por exemplo com a contratação realizada em caráter emergencial, ou na compra de gêneros perecíveis, e ainda no caso do inciso XIV, em que há alusão a condições manifestamente vantajosas, entre as quais poderá estar o preço.

1.6. Objetos singulares e o preço

É comum que determinadas contratações que recaem sobre objetos singulares encontrem nessa justificativa declarações evasivas. Mesmo os objetos de natureza singular têm um preço estimado no âmbito da razoabilidade, e, para ilustrar, basta lembrar que os leilões para objetos de arte se iniciam com uma avaliação prévia e fixação de um lance mínimo. Todos os bens e atividades humanas possuem um valor que pode ser traduzido em moeda, pois se não tiverem valor econômico não podem ser objeto de contrato[11].

Antes de proceder a qualquer contratação, a Administração deverá conhecer o total da despesa que, por estimativa, será necessário realizar com o objeto pretendido.

O prévio conhecimento do valor a ser despendido constitui dever inafastável há muito tempo consagrado na legislação pátria e reiterado em vários dispositivos da Lei nº 8.666/93.

Alude o precitado diploma legal, de modo explícito, a essa exigência, de forma direta, em nada menos que três dispositivos, nos seguintes termos:

- para obras e serviços, como condição indispensável e antecedente à realização da licitação, dispõem os incisos II e III do § 2º do art. 7º:

> "Art.7º – As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:
>
> I – ...
>
> II – ...
>
> III – ...
>
> § 1º – ...
>
> § 2º – As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:
>
> I – ...
>
> II – existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;
>
> III – houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;"[12]

- para contratos de compras existe igual dispositivo no art. 14, *caput*, que exige sejam indicados os recursos orçamentários para o seu pagamento, o que só poderá ocorrer se a administração tiver razoável estimativa dos preços praticados no mercado;

- genericamente, igual preceito foi estabelecido no *caput* do art. 38, ao impor que o processo licitatório se inicia com uma série de elementos, entre os quais a indicação da existência dos recursos próprios para a realização da despesa, que de igual modo ao exposto no parágrafo precedente faz pressupor estudo prévio de estimativa do valor a ser despendido.

Esse conjunto de preceitos restaria vazio de significado se fosse inaplicável aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, vez que como dito também os processos de contratação direta se iniciam com a descrição do objeto e estimativa de custo, para que no seu desenvolvimento numa etapa posterior seja declarada a desnecessidade ou impossibilidade de adoção do processo seletivo.

Assim, em regra de boa técnica administra-

[10] V. arts. 45, § 1º, e 46, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

[11] Sobre critérios de aceitabilidade de preços, ver trabalho da Professora Alice Gonzales Borges, no *BLC* nº 8/94, p. 361.

[12] V. art. 7º, § 9º, da Lei nº 8.666/93.

tiva, quando a autoridade vai deliberar sobre a dispensa ou inexigibilidade de licitação, já consta dos autos a estimativa de preços.

Essa estimativa pode até, dependendo das circunstâncias, ser um documento singelo, informando sumariamente as lojas consultadas, o vendedor contatado e o preço ofertado, podendo inclusive ser feita por telefone, com registro do número nesse documento, seguindo-se uma apuração da média do valor, por exemplo. O universo a ser pesquisado não precisa ser amplo, podendo-se restringir a consulta a poucas empresas, de acordo com o mercado. Já quando se faz necessária a planilha de custo deverá haver descrição de cada item, que compõe o serviço ou obra, a ser utilizado e o respectivo preço encontrado; enquanto se admite menor formalismo na obtenção dos preços médios ou praticados no mercado, o maior esforço técnico reside precisamente na elaboração dos itens da própria planilha, que dependendo do objeto pretendido poderá ser um dos documentos mais complexos do processo de licitação e contratação. Todo o empenho dedicado pelos órgãos técnicos na sua elaboração reverterão em benefício da própria Administração e dos futuros contratados, que terão mais um indicativo para precisar a sua proposta e definir com clareza o que o contratante pretende.

Algumas críticas têm sido formuladas ao disposto no art. 40, § 2º inciso II, da Lei nº 8.666/93, que determina a juntada da planilha de custo como anexo obrigatório do edital. Sustentam uns que quando os licitantes tomam conhecimento do preço orçado pela Administração, dificilmente ofertaram preços inferiores; outros afirmam que essa prática resultará nos mesmos problemas que o tipo de licitação preço-base traziam para a Administração, pois o custo previsto será o limite mínimo das cotações.

Tais críticas parecem olvidar que a Administração, no plano legislativo, sempre teve que ter tais elementos em mãos para proceder ao processo licitatório, e às vezes até utilizá-lo para desclassificar propostas com preços abusivos ou inexeqüíveis, constituindo relevante elemento no processo decisório. O que a nova Lei de Licitações fez foi obrigar a Administração evidenciar os critérios que utilizou para estimar o preço da contratação e mais tarde o julgamento do valor das propostas.

Expendidas essas breves considerações tópicas sobre a planilha de custo, cabe obtemperar que se a Administração tiver procedido a sua elaboração, como aliás recomenda o Colendo Tribunal de Contas da União,[13] a justificativa de preço poderá ser uma reiteração dos seus termos, ou uma explicação dos motivos pelos quais foram obtidos preços superiores, vez que em alguns casos de dispensa, busca-se o critério de vantagem, mais amplo, com a tutela de outros valores jurídicos além do menor preço, como ocorre com o disposto nos incisos XIII e XIV do art. 24, por exemplo.

A regra inafastável que precisa ficar definida é que a Administração não pode justificar o preço com a mera declaração de que em virtude da inexigibilidade da licitação verificada na espécie contratou com o preço cotado pelo único fornecedor, ou único possível contratado. Justificar o preço não é, em absoluto, informar que a Administração se sujeitou ao preço imposto pelo contratado. O sentido do termo é muito mais amplo: justificar o preço é declarar, conforme o que for determinado em cada inciso ou parágrafo do artigo que autoriza a contratação direta se o valor contratado é compatível com o de mercado, ou se é o preço justo, certo, que uma avaliação técnica encontraria. Afinal, a norma seria inútil se fosse suficiente informar que esse foi o preço contado pelo fornecedor ou executor, e é elementar em hermenêutica que a lei não contenha palavras supérfluas. Uma antiga parêmia latina recomendava: *Commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat*, significando em vernáculo que se deve preferir a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, em vez da que os reduza à inutilidade[14].

A responsabilidade pelo eficiente emprego de recursos públicos deve ser uma meta do Administrador diligente, pois o Brasil é um País de carências e com uma grande dívida social a resgatar. Além disso só há legitimidade no emprego dos recursos que são compulsoriamente "extraídos do bolso do contribuinte" se ficar evidenciado em cada passo o zelo; jamais a submissão da Administração, encarregada da realização do interesse público, ao interesse de um particular no lucro abusivo pode justificar o preço da contratação.

[13] V. Decisão nº 314/94 - TCU - 2ª Câmara, adotada em 1.12.94.

[14] Maximiliano, Carlos, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 10ª ed., p. 423, verbete 305.

1.7. Superfaturamento

Como no ato de julgamento da licitação deverá a autoridade responsável atestar que o preço da proposta vencedora é compatível com os de mercado[15], na justificativa do preço, exigida pelo art. 26, parágrafo único, inciso III deverão ficar evidenciadas todas as justificativas do preço para a contratação.

Como as dispensas e inexigibilidades de licitação têm a publicidade em menor extensão, o legislador, no art. 25, § 2º, estabeleceu regra fixando o liame da solidariedade entre o agente responsável pela contratação e a pessoa, física ou jurídica, contratada. Obviamente, para tal fim considera-se a autoridade responsável pela contratação não só a que delibera sobre a contratação direta, como também a que a homologa.

Deve ser lembrado que a penalidade imposta pelo precitado dispositivo abrange todos os casos de licitação dispensada e dispensável, além dos inexigíveis, inclusive os incisos I e II do art. 24 da Lei de Licitações.

O exame da conduta do agente público e a responsabilidade poderá ser apurada:

a) no próprio órgão, em processo administrativo. Na esfera federal, os servidores vinculados ao regime jurídico único, instituído pela Lei nº 8.112/90, responderão a processo administrativo disciplinar, com garantia de ampla defesa, nos termos do art. 143, do precitado diploma legal. A apuração de responsabilidade constitui um dever para os superiores hierárquicos, nos termos desse mesmo dispositivo;

b) pelas Cortes de Contas, em processo de tomada de contas especial, que é um tipo de procedimento administrativo, de natureza peculiar, instituído para apurar responsabilidades que, em decorrência da conduta de agentes públicos tenha gerado prejuízo ao erário[16]. É interessante notar que o art. 8º, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União - Lei nº 8.443/92 pouco conhecido dos que não têm contato direto com os Tribunais de Contas, estabelece que diante da ocorrência de qualquer ato ilegal, ilegítimo, ou antieconômico de que resulte prejuízo ao erário, *sob pena de responsabilidade solidária, a autoridade administrativa competente* deverá adotar providências com vistas à *instauração de tomada de contas especial*. Esse processo, cuja tramitação é semelhante ao processo administrativo comum, do qual é uma espécie, tem a característica peculiar, entre outras, de ser instaurado pela Administração e julgado, privativamente, pelo Tribunal de Contas. Ao ensejo é dever salientar que vários Tribunais de Contas estaduais repetiram esse dispositivo em suas Leis Orgânicas;

c) em ação civil pública ou popular, no âmbito judicial, sendo que ficarão responsáveis, então, pelo ônus da prova do superfaturamento a Administração ou o Ministério Público.

Insta salientar que o ressarcimento poderá ser efetivado na via administrativa:

- por iniciativa do próprio interessado, diretamente no órgão em que foi apurada a irregularidade, ou no momento da citação em processo de tomada de contas especial, no âmbito dos Tribunais de Contas;

- ainda, por iniciativa do interessado, quando da condenação pelas Cortes de Contas;

- em processo cível de execução de dívida, em razão do acórdão condenatório do Tribunal de Contas, o qual, a propósito, tem força de título executivo.[17]

Do mesmo modo no âmbito judicial, valendo salientar que o pagamento ou o pedido de parcelamento da dívida equivale à confissão e é irretratável.

1.8. Comunicação à autoridade superior

Firmado o entendimento de que não há na Lei nº 8.666/93 dispositivo definindo, qual é a autoridade a ser comunicada, ficando a sua definição para o regulamento interno do órgão, e, na omissão desse, o dirigente ao qual estiver subordinada a comissão de licitação ou o responsável pela declaração de que a licitação é dispensada ou inexigível.

A comunicação referida deve efetivar-se por despacho fundamentado, acompanhado das justificativas da caracterização dos requisitos estabelecidos no inciso/artigo para a dispensa ou inexigibilidade, além da motivação da escolha do fornecedor e a justificativa do preço.

Formalmente essa comunicação é uma peça

[15] Art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

[16] Sobre tomada de contas especial consulte a Lei nº 8.443, de 16.7.92, art. 8º, e arts. 142 e 191 do Regimento Interno do TCU, aprovado pela Resolução nº 15/93, do TCU; e artigos doutrinários: "A citação e a resposta em processo de tomada de contas", publicado no *Boletim de Direito Administrativo*, out./92, p. 586, e "Tomada de Contas Especial" publicado no *Boletim de Direito Administrativo*, jan./94, p. 24.

[17] Art. 71, § 3º, c/c art. 75 da CF/88.

do próprio processo de aquisição, permitindo que a autoridade superior, à vista de todos os elementos do processo, possa examiná-lo na sua inteireza, se necessário.

Estabelece o *caput* do art. 26 que a comunicação deve efetivar-se no prazo de três dias, cuja contagem se processa nos termos do art. 110 da Lei nº 8.666/93, excluindo-se o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento. Do mesmo modo, aproveitando-se a regra insculpida no parágrafo do mesmo artigo, os prazos, só se iniciam e vencem no dia em que houver expediente no órgão ou entidade. Exemplificando: uma deliberação pela contratação direta, adotada numa sexta-feira, em um órgão municipal que não tenha expediente no sábado e no domingo, terá o seu primeiro dia, na contagem dos três, iniciado na segunda-feira, porque não se inclui na contagem o dia do início (sexta-feira) e a contagem não se inicia se não houver expediente no órgão, razão pela qual o prazo para comunicação vence na quarta-feira. Considera-se comunicada a autoridade superior no momento em que o processo é entregue no respectivo órgão.

Obviamente, como os contratos não têm eficácia enquanto não ratificados e publicados, todos os órgãos deverão empenhar-se no cumprimento dos prazos, especialmente se houver urgência na contratação.

1.9. Decisão da autoridade superior

A lei refere-se à necessidade de ratificação do ato que declara inexigível ou dispensável a licitação, mas é evidente que a autoridade superior pode também não ratificá-lo, ou requerer novos esclarecimentos.

A lei não obriga a ratificação, ficando essa condicionada ao exame do processo. Recebendo-o, essa autoridade terá as seguintes alternativas: a) reconhecendo que ocorrem os pressupostos para a contratação direta, ratificará o ato e, dentro do prazo de cinco dias, efetivará a sua publicação na imprensa; b) verificando não estarem preenchidos os requisitos que autorizam a dispensa ou inexigibilidade da licitação, poderá, de plano, não o ratificando, anular a decisão do órgão inferior, e se for o caso, determinar a apuração de responsabilidade. É desnecessária a publicação da decisão, mas recomendável que a não-ratificação seja adotada no qüinqüídio legal; c) entendendo que a instrução está incompleta, fazendo-se necessários outros esclarecimentos, no mesmo prazo devolverá os autos à origem para que seja completado com as informações que requerer.

Ao ratificar um ato sem amparo na lei, e, portanto, ilícito, a autoridade superior atrai para si a responsabilidade solidária pelos prejuízos que dele advier, ou pela simples infração legal, quando não ficar evidenciado dano ao erário, podendo ser também penalizada com multa aplicada pelos Tribunais de Contas, nesse último caso[18].

1.10. Publicação

A publicação só se impõe se o ato for ratificado pela autoridade superior e o prazo é conjunto para a decisão de ratificar e para a publicação.

Como estabelecido no *caput* do art. 26, a publicação deverá ocorrer na imprensa oficial do órgão, que poderá ser o *Diário Oficial* do Município, do Estado, do Distrito Federal ou da União, de acordo com a esfera de governo ao qual estiver vinculado o órgão. Nos Poderes Legislativo e Judiciário, se o órgão oficial de publicação definido por lei for o Diário do Legislativo ou de Justiça, é admissível que aí sejam publicados os despachos de ratificação.

Observe-se que enquanto para o art. 21 - que trata da publicação de editais de licitação - a publicação no *Diário Oficial* do Município não tem valor, para os despachos de ratificação, são plenamente válidos.

Inadmite-se a publicação em boletins dos órgãos, quadro de avisos, por mais ampla que seja a sua distribuição, pois a lei exige a publicação na imprensa oficial, exatamente para permitir o melhor acompanhamento pelos órgãos de controle.

Parece oportuno registrar que a Secretaria do Tesouro Nacional, orientando os órgãos a ela vinculados, expediu a Mensagem CONED/STN nº 360.830, de 24.1.94, com o seguinte teor, cuja reprodução parece conveniente, até porque é bastante elucidativa:

> Com o objetivo de racionalizar procedimentos e reduzir custos, recomendamos orientar as unidades sob sua jurisdição no sentido de se publicar o reconhecimento/ratificação da inexigibilidade de licitação nos casos de fornecimento

[18] V. art. 71, inciso VIII, da CF/88, art. 19, da Lei nº 8.443/92 - Lei Orgânica do TCU, e art. 154, parágrafo único do Regimento Interno do TCU.

de energia elétrica, telefone, água e esgoto, e gás canalizado, em um único expediente, com um mínimo de informações, quais sejam:

- Nº do Processo:
- Contratado;
- Objeto;
- Nº do contrato (se houver);
- Data;
- Valor;
- Nº do empenho;
- Elemento de despesa;
- Data; e
- Valor.

A recente evolução da ação civil pública

Usos e abusos. Análise de sua patologia

ARNOLDO WALD

SUMÁRIO

1. Da importância e das características do instituto. 2. Da recente patologia das ações civis públicas. 3. Conclusões.

1. DA IMPORTÂNCIA E DAS CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO

A ação civil pública, na sua atual regulamentação constitucional e legal, constitui uma inovação e uma conquista para a solução rápida e eficiente dos conflitos de interesses, ensejando o acesso à Justiça de todas as classes sociais.

Cabe indicar, inicialmente, a existência de um certo parentesco entre o mandado de segurança, a ação popular e a ação civil pública, por serem remédios especiais, de natureza e origem constitucional, que se destacam e dissociam da técnica e até da filosofia tradicionais do processo civil clássico. Essa analogia entre os três institutos é, ao mesmo tempo, técnica e filosófica, por se caracterizarem, todos eles, pelo fato de serem instrumentos de conteúdo mais denso[1], refletindo o aprimoramento institucional do Estado de Direito, com alguma vinculação histórica com o *habeas corpus*, e destinando-se à proteção do indivíduo contra o poder público, no caso do mandado de segurança, ou para a defesa da sociedade, ou de seus membros, em casos especiais que justificam um procedimento mais rápido e a legitimidade extraordinária, como ocorre nas hipóteses das ilegalidades que ensejam a lesão do patrimônio público, justificando a propositura da ação popular, e da

Arnoldo Wald é Advogado no Rio de Janeiro e Professor Catedrático de Direito Civil na UERJ.

[1] WALD, Arnoldo. *O Mandado de Segurança na Prática Judiciária*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1968, nº 40, p. 111 e ss.

defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos individuais, no caso da ação civil pública.

São institutos que honram a ciência jurídica brasileira e revelam a sensibilidade do legislador e do Poder Judiciário, em questões básicas ligadas à proteção dos direitos individuais, à moralidade administrativa, à ecologia, à proteção do consumidor e ao patrimônio cultural e artístico. Já tivemos o ensejo de afirmar que, do mesmo modo que um país adquire dimensões internacionais pela sua produção industrial ou pelo trabalho científico ou artístico nele realizado, a introdução de técnicas jurídicas mais sofisticadas para a proteção do indivíduo e o desenvolvimento da ciência jurídica, para este fim, constituem elementos indiscutíveis da grandeza e da importância de uma nação.

É por este motivo que um ilustre processualista espanhol já disse em relação ao mandado de segurança – mas a lição também se aplica, por analogia, à ação civil pública – que "os processualistas brasileiros sentem um verdadeiro fervor cívico em relação a esta instituição, comparável ao orgulho que os espanhóis sentem pelos processos forais de Aragão, os ingleses pelo *habeas corpus* e os mexicanos pelo amparo. Este entusiasmo se justifica plenamente e tem levado os juristas brasileiros a estudar o assunto sempre que lhes é dado apresentar teses ou relatórios em congressos internacionais ou colaborar em obras estrangeiras"[2].

Na realidade, as várias novas técnicas processuais surgiram em virtude da necessidade de atender ou corrigir certas situações fáticas e determinados imperativos sociais. Assim, encontram a sua razão de ser:

a) na desigualdade das partes (enquanto o processo tradicional pressupõe a sua igualdade – que, em certos casos, torna-se não mais uma presunção, mas uma ficção);

b) na necessidade de criação de mecanismo para a defesa dos grupos sociais (corpos intermediários), que são cada vez mais importantes na sociedade contemporânea, com substituição dos indivíduos pelos grupos e respectivas entidades representativas;

c) no papel que o processo assume como "instrumento de participação popular" na fiscalização da aplicação do direito;

d) na necessidade de atendimento eficaz e rápido à justiça social.

Assim sendo e em virtude da sua finalidade, a ação civil pública já foi definida como sendo um "instrumento avançado da tutela jurisdicional".

Houve, na realidade, uma revolução renovadora do processo, que se realizou meio século após a revolução que transformou o direito privado, ensejando a sua socialização e modernização.

É uma revolução que consistiu na *criação de um novo direito processual*, e surgiu, ao lado do direito tradicional, *rompendo com alguns dos princípios*, que tinham sido sedimentados, nos conflitos interindividuais (Mauro Capelletti).

Em determinados casos e áreas, sentiu-se a insuficiência das soluções tradicionais para assegurar a adequada tutela aos novos direitos que foram surgindo.

Os contratos de massas, vinculados à informática e à mudança de tipo de civilização, à concentração urbana e às relações cada vez mais desiguais entre as partes, passaram a exigir remédios de maior densidade e eficiência, sob pena de frustração da Justiça.

Conseqüentemente, conceitos tradicionais, que eram válidos e importantes para o direito clássico, foram renovados pelo direito processual. Foi o que aconteceu com:

a) a legitimidade e a substituição processual;

b) os efeitos da sentença e a coisa julgada.

Essa revolução processual viabilizou a proteção dos direitos coletivos, anteriormente esquecidos ou cuja proteção estava sendo frustrada no esquema clássico.

Existe uma analogia entre essa renovação do processo e as evoluções que ocorreram, no direito privado, em relação a institutos como:

a) a responsabilidade civil, especialmente no tocante aos seus fundamentos, como a culpa e o risco;

b) a propriedade à qual se atribuiu função social;

c) o contrato, que sofreu maior flexibilização e passou, em certos casos, a ter efeitos eventuais contra terceiros e a ser suscetível de revisão judicial etc., dele

[2] ALCALÁ ZAMORA, Niceto. El mandato de seguridad brasileño visto por un estranjero. *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño.* Instituto de Derecho Comparado, Universidad Autónoma de México, 1963, p. 100.

se destacando o contrato de trabalho, o contrato administrativo e a relação de consumo, que passaram a ter regimes especiais.

As transformações sofridas pelo direito privado, como as decorrentes do direito judiciário, não significam o desaparecimento do direito clássico, mas a criação de um certo número de exceções às regras tradicionais. Assim, por exemplo, no tocante à responsabilidade civil, a culpa do autor do dano continua sendo o fundamento básico para que seja atribuída uma indenização à vítima, especialmente nas relações interindividuais. A individualização da responsabilidade e da pena, que é conquista da civilização ocidental, com base em textos bíblicos, na filosofia grega e no Direito Romano, tornou-se, atualmente, imperativo constitucional (art. 5º, incisos XLV e XLVI). Mas, nas relações entre os grupos ou entre indivíduo e grupo, a culpa deixou de ser o único fundamento para o ressarcimento do dano, admitindo-se o risco profissional e até a obrigação de indenizar em virtude do exercício de determinadas atividades. A necessidade da proteção da vítima ensejou a adoção excepcional da responsabilidade objetiva, quando o dano é causado pelas pessoas jurídicas de direito público e, ainda nas relações de transporte, nos danos causados pela energia nuclear etc...[3] .

Temos, assim, no campo do direito civil, como no direito judiciário, a possibilidade da vigência simultânea, em áreas distintas, de normas jurídicas de natureza e estrutura diversas, refletindo princípios jurídicos que nem sempre são os mesmos. Essas normas de conteúdo divergente e destinadas a reger, algumas, as situações gerais e, outras, as situações especiais ou específicas, não se contaminam, nem se comunicam necessariamente, embora possam exercer, umas sobre as outras, uma influência recíproca.

Assim, no decorrer da história, tivemos direitos comuns ou gerais, ao lado de direitos especiais. Foi o que aconteceu em Roma, quando, ao lado do *ius civile*, surgiram o direito pretoriano, de origem jurisprudencial, e o *ius gentium*, aplicável aos estrangeiros. Do mesmo modo, na Inglaterra, tivemos, por longo tempo, e ainda temos, a convivência da *common law* e da *Equity*. No direito continental europeu e no Brasil, o direito privado, que se concentrava tradicionalmente no direito civil, passou a se desmembrar de tal modo que este tornou-se o direito comum, enquanto o direito comercial e o direito do trabalho passaram a ser os direitos especiais, o último chegando a sair da órbita do direito privado para constituir, para alguns autores, um terceiro gênero, integrando o direito social.

A situação em matéria de direito processual é análoga, pois as novas normas não devem abalar, nem afastar as antigas, cada uma delas tendo uma área própria de incidência. Podemos, pois, afirmar que à socialização e modernização do direito material correspondeu a criação de um direito de ações coletivas no campo do processo. Foi o que o Professor Watanabe denominou a *molecularização* do direito judiciário, em oposição à anterior atomização do mesmo[4]. Do mesmo modo que em determinados setores, os conceitos tradicionais do direito privado não mais atendiam plenamente à adequada proteção da vítima, como aconteceu em certos campos da responsabilidade civil[5], também no plano processual, para assegurar a defesa de certos bens, valores e pessoas, foi necessário recorrer às ações coletivas[6].

Do mesmo modo que a revolução do direito privado, que foi analisada por autores como Ripert, Savatier, Morin e outros, a revolução

---

[3] WALD, Arnoldo. *A influência do direito francês sobre o direito brasileiro no domínio da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1953, p. 70 e ss.

[4] WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *As garantias do cidadão na Justiça*. Obra coletiva organizada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 196.

[5] Na década de 30, o Professor e Desembargador Virgílio de Sá Pereira clamava contra as injustiças decorrentes da não-reparação dos danos causados pelos acidentes de bondes, ponderando que a vítima não recebia indenização, pois "os motorneiros (dos bondes) têm culpa, mas não têm dinheiro e a LIGHT tem dinheiro, mas não tem culpa" (*Decisões e Julgados*, p. 18; e WALD, Arnoldo. *Questões de Responsabilidade Civil*. Edições Cejup, 1990, p. 18). Deslocando-se da análise do comportamento do autor do dano para apreciar o direito da vítima, a teoria moderna assegura a todos a integridade física, a saúde e o direito à segurança (WALD, Arnoldo, *Obrigações e Contratos*. 10 ed.: São Paulo. Revista dos Tribunais, 1992, p. 512.

[6] WATANABE, Kazuo, op. cit. No mesmo sentido, MONIZ DE ARAGÃO, E.D. O Código de Processo Civil e a Crise Processual. *Revista de Direito Administrativo, vol. 187*, p. 37-47 e numerosos outros estudos sobre a importância crescente das ações coletivas.

processual é necessária e indispensável, mas, criando novos instrumentos, exige que sejam manejados com prudência, do mesmo modo que o são os antibióticos, pelos médicos, e as armas atômicas, pelos Governos, e que sejam mantidos, nos seus campos próprios de atividade, os instrumentos tradicionais e a dogmática clássica, que continuam a prestar relevantes serviços à ciência jurídica.

O uso generalizado e indiscriminado das ações civis públicas, como outrora do *habeas corpus*, dos interditos possessórios e do próprio mandado de segurança, pode constituir séria ameaça à ordem jurídica e ensejar um clima de litigiosidade, insegurança e contestação generalizada, que é nocivo ao desenvolvimento do país. O risco apresentado é proporcional à densidade e efetividade do remédio, como está ocorrendo em relação às armas atômicas e aos antibióticos já antes referidos.

O uso desenfreado dos novos remédios pode ameaçar a manutenção da ordem jurídica e impedir o bom funcionamento da administração, da justiça e da economia. Já o insuspeito defensor das instituições democráticas e dos remédios processuais de maior densidade que foi Hely Lopes Meirelles teve o ensejo de salientar, há alguns anos atrás, na presente obra que:

> "a ação popular vem sendo desvirtuada e utilizada como meio de oposição política de uma Administração a outra, *o que exige do Judiciário redobrada prudência* no seu julgamento, para que não a transforme em instrumento de vindicta partidária, nem impeça a realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade que ela visa proteger."[7]

E, em nota de rodapé, acrescenta que:

> "A experiência vem demonstrando que a vigente Lei de ação popular está a exigir uma completa reformulação em seu texto não só para conceituar melhor os seus objetivos como para agilizar o seu processamento e impedir que tais causas se eternizem na Justiça, sem julgamento numa perene ameaça aos administradores chamados a juízo."[8]

A lição de Hely Lopes Meirelles aplica-se perfeitamente à atual utilização da ação civil pública na prática forense, como aliás demonstrou recentemente, em excelente artigo, intitulado "Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público", o eminente Professor Rogério Lauria Tucci, que acaba de conquistar uma das cátedras de processo na Faculdade de Direito da USP.[9]

O mencionado artigo se inicia com as seguintes considerações:

> "Este estudo resulta da verificação, em nossa lide forense quotidiana, da multiplicação de proposituras de ação civil pública, pelo MP, que parece pretender transformar o importante instituto jurídico numa autêntica *panacéia geral para toda e qualquer situação* nas palavras candentes (empregadas, alhures, para o mandado de segurança) e bem apropriadas, de Kazuo Watanabe."

Feitas essas ponderações, cabe lembrar que a introdução em nossa legislação da ação civil pública e dos seus princípios básicos não deve, nem pode atingir:

A) Os princípios constitucionais que garantem:

a) o devido processo legal e o contraditório (devido processo legal substantivo e adjetivo);

b) a separação dos poderes;

c) as competências respectivas da União, dos Estados e Municípios;

d) a área de competência de cada magistrado.

B) O resto do sistema processual tradicional, que continua em vigor, com as suas premissas e regras de procedimento, pois o direito especial não revoga o direito geral.

Como já assinalamos, do mesmo modo que houve o abuso do mandado de segurança, do qual se pretendeu fazer uma panacéia, há uma certa tendência, atualmente, de generalizar o uso da ação civil pública, sem que se atenda à sua verdadeira finalidade. No mandado de segurança, aos poucos, a lei, a jurisprudência e a doutrina foram firmando parâmetros para impedir o seu abuso, ou seja, a sua utilização como substituto de todas as demais ações, como modo de cobrança ou de restituição e como forma de modificar decisão judicial (a não ser nos casos de aberrações jurídicas ou para o fim

[7] Ver o fim do capítulo 1 da 2ª parte.

[8] Ob. e loc. cit. na nota anterior.

[9] LAURIA TUCCI, Rogério. Ação Civil Pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. *Ajuris*, nº 56, p. 35-55, nov. 1992.

de concessão de efeito suspensivo a recursos, em situações especiais), conforme se verifica pelas várias Súmulas do Supremo Tribunal Federal que trataram da matéria (Súmulas de nºs 101, 266, 268, 269, 271, 304, 429, 474 e 511). Uma condenável legislação recente de duvidosa constitucionalidade está até ameaçando a integridade do instituto, chegando ao extremo oposto.

Pode-se afirmar que a tendência de generalizar o uso do mandado de segurança fez com que perdesse a sua densidade e eficiência, ocorrendo, em certo sentido, uma aplicação da Lei de Lavoisier no campo jurídico. Efetivamente, a maior generalização no uso do remédio enseja a sua menor eficiência. Ficou, assim, ameaçado o instituto de se transformar numa verdadeira ação ordinária, em todos os sentidos. Na realidade, com a sobrecarga de processos, o mandado de segurança acabou só podendo ter efeitos imediatos, ou em tempo hábil, em virtude da concessão da medida liminar, pois, para o julgamento do mérito do pedido, a demora tornou-se, evidentemente, excessiva.

Cabe salientar, finalmente, que a defesa do mandado de segurança, que estamos fazendo há cerca de 40 anos, quando publicamos o nosso primeiro livro a respeito, e tanto da ação popular como de ação civil pública, é no sentido de prestigiá-las, sem deturpá-las.[10]

2. Da recente patologia das ações civis públicas

Ao examinar a recente evolução jurisprudencial das ações civis públicas, quatro aspectos merecem um exame especial:

1) as ações civis públicas intentadas com base na eqüidade, sem respaldo legal, caracterizando o pedido juridicamente impossível e a impropriedade da ação;

2) as ações civis públicas intentadas como substitutas das ações diretas de inconstitucionalidade;

3) as ações civis públicas nas quais o juiz se atribui jurisdição nacional;

4) as ações civis públicas para defesa de direitos individuais homogêneos e disponíveis, fora dos casos expressamente previstos pelo legislador.

A) *As ações civis públicas e o direito material*

> "A função do Poder Judiciário consiste em *fazer observar em concreto as normas jurídicas existentes*" (Calamandrei).

A função judicante manifesta-se em dois atos, na lição de Kelsen, consistindo em:

a) estabelecer a existência de um ato qualificado como antijurídico civil e penal, por uma norma jurídica aplicável ao caso;

b) aplicar a sanção civil ou penal prevista em lei.

Conclui-se que *o ato jurisdicional não é inovativo* (Calamandrei), constituindo tão-somente a especificação de norma preexistente (donde a irretroatividade da lei).

Existem, evidentemente, algumas *exceções*, tais como:

a) os dissídios coletivos previstos pela Constituição (art. 114, § 2º, da Constituição);

b) outros casos específicos em que o próprio legislador manda expressamente aplicar a eqüidade (arts. 127 e 1109 do CPC, art. 165 da Lei de Luvas, normas sobre arbitragem no CPC, art. 5º da Lei das Pequenas Causas, art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor).

Mas, em princípio, a sentença não tem o conteúdo e o alcance da norma geral. Tal situação surge, todavia, na Ação Civil Pública (ACP) em virtude do que dispõe o art. 11 da Lei nº 7.347, que previu a possibilidade para o juiz de determinar, *erga omnes*, a prestação de uma atividade devida ou a abstenção de uma atividade nociva. Acontece que o art. 11 deve ser interpretado sistematicamente com o art. 5º, II, da Constituição, de acordo com o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei" (em sentido formal). Assim, a *atividade devida*, à qual se refere o texto legal, é a *determinada por lei* e a atividade *nociva* é tão-somente a *ilegal* e *lesiva*.

Conseqüentemente, a ACP não é instrumento de eqüidade, de direito alternativo, ou de proteção de interesses não consagrados pela lei. Por mais que a nossa legislação se refira a interesses difusos, aplica-se a lição de Capelletti de acordo com a qual a ação pública protege:

"o interesse difuso, na medida em que

[10] WALD, Arnoldo. *O mandado de segurança*. Rio de Janeiro: DASP, 1955.

a lei substantiva o transforma em direito."

Neste sentido, também se manifesta a doutrina pátria, conforme se verifica pelo entendimento dos nossos mais eminentes administrativistas tais como:

1) Hely Lopes Meirelles:

> "A Lei nº 7.347 é unicamente adjetiva, de caráter processual, pelo que a ação e a condenação devem basear-se em alguma norma de direito substantivo..." (Terceira parte, capítulo 1º da presente obra);

2) Caio Tácito:

> "É licito ao Juiz, no desempenho da atividade jurisdicional, do controle dos atos administrativos, proceder ao exame do ato, podendo anulá-lo... Fica-lhe vedado, porém, decidir quanto ao mérito do ato administrativo." (*RDA*153/258)

Na jurisprudência, a matéria ficou muito clara em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Conflito de Atribuições (CA) nº 35, do qual trataremos logo em seguida.

O que se reconhece, no direito pátrio e estrangeiro, é a necessidade de leis de proteção a determinados bens jurídicos (consumidor, meio ambiente, direitos civis, mercado de capitais, criança e adolescente) para que possa funcionar o sistema processual em relação aos direitos coletivos e difusos. A modificação processual, por si só, não importou em alteração do direito substantivo, nem em criação de direito material, mas tão-somente na estruturação de instrumento adjetivo para a adequada e eficaz proteção dos direitos substantivos já existentes e legalmente consagrados.

Concluímos, pois, que a regulamentação processual da ACP não é auto-alimentável. Trata-se da criação e consagração de um instrumento processual da ordem jurídica, na qual *o adjetivo, por mais importante que seja, não pode prescindir do substantivo*.

Neste sentido, o pronunciamento do então Procurador-Geral e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, no CA nº 35, quando afirma:

> "Não basta o equipamento processual para viabilizar a proteção daqueles interesses sociais que, sem *lei, que* os *converta em direitos coletivos, o juiz entenda merecedores da proteção*, ou, o que é pior, contra a lei que os proteja em determinada medida."[11]

Na ementa do Parecer do Ministério Público, no CA nº 35, consta o seguinte:

> "Proteção jurisdicional dos interesses difusos, Lei nº 7.347/85: limitação ao âmbito da função jurisdicional, que não permite ao juiz prestar tutela na ausência, em contrário, ou além da autorizada pela norma de direito material incidente."

O entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal acompanhou o parecer, tendo concluído que descabia a ação civil pública baseada na eqüidade.

No mencionado caso (CA nº 35), em brilhante voto, com um certo sabor anedótico, mas que bem retrata os riscos que a generalização ou o uso indiscriminado da ACP pode ensejar, o eminente Ministro Francisco Rezek teve o ensejo de salientar que não admitia a ação civil pública sem que fosse embasada em norma expressa de direito material. Afirmou S.Exa. que:

> "Figuro a situação seguinte: amanhã o curador de interesses difusos, no Rio de Janeiro, dirige-se a uma das varas cíveis da capital, com toda a forma exterior de quem pede a prestação jurisdicional, e requer ao juiz que, em nome do bem coletivo, exonere o Ministro da Fazenda e designe em seu lugar outro cidadão, cujo luminoso *curriculum* viria anexo.
>
> Não é o fato de alguém dirigir-se ao foro que indica, a meu ver, que este alguém esteja pedindo a prestação jurisdicional, e sim o exato teor daquilo que se pede. Atentei, como de hábito, ao voto do eminente Ministro Célio Borja. Grande parte do meu convencimento, que se formou durante o debate, deve-se a elementos trazidos à mesa por Sua Excelência. Entretanto, o Ministro relator distinguiu, à luz do parecer do Ministério Público, no pedido vestibular, aquilo que teria por alvo uma forma qualquer de prestação jurisdicional, e aquilo em que a parte postulante não pediu ao magistrado que aplicasse a legislação existente – o produto do labor legislativo – ao caso concreto, mas que criasse a norma. Tal a hipótese, tendo sido possível fazer essa distinção, apreciaria acompanhar o voto do eminente relator."

A impropriedade da ação civil pública quando não fundada em norma legal expressa também tem sido reconhecida em despachos do eminente Presidente do Tribunal Regional

[11] Ap. Memorial apresentado ao Supremo Tribunal Federal por Arnoldo Wald no Conflito de Atribuições nº 35, p. 106.

Federal da 3ª Região, Dr. Homar Cais, que, na suspensão de execução de liminar nº 1336-SP (Reg. nº 9303.25522-4), em 4.3.93 cassou liminar concedida em ação civil pública, movida pelo Ministério Público, contra a Caixa Econômica Federal, objetivando a revisão dos critérios de reajuste das prestações de financiamento pelo Plano de Equivalência Salarial (PES). Na sua decisão, salientou o douto magistrado que, considerando o pedido, tinha

> "fundada dúvida quanto à idoneidade da ação civil pública para a obtenção do pretendido resultado, bem como quanto à legitimação ativa do Ministério Público para intentá-la na defesa de interesses nitidamente privados."

O mesmo ilustre magistrado também decidiu, em 10.3.93, na Suspensão de Segurança nº 1337-SP (Registro nº 93.03.24380-3), sustar os efeitos de medida liminar concedida em ACP, na qual se alegava a inconstitucionalidade do art. 6º, § 1º da Lei nº 8.162, autorizando a movimentação pelos servidores públicos federais dos saldos das contas vinculadas ao FGTS. No seu despacho, esclareceu o Juiz Homar Cais que:

> "Inexiste litispendência entre *ação direta de inconstitucionalidade* proposta perante o *Tribunal competente* e *ação civil pública* intentada perante juízo de primeiro grau, conquanto se procure por meio desta inserir-se em nosso sistema uma nova e inconveniente forma de controle de constitucionalidade. A verificação de tal ocorrência levou Arnoldo Wald a observar:
>
> 'Como a sentença proferida na ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes*, entendemos que ela não pode ser utilizada com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade da lei, criando uma nova forma de controle não prevista pela Constituição e que violaria os princípios básicos da Federação. Efetivamente, no sistema vigente admite-se o controle da constitucionalidade, no caso concreto, pelo juiz singular, e, de forma geral e abstrata, pelo STF, ao julgar a ação de argüição de inconstitucionalidade. Ocorre que, recentemente, especialmente nos casos de liberação de cruzados bloqueados pelo Plano Collor e na discussão dos efeitos da Lei nº 8.177, que regulamenta a correção monetária dos créditos do Sistema Financeiro da Habitação, vários juízes federais concederam liminares para suspender a aplicação da lei no âmbito de sua jurisdição. Tivemos, assim, leis federais que deixaram de ser aplicadas em vários Estados, *erga omnes*, infringindo-se as normas constitucionais que asseguram a identidade do Direito Federal aplicado em todo o País. Várias decisões dos Tribunais Regionais e do STJ acabaram suspendendo essas liminares. Na realidade, entendemos que a ação civil pública não pode ser um sucedâneo local da ação de argüição de inconstitucionalidade, que tem foro próprio e exclusivo.' (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*, *Ação Popular*, *Ação Civil Pública*, *Mandado de Injunção*, "*Habeas Data*", 14 edição atualizada por Arnoldo Wald, pp. 126/127).
>
> No caso específico não se pode deixar de atentar para o ato de que o Supremo Tribunal Federal está prestes a concluir o julgamento da ADIN nº 613-4-DF, que examina a representação do Procurador-Geral da República sobre o § 1º do art. 6º da Lei nº 8.162/91. Tal circunstância, por evidente, não tem o condão de paralisar eventuais julgamentos de ações que versam o controle concentrado daquela regra, efeito não previsto em nosso sistema jurídico. Mas tratando-se, como se trata, de medida liminar de caráter nitidamente satisfativo, tudo aconselha a que se suspenda sua execução, em nome do princípio da segurança jurídica."

Conclui-se que somente em virtude de norma expressa de direito substantivo é que pode ser proposta a ação civil pública, não cabendo extravasar desses limites, sob pena de deturpação do instituto.

B. *A ação civil não é forma paralela de declaração de inconstitucionalidade*

Acresce que, em várias oportunidades, a ação civil pública tem sido utilizada como verdadeiro substituto da ação direta de inconstitucionalidade, com a diferença de ser a competência para o seu julgamento do juiz singular e não do Supremo Tribunal Federal, como manda a Constituição Federal.

Ora, conhecemos no direito brasileiro os controles abstrato e concreto. O abstrato é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e o concreto só se aplica em casos específicos ou de modo incidental. Como a decisão da ACP tem efeitos *erga omnes*, não pode ensejar o controle da constitucionalidade da lei por via disfarçada, com usurpação da com-

petência do Supremo Tribunal Federal.

Essa impossibilidade decorre da inviabilidade das duas conseqüências alternativas:

> a) ou a inconstitucionalidade é *declarada localmente*, tão-somente *na área de competência do Juiz* e, aplicando-se *erga omnes*, cria *um direito substantivo estadual diferente do nacional* e viola a Constituição, que estabelece a unidade do direito substantivo, havendo até a possibilidade de se criar um direito específico aplicável em determinada localidade, e não em todo o Estado, quando a área de jurisdição do juiz federal é inferior à do Estado, situação que ocorre no Estado do Paraná;
>
> b) ou a inconstitucionalidade é declarada, pelo magistrado de primeira instância, para ter efeitos no plano nacional e há usurpação, pelo Juiz, da função do Supremo Tribunal Federal.

O caráter excepcional do controle de constitucionalidade *in abstracto* foi salientado, no Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Moreira Alves, que a respeito afirmou:

> "O controle de constitucionalidade *in abstracto* (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o *incidente tantum*) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria Constituição, como consectário, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado."[12]

O mesmo magistrado teve, ainda, o ensejo de esclarecer, em recente trabalho doutrinário, que:

> "Por fim, a Constituição de 1988 – ao contrário da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que silenciaram sobre preceito semelhante existente na Emenda Constitucional nº 16, de 1965 – declarou, no § 2º do art. 125, que 'cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão'. Com isso, não há mais dúvida sobre se os Estados – como já o faziam sob o império da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 1969 – podem adotar, na defesa das Constituições estaduais, o controle de constitucionalidade das normas estaduais e municipais em abstrato. E, na Reclamação nº 337, julgada em 23.8.1990, o Supremo Tribunal Federal manteve sua jurisprudência anterior, no sentido de que não cabe aos Tribunais de Justiça dos Estados processar e julgar ação direta em que se argúi a inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, pois, em caso contrário, tendo os acórdãos nessas ações eficácia *erga omnes*, a eles estaria vinculada a Suprema Corte, que, assim, não poderia exercer seu papel de guardiã da Constituição Federal no controle difuso de constitucionalidade da lei municipal declarada inconstitucional em ação dessa natureza."[13]

A tese do descabimento da utilização da ação civil pública para afastar normas inconstitucionais teve, aliás, o ensejo de ser defendida, em Congresso do Ministério Público e em outros pronunciamentos, pelo Procurador da República Gilmar Ferreira Mendes.

Por sua vez, vários acórdãos consideraram a ação imprópria para este fim, destacando-se os acórdãos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que se manifestaram em ações civis públicas intentadas para que fosse devolvido aos contribuintes o IPTU inconstitucionalmente aumentado pelo Município. Neste sentido, decidiu a egrégia Primeira Câmara do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, ao apreciar a Apelação Cível nº 191130194, em 10.12.1991, esclarecendo na ementa do acórdão que:

> "Ação civil pública. Ação direta de inconstitucionalidade de tributo travestida de ação civil pública. Descabimento."

O acórdão reconheceu que inexiste viabilidade da ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos e acrescentou que também era imprópria a ação por pretender que fosse reconhecida uma inconstitucionalidade *erga omnes*. Foi a seguinte a conclusão da decisão:

> "Existe ainda uma outra razão a conduzir o raciocínio para idêntico resultado.

[12] RE nº 91.740. RS in *RTJ* 93 (1) 461-462.

[13] Ap. *As garantias do cidadão na Justiça*. Obra coletiva coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Saraiva, 1993, p. 14.

É que, em se tratando de tributo acoimado de inconstitucional, há a previsão constitucional da ação direta de inconstitucionalidade. O art. 102 da Constituição da República atribui ao STF competência para processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

O art. 97 da CE atribui ao Tribunal de Justiça competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual perante a CE e de lei municipal, perante a mesma e a CF, inclusive por omissão. Ora, tanto a ação direta de inconstitucionalidade quanto a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos produzem efeitos *erga omnes*.

Admitida, portanto, ação civil pública, para obstar a cobrança de tributo havido por inconstitucional, abre-se a possibilidade de prolação de sentenças contraditórias, com efeitos igualmente *erga omnes*, o que resulta absurdo. Imagine-se, no caso do Rio Grande do Sul, uma ação civil pública, julgada pelo Tribunal de Alçada, afirmando a inconstitucionalidade de um tributo municipal e uma outra ação, direta de inconstitucionalidade, julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça. Qual decisão prevalecerá *erga omnes*? A proferida em primeiro lugar? A proferida por último? A proferida pelo Tribunal Superior? A simples possibilidade desse caos está a demonstrar a impossibilidade de se admitir a ação civil pública quando possível ação direta de inconstitucionalidade." [14]

No sentido do descabimento da ação civil pública como substituta da ação de inconstitucionalidade, também manifestou-se o ilustre Presidente do TRF da 3ª Região, Dr. Homar Cais, na já mencionada Suspensão de Segurança nº 1.337 referente à ação civil pública, na qual foi alegada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 6º da Lei nº 8.162/91, no tocante à movimentação de saldos vinculados ao FGTS por funcionários públicos, em que nos honrou com citação de trecho que escrevemos a respeito (D.O.E., Poder Judiciário, Estado de São Paulo, de 12.3.1993, 63 (47), p. 107).

[14] *Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul*, nº 81, pp. 216-219.

Por sua vez, a Juíza Annamaria Pimentel, da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, concedeu, em 17.12.1990, medida liminar em mandado de segurança contra medida liminar concedida por juiz federal, em ação civil pública, que considerara inconstitucional a regulamentação do Banco Central, que fez depender a aplicação do art. 192, § 3º da Constituição Federal da promulgação de lei complementar (M.S. nº 90.03.45384-5).

Na realidade, foram numerosas as ações civis públicas intentadas, em todo o país, seja para exigir a aplicação imediata do art. 192, § 3º da Constituição, alegando a inconstitucionalidade da regulamentação do Banco Central, que considerou que a mencionada norma não era auto-aplicável, dependendo de regulamentação legal, seja para o reconhecimento *erga omnes* da inconstitucionalidade dos vários diplomas legais, que regulamentaram a correção monetária nos últimos anos, e, em particular, em relação ao Plano Collor.

C. *Extensão da jurisdição na ação civil pública*

Problema mais delicado é o da extensão da jurisdição do magistrado na ACP, em virtude da redação da lei, que pode parecer ambígua, ao deixar de compatibilizar expressamente os princípios da competência funcional e territorial e a extensão de jurisdição do magistrado na ACP, ensejando interpretações divergentes na doutrina e na jurisprudência.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/90, estabelece, em relação à Justiça Estadual, a competência do Juiz do local onde ocorre o dano e, no caso de dano nacional ou regional, o da capital do Estado ou do Distrito Federal (art. 93), aplicando-se a norma, em tese, a todos os casos de ACP, em virtude do disposto no art. 117 do CDC.

Se um único ato enseja danos nacionais ou regionais, a competência é do local onde foi sofrido o dano, ou da capital do Estado; mas se os prejuízos atingirem vários Estados, a liberdade de escolha de foro não deve ser ilimitada, quando pleiteada a indenização pela totalidade dos danos.

Assim, se uma série de atos idênticos ou análogos são praticados em vários Estados ou Municípios e ensejam danos, a competência deve ser dos vários juízes, cada um competente, em relação aos atos praticados e danos sofridos na sua circunscrição judiciária, não se

admitindo que ocorra a extensão da competência de qualquer juiz, para que a sua sentença proferida *erga omnes* possa alcançar os réus em todo o território nacional.

Há, aliás, decisão do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo que não há conexão entre as ACPs intentadas para o mesmo fim, nas várias regiões, que foi proferida no CC nº 971 e cuja ementa é a seguinte:

> "Inexiste conflito de competência quando Juízes Federais, ainda que vinculados a Tribunais Regionais diversos, apreciam causas conexas em matéria de interesses difusos."
>
> Possibilidade de repercussões diferentes nos vários Estados. (Ementário do STJ nº 2, ano 2, janeiro/abril 1992).

No mencionado acórdão, que se acha transcrito na obra do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *O Processo Civil no STJ*, e que trata da proibição do uso do metanol, prevaleceu o voto do Ministro Vicente Cernicchiaro, para quem:

> "Dessa forma, considerando, especificamente, ainda que haja unidade entre as partes que estão litigando, argúem fato semelhante e buscam a mesma solicitação, eventual contradição, julgamentos diferentes, tanto no Primeiro Grau como no Segundo Grau de Jurisdição, através dos Juízes dos Tribunais Federais Regionais, poderão ser revistos e unificados no Superior Tribunal de Justiça. Apenas para dar um exemplo, seria inteiramente lícito e perfeito que alguém promovesse demanda no Rio de Janeiro contra a União Federal, e outra pessoa, deduzindo a mesma causa de pedir, o fizesse em Brasília ou qualquer outra jurisdição federal. Isso não atrai necessariamente a prevenção; não atrai a unidade de Juízos. As decisões poderão ser unificadas, agora, no Superior Tribunal de Justiça. Assim dispõe o comando constitucional.
>
> Os processos desenvolver-se-ão separadamente. As respectivas decisões terão eficácia na jurisdição de cada juízo. Acrescente-se. Apesar de manifestações de dois Tribunais Regionais, que se restringiram a apreciar liminares, têm alcance apenas na jurisdição de cada Juiz Federal."[15]

No mesmo sentido se pronunciou o Ministro Carlos Mário Velloso, reconhecendo implicitamente que a Lei da Ação Civil Pública (LACP) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não tinham ampliado a jurisdição do juiz, ao afirmar que:

> "O que deve ser dito é que temos, no momento, decisões divergentes proferidas por Juízos competentes. Essas decisões divergentes, entretanto, haverão de existir, dada a regionalização da Justiça Federal. Oportunamente, esses entendimentos serão uniformizados por este Superior Tribunal de Justiça, quando a matéria aqui chegar através dos recursos apropriados.
>
> Enquanto isso não ocorre, repito, é legítima a divergência, convindo acentuar que foi o constituinte que o desejou, ao regionalizar a Justiça Federal. Lembro-me de que, nos trabalhos que antecederam à reforma judiciária –, eu mesmo tive a oportunidade de participar de alguns deles, inclusive no âmbito do antigo Tribunal Federal de Recursos – essa questão veio à baila, e se dizia que ela pesava contra a regionalização: poderiam os Tribunais Regionais divergir entre eles, e enquanto o STJ não fosse chamado a se pronunciar, através dos recursos próprios, a divergência poderia causar problemas. Não obstante, o Constituinte quis a regionalização, e agiu bem, pois as vantagens são muito maiores.
>
> De modo que, Senhor Presidente, é possível entendimentos divergentes nas diversas regiões da Justiça Federal. Aliás, isso não é apenas da Justiça Federal. Também na Justiça Comum estadual isto poderá ocorrer; por isso que cada Estado tem o seu Tribunal de Justiça. E pode acontecer, também, na Justiça do Trabalho, porque também ela está regionalizada."[16]

No mesmo sentido, o Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Juiz Homar Cais, em despacho de 28.5.1992, no Processo nº 92.03.35198-7 (SS.1307), salientou que não havia a possibilidade da decisão, proferida em ação civil pública, abranger os interessados em todo o território nacional, pois "há que se ter presente que jurisdição nacional têm apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. A jurisdição dos Juízes Federais circunscreve-se ao âmbito do respectivo Estado

[15] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, ob. cit.: São Paulo, Saraiva, 1992, p. 135.

[16] Ob. cit., p. 137.

e a dos Tribunais Regionais Federais espraia-se pela correspondente Região, como decorre da Constituição Federal".

Podemos, pois, concluir que nem a LACP, nem o CDC afastam os princípios referentes à competência e jurisdição e as normas da organização judiciária, limitando-se a estabelecer normas especiais, para proteção do economicamente mais fraco (parecidas com as referentes à proteção do autor nas ações de alimentos etc), não tendo criado uma competência nacional do juiz de 1ª instância, quer pertença aos quadros da Justiça Federal ou Estadual, quando julga as ações civis públicas.

No particular, diante das dúvidas suscitadas, impõe-se a necessidade de melhorar a legislação existente. Neste sentido, manifestou-se, aliás, recentemente, o Instituto de Estudos Avançados da USP, nas suas propostas para modificar alguns aspectos da estrutura do Poder Judiciário, propondo "centralizar, em Brasília, a competência para julgamento das ações coletivas, cujas decisões possam ter eficácia nacional ou interestadual" (*Gazeta Mercantil*, 1.7.93).

D. *Do descabimento da ACP para a defesa de direitos individuais homogêneos fora das hipóteses previstas nos três primeiros incisos do art. 1º da LACP (meio ambiente, consumidor, patrimônio público e social)*

Pela sua natureza, a ação civil pública só pode ser utilizada quando prevista legalmente, aplicando-se-lhe o princípio do *numerus clausus*. Assim, não cabe estender a sua atuação fora dos limites fixados pelo legislador, que não admitem interpretações extensivas, nem analógicas.

Como o art. 1º da LACP, com a redação que lhe deu o CDC, caracteriza as finalidades da ação civil pública nos seus três primeiros incisos (meio ambiente, defesa do consumidor e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), em relação a esses casos cabe a ACP para defesa de todos os direitos previstos pela legislação e em particular pelo CDC, abrangendo, pois, tanto os interesses difusos, quanto os coletivos e os individuais homogêneos, todos bem definidos e caracterizados no art. 81 do CDC.

A contrario sensu, o inciso IV do art. 1º não determina a finalidade que deve ser protegida pela ação civil pública, admitindo que todas elas o sejam, mas se refere tão-somente aos interesses que justificam a sua propositura ao reconhecer o seu cabimento no caso de danos causados somente

> "IV- a qualquer outro interesse difuso ou coletivo."

Assim sendo, o inciso IV exclui do âmbito da ação civil pública os interesses individuais homogêneos nos outros casos, ou seja, naqueles não previstos nos três primeiros incisos, acima referidos.

O problema abrange dois pontos:

> a) a incompetência do Ministério Público para intentar as ações para defesa de direito individual homogêneo (arts. 127 e 129, III da Constituição) que só se refere aos interesses difusos, coletivos e indisponíveis, matéria da qual já tratamos no capítulo 2 da 3ª parte (na nota 1);
>
> b) a impropriedade da ação civil pública para a proteção de direitos individuais homogêneos, que não se enquadrem nos três incisos pela interpretação sistemática do art. 1º, inciso IV e do art. 81, que define os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, só se referindo o inciso IV do art. 1º aos dois primeiros (difusos e coletivos) e não aos direitos individuais homogêneos.

Alguns autores e membros do Ministério Público consideram que também os direitos civis homogêneos, fora dos casos dos três primeiros incisos do art. 1º, poderiam ser defendidos em ação civil pública, invocando o art. 117 do CDC que introduziu, na LACP, o art. 21 com a seguinte redação:

> "Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses, difusos, coletivos e individuais, *no que for cabível*, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor."

Esquecem-se, todavia, que a aplicação supletiva das normas do CDC à LACP só deve ocorrer, conforme determinação expressa do legislador, no que couber, ou seja, nos casos em que o mencionado diploma (LACP) admite a proteção de uma das espécies de direitos aos quais se refere o seu art. 1º. Deve, pois, prevalecer a interpretação lógica e sistemática, que, em relação aos outros interesses e direitos (art. 1, IV), só admite a utilização da ação civil pública quando os mesmos forem coletivos ou difusos. Não há, pois, como aplicar, por analogia, o CDC para justificar a propositura da ação pública para defesa de direitos individuais homogêneos na hipótese do art. 1º, IV, da LACP.

Descabe, assim, a ação civil pública, entre outros casos, para:

> a) recuperação de imposto pago indevidamente (defendendo-se inte-

resses individuais homogêneos tributários do contribuinte);

b) anulação de operações financeiras (matéria que conforme o caso pode ser do âmbito da ação popular);

c) operações bancárias não-referentes ao consumidor e, em particular, ações referentes a depósitos feitos em bancos, sob qualquer forma, inclusive caderneta de poupança, por inexistir, no caso, serviço prestado pelo banco e remunerado pelo cliente, não sendo, pois, o banco um fornecedor, nem o cliente um consumidor. Examinando a operação de depósito, poder-se-ia até chegar à conclusão contrária, de que a pessoa que fornece o numerário é o cliente e quem o utiliza ou consome, do ponto de vista jurídico, é o banco, embora na realidade não haja o consumo do dinheiro emprestado, não se podendo confundir o consumo e a poupança;

d) obtenção e restituição de dinheiro desviado por funcionário ou autoridade pública.

É relevante a jurisprudência existente no sentido da interpretação que ora defendemos. Há vários acórdãos e sentenças que consideram o IDEC (Instituto de Defesa do Consumidor) parte ilegítima *ad causam* e a ação civil pública como sendo imprópria no caso de discussão de questões fiscais, de financiamentos e de complementações de correção monetária.

Assim, um acórdão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul considerou incabível a ação civil pública para defesa de interesses individuais homogêneos, ao mesmo tempo que nela se discutia a constitucionalidade de normas locais. No referido julgado (AC 191130194 in JTARGS 81/216 e ss.) foi salientado que:

> "A questão primordial, aqui, é outra e diz respeito ao próprio cabimento de ação civil pública, intentada com vistas *à sustação da cobrança de tributo*. O art. 1º da Lei nº 7.347, de 24.7.85, que disciplina a ação civil pública, dispõe: 'Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:
>
> I - ao meio ambiente;
>
> II- ao consumidor;
>
> III- a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
>
> IV - *a qualquer outro interesse difuso ou coletivo*'

(este inciso quarto, que restara excluído da Lei nº 7.347, em decorrência *de veto*, veio a ser introduzido pelo art. 110 do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11.9.90).

Da conjunção desses textos da Constituição e das leis, resulta indubitável o cabimento de ação civil pública para a tutela do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor cultural e de *outros interesses difusos ou coletivos. Com referência aos últimos, os únicos que importam aqui, é ineliminável a exigência de que se trata de interesses qualificáveis como difusos ou coletivos. A matéria já não apresenta, hoje, as dificuldades que apresentou no passado, em virtude de definição legal*.

Efetivamente, o *Código de Defesa do Consumidor* vem se preocupando com traçar limites entre direitos subjetivos e *meros interesses*, no que seguiu, aliás, a tendência da doutrina e jurisprudência modernas, traçou *nítida distinção* entre *interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos individuais homogêneos.*

Efetivamente, o art. 81, parágrafo único, do Código do Consumidor, dispõe: 'A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível , de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II- interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base;

III- interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.'

Destaca-se, assim, que *os interesses ou direitos difusos e coletivos têm em comum a característica de serem transindividuais, de natureza indivisível*. A *divisibilidade* apresenta-se, pois, como marco divisório entre os *interesses difusos ou coletivos e os direitos individuais, homogêneos ou não. Interesses divisíveis, individualizáveis, podem qualificar-se como direitos individuais homogêneos, jamais como interesses difusos ou coletivos.*

Essa observação tem enorme importância no caso em exame, porque a Lei nº 7.347/85 *apenas admite ação civil pública* nos casos acima indicados, ou seja, para *a tutela do meio ambiente*, para a tutela do *consumidor*, para a tutela de bens de *valor cultural* e para a tutela de *outros interesses difusos ou coletivos.*

No âmbito dessa lei, não há lugar para *ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos*. Apenas no âmbito da *defesa do consumidor*, regulada pela Lei nº 8.078, de 11.9.90, é que tem lugar essa extraordinária inovação que é a ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos".

Por sua vez, a Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais teve o ensejo, ao julgar a Ap. Civ. nº 88.156/2, da qual foi relator o Desembargador Bernardino Gondinho, de decidir que:

"A via processual adequada para se obter a restituição de dinheiro desviado por Prefeito Municipal é a ação popular e não a ação civil pública..."

No seu voto, esclareceu o douto relator que:

"A Lei nº 7.347/85 trata, portanto, de uma ação especial, destinada a proteger certos interesses difusos antes não amparados pelas ações já existentes, não obstante a evidência do que a todo direito corresponde uma ação. Mas é certo que, especificamente, inexistia disposição legal expressa que especificamente amparasse, com ação própria, os bens e direitos protegidos pela Lei nº 7.347/85.

Ao determinar a que interesses se destinava especialmente garantir, nominando-os, e ao se referir-se, em seu art. 2º, às ações a eles correspondentes, é óbvio que a lei não veio para amparar direitos já determinadamente objeto de ações já instituídas, como ocorre com a ação popular, por exemplo, de objetos tão claramente definidos como os da lei da ação civil pública.

Assim como a ação civil pública respondeu à evolução do tempo e da doutrina no sentido de dar tutela forte e explícita aos interesses difusos, mediante instituição de ação e autor institucional (CF, art. 129, III) à proteção do meio ambiente, do consumidor e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ação popular se destina já à invalidação de atos ou contratos administrativos, ou a eles equiparados, com resultados, que integram seu objeto, de natureza também repressiva e reparadora do dano decorrente daqueles abusos administrativos.

Na espécie, é lógico que o objeto da ação proposta – condenação do réu a reparar o dano, repondo o valor despendido – pressupõe a anulação do ato ou contrato por sua lesividade, *e isso é próprio da ação popular*, não se incluindo, outrossim, na previsão do art. 1º da Lei nº 7.347/85, a qual não veio para aperfeiçoar a Lei nº 4.717/65, mas trouxe objeto próprio, inconfundível com o daquela.

A condenação em dinheiro prevista pelo art. 13 da Lei nº 7.347 não é aquela de reposição aos cofres públicos de valores em dinheiro deles ilicitamente retirados; antes, tem natureza mais ampla, que pode atingir conotação de mera sanção isolada ou cumulada com outro tipo de cominação na sentença.

Com razão a r. decisão recorrida, *ao reconhecer a impropriedade da ação e ao fazer referência à ilegitimidade ativa, no* caso de *propositura da ação própria*, ressalvado o direito do cidadão, como titular da ação. Confirmo-a, por seus próprios fundamentos, assim desprovendo o recurso."

São numerosas as decisões no mesmo sentido, inclusive em primeira instância, cabendo citar, entre outras, a decisão de 4.6.92 do Juiz Federal Roberto Luiz Ribeiro Haddad que, no processo 92.0056114-4, em ação civil pública do IDEC para indenizar os contribuintes que pagaram o empréstimo compulsório sobre o consumo de gasolina ou álcool, extinguiu a ação, sem julgamento de mérito, em virtude da

"impossibilidade jurídica do pedido de ação civil pública para proteger direitos individuais."

Mais recentemente, em 23.7.1993, o Juiz de Direito Osvaldo Capraro, em exercício na 11ª Vara Cível, em São Paulo, considerou o IDEC parte ilegítima para propor ação civil pública na qual pleiteou a complementação da correção monetária que seria devida aos depositantes em caderneta de poupança, em virtude do Plano Collor (Processo nº 622/93-1).

Os argumentos em sentido contrário, por mais cultos que sejam os seus autores, pretendem hipertrofiar o novo instituto e esquecem que, na medida em que ampliam desmedida e injustificadamente a sua área de atuação, perdem

o mesmo em credibilidade, pureza e eficiência.

Neste sentido, são muito oportunos os já invocados comentários do Professor Rogério Lauria Tucci, que, após citar a jurisprudência mais ortodoxa que existe na matéria, condena a utilização abusiva da ação civil pública pelo Ministério Público (*Ajuris*, 56/49 e s.).

Dessa orientação, aliás, não discrepa o Professor e Desembargador Kazuo Watanabe quando afirma que

> "da correta propositura das demandas coletivas dependerá o êxito de todo o instrumental processual criado pela Lei nº 7.347/85, pelo CDC e por outras leis especiais."[17]

3. Conclusões

Assim sendo e resumindo a evolução recente da melhor doutrina e jurisprudência a respeito da matéria, podemos concluir que:

1. *A ACP não deve substituir outras ações*, só devendo *ser usada quando inexiste outro instrumento processual para o fim almejado*.

2. *Não deve ser "panacéia para toda e qualquer situação"*;

3. *A sua utilização é excepcional* (RTJESP/117/42), "devendo ser entendida nos seus justos limites".

4. Sendo um remédio excepcional, não deve ser ampliada a sua atuação fora dos casos legalmente previstos, que constituem verdadeiro *numerus clausus*, aplicando-se o princípio da taxatividade.

5.Não pode a decisão proferida ultrapassar a área de jurisdição do juiz que julga o feito.

6. Conseqüentemente, uma atenção especial deve ser dada ao deferimento ou indeferimento da petição inicial da ACP, ocasião na qual já deve ser apreciada, numa visão preliminar, a competência do juiz, a possibilidade jurídica do pedido, a impropriedade da ação e a legitimação das partes, até pelos prejuízos irreparáveis ou dificilmente reparáveis que podem advir da simples propositura da ação.

7. Como a nova legislação criou um direito especial, que vigora paralelamente com o direito comum, a sua interpretação deve ser restrita aos casos que abrange, não se devendo aplicar as suas regras – nem mesmo por analogia – ao direito tradicional, que continua com uma sistemática própria de normas e valores.

8. As decisões judiciais, em ACP, devem dar especial atenção ao respeito ao princípio do devido processo legal substantivo e adjetivo.

9. Sempre que o interesse público for federal, a ação deve correr na Justiça Federal (matéria monetária regida pelo Banco Central, decisão contra o Banco Central nos casos de bloqueio de cruzados novos em que se pedia também a isenção do IOF e a diferença da correção monetária, assim como casos que envolvem a jurisdição administrativa do Banco Central e da CVM e interesses individuais, nos chamados casos de atos bifaces, como a incorporação de bancos etc..).

10. A interpretação do conceito de patrimônio público e social ao qual se refere o art. 129, III da Constituição pode ser ampla, abrangendo interesses materiais e morais, ou seja, direitos "espiritualmente valiosos" (*RJTJRGS*, 151, p. 611 e ss).

11. Como salientado por Rogério Tucci, estamos numa fase em que ocorre "a imperiosidade da conscientização da verdadeira utilidade da ação civil pública" (*Ajuris* 56/54).

Dizia Ripert que as grandes revoluções somente se concretizam com a elaboração de leis que consolidam as suas conquistas. Podemos acrescentar que essas conquistas legislativas de nada valem se não se transformarem em realidades asseguradas pelas decisões do Poder Judiciário.

Cabe, pois, interpretar a lei, em sentenças e acórdãos que revelem, ao mesmo tempo a firmeza, energia e a independência dos magistrados e, por outro lado, a serenidade do julgador, a visão social e econômica dos problemas e o respeito à lei e à Constituição.

Só assim poderemos, numa época em que necessitamos restabelecer a prevalência dos princípios éticos, fazer com que o direito exerça a sua função primordial, que consiste em subordinar a economia e o poder público aos princípios básicos da moralidade administrativa e da justiça comutativa e distributiva, num clima de ordem e segurança jurídica.

[17] Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *As garantias do cidadão na Justiça*, já citada, p. 196.

Anotações sobre o Poder Judiciário americano

MARIA DO CARMO GUERRIERI SABOYA REIS

SUMÁRIO

1. Prefácio. 2. O Poder Judiciário americano ("the Third Branch") 3. Competência das Cortes federais e estaduais. 4. A Suprema Corte americana. 4.1. Competência. 4.2. Nomeação. 4.3 Composição. 5. Algumas decisões da Suprema Corte americana. 6. Os tribunais estaduais. 7. O Poder Judiciário federal. 8. "Alternative dispute resolution". 9. Conclusão.

1. PREFÁCIO

Com o decorrer dos anos e a ascensão dos valores democráticos, as instituições estatais, a cada dia, passam por constante revisão, objetivando o aprimoramento nos serviços, para que o Estado corresponda aos verdadeiros anseios de cada sociedade.

O Brasil encontra-se em fase de transição na qual são exigidas medidas urgentes para aperfeiçoamento da máquina estatal e, em especial, a judicial. É imperioso que exista, num país democrático, um Poder Judiciário forte e eficaz, capaz de ser o verdadeiro guardião da Constituição e assegurar os direitos e garantias fundamentais do homem.

O Poder Judiciário da maioria dos países enfrenta dificuldades semelhantes às nossas, relacionadas ao grande número de demandas e demora na prestação jurisdicional. Nesse contexto, o intercâmbio de informações torna-se importante para que juristas brasileiros possam aperfeiçoar-se, trazendo alguns institutos utilizados em outros países, úteis para as instituições brasileiras.

O Brasil necessita superar certos obstáculos, como o excessivo número de feitos, também existentes no Judiciário americano, em que já foram implantadas algumas medidas visando à redução do tempo gasto com os

Maria do Carmo Guerrieri Saboya Reis é Juíza Federal Substituta.

processos, à implantação de soluções alternativas para solução de conflitos e à redução do custo com os procedimentos judiciais. Para visualização das novas técnicas, é necessário um maior conhecimento da estrutura judicial americana.

Com esse objetivo foi efetuado um Seminário, em Washington D.C., para juízes federais brasileiros, no *Federal Judicial Center*, em que foram proferidas palestras sobre a estrutura e funcionamento do Poder Judiciário americano, com ênfase à área federal. O presente trabalho é resultante da experiência adquirida no referido Seminário, bem como de pesquisa bibliográfica e na Rede Internet, por meio de dados existentes em diversos órgãos do Poder Judiciário norte-americano.

Este pequeno trabalho não pretende um aprofundamento no complexo sistema judiciário americano, mas um breve relato que poderá auxiliar juristas brasileiros no entendimento da matéria e analisar algumas técnicas utilizadas naqueles tribunais que podem ser adaptadas e aplicadas ao Poder Judiciário brasileiro para o aprimoramento da prestação jurisdicional, com redução do custo e tempo utilizados.

2. Introdução

No coração de Washington D.C., entre o Obelisco e o Capitólio, numa sociedade federalista onde se prima pela igualdade e independência dos poderes estatais, pode-se observar uma estrutura judicial complexa, diferente da brasileira e de difícil compreensão.

Os Estados Unidos são compostos por um governo federal e pelos governos estaduais independentes, que possuem amplos poderes delegados, motivo pelo qual é adotado o sistema de dualidade judiciária. O Poder Judiciário americano é dividido em diversos sistemas judiciários, o federal e os cinqüenta estaduais que, apesar de possuírem uma estrutura semelhante, são totalmente independentes e organizados pelo Estado federado.

No Poder Judiciário americano, além dos pronunciamentos brilhantes da Suprema Corte e dos outros Tribunais, é realizado um vasto trabalho, com adoção de novas técnicas, visando ao aprimoramento do Poder Judiciário para que seja oferecida uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz. Como resultado desta profunda pesquisa, nós podemos citar centros de treinamento avançados e a adoção de um programa alternativo de solução de conflitos, o *Alternative Dispute Resolution*.

Existem duas características comuns entre o Poder Judiciário brasileiro e o norte-americano: a adoção do princípio da separação dos poderes, que impõe a divisão das funções estatais em executivo, legislativo e judiciário, cada qual com sua atividade limitada pelo outro poder; a outra característica é a doutrina do controle judicial de constitucionalidade das leis (*judicial review*), a qual permite que um tribunal deixe de aplicar um dispositivo de lei contrário à Constituição, declarando incidentalmente sua inconstitucionalidade. Nos Estados Unidos, o controle de constitucionalidade é exercido de maneira difusa e não existe, como no Brasil, uma Corte Constitucional que o exerça mediante ação direta.

O Judiciário americano, como no nosso País, adota o princípio do contraditório, tanto nos processos cíveis quanto nos criminais, estando as decisões de primeiro grau sujeitas, também, ao duplo grau de jurisdição, caso haja insatisfação de alguma parte.

Outra característica marcante do sistema americano é o direito ao julgamento pelo júri, que abrange os casos criminais (normalmente crimes graves) e cíveis (geralmente responsabilidade civil ou direito de propriedade). O júri é considerado uma instituição democrática, pois é a maneira pela qual os cidadãos participam do processo judicial. É oportuno observar, ainda, que as partes podem declinar do direito de ver seu caso apreciado pelo júri.

3. O Poder Judiciário americano (the Third Branch)

A Constituição norte-americana, que se apresenta como a Carta nacional mais antiga do mundo, em vigor, previu, em seu artigo III, Seção 1, que :

> "The Judicial Power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish.(...)"

Assim, a norma constitucional criou apenas a Suprema Corte e reservou para o Congresso a estruturação do judiciário federal, o que foi realizado por meio do *Judiciary Act of 1789*. Posteriormente, o *Act of Congress of 1891* tratou da jurisdição revisional.

Nos Estados Unidos, o Poder Judiciário é dividido entre as cortes estaduais, instituídas pelo governo estadual, e as cortes federais (*federal court system*), criadas pelo Congresso sob a autoridade da Constituição americana.

A independência dos Estados americanos é mais acentuada que no Brasil, repercutindo diretamente nos órgãos judiciais que, apesar de possuírem uma estrutura semelhante, são totalmente independentes, podendo apresentar algumas características distintas, como normas de procedimento diferentes. Assim, torna-se difícil a compreensão do sistema judiciário federal e de cinqüenta sistemas estaduais totalmente autônomos.

Um aspecto interessante é que as cortes estaduais foram criadas nas treze antigas colônias britânicas e, com o Estado federal e a Constituição americana, foi mantida a jurisdição da Justiça estadual, com exclusões mínimas.

Assim, a maior parte do número de feitos tramita perante o Judiciário estadual que, além de possuir um volume de processos incomparável, o número de cortes e juízes é bem superior. Na Justiça estadual são ajuizados, anualmente, perto de setenta milhões de feitos, enquanto na Justiça federal, trezentos mil. O número de juízes estaduais chega a trinta e cinco mil e federais a mil e quinhentos.

Apenas 10% (dez por cento), mais ou menos, dos casos ajuizados, tanto na Justiça federal quanto na estadual, vão a julgamento; vários são resolvidos mesmo antes da primeira audiência. O número de desistências também é grande e diversos casos são encaminhados a um programa de solução alternativa, que será explicitado posteriormente. Um fato importante, o qual os administradores e membros do Judiciário têm em mente, é que se todos os casos ajuizados tivessem de ir a julgamento o sistema judiciário estaria quebrado.

A seleção de juízes nos Estados Unidos consiste num processo político no qual inexistem provas de seleção para a escolha. O juiz é indicado pelo Presidente da República (se for federal), e o Departamento de Justiça verifica a qualificação e investiga a vida pregressa do candidato e, posteriormente, o nome é levado ao Congresso para a aprovação. A Associação dos Advogados também auxilia na escolha. Apesar de não haver provas ou cursos antes da indicação, os americanos acreditam que possuem os juízes mais capazes e os cidadãos depositam uma enorme confiança em seu Poder Judiciário.

A independência do Poder Judiciário é garantida por três princípios:

– A Constituição confere a esse Poder apenas tarefas judiciais, que envolvam aplicação e interpretação das leis, decidindo os casos concretos. É vedado ao Poder Judiciário legislar, que é tarefa do Legislativo, e executar as leis, competência do Executivo.

– Os juízes federais são vitalícios. A Constituição prevê que :

> "*they hold their Offices during good Behavior*, podendo ser afastados apenas através do *impeachment*".

– Os juízes também têm a garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos. Nem o Presidente nem o Congresso podem reduzir o salário de um juiz federal.

O *impeachment* caracteriza-se por ser um processo criminal-administrativo contra um servidor do Estado (incluindo-se os juízes federais) que tramita no Congresso e é iniciado por uma acusação formal denominada *articles of impeachment*.

3. *Competência das Cortes federais e estaduais*

A Justiça estadual (*State Courts*) tem o poder de decidir quase todos os casos; a competência é geral, sendo limitada apenas pela Constituição americana e algumas leis estaduais. As cortes estaduais representam a parcela do Poder Judiciário mais popular com as quais os cidadãos americanos têm maior contato. Sua competência abrange a área criminal, e a cível (incluindo as ações de responsabilidade civil, ações sobre o direito de propriedade, família, comercial e outras).

Na área criminal, a manutenção da ordem é dever do Estado federado, assim, os principais delitos são de competência da Justiça estadual, mesmo que se invoquem os direitos dos réus previstos na décima quarta emenda constitucional. É o direito federal suscitado numa causa da Justiça estadual.

A Justiça federal possui competência específica, apenas para julgar aqueles casos que a Constituição dispôs, em seu art. III, Seção 2 :

> "The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their Authority; – to all

> Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls; – to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; – to Controversies to Which the United States shall be a Party; – to controversies between two or more States; – between a State and citizens of another State; – between Citizens of different States, – between citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens there of, and foreign States, Citizens or Subjects".

A competência básica engloba os casos cíveis e criminais que surjam sob leis federais, principalmente a Constituição, abrangendo os casos em que o governo americano é parte, casos em que as cortes estaduais são consideradas suspeitas de parcialidade, controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadão de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado quando o litígio versar sobre propriedade imóvel localizada em outro Estado, casos que envolvam embaixadores, cônsules e ministros públicos; casos referentes a relações internacionais.

O Congresso estabeleceu que as controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados só tramitam no foro federal se tiverem por objeto um valor superior a U$ 50,000 (cinqüenta mil dólares); e que os casos de direito marítimo e envolvendo cônsules somente serão apreciados pela Justiça federal.

Na área criminal, a competência da Justiça federal engloba o julgamento dos crimes federais (definidos por legislação penal federal), como a segurança nacional, roubo a bancos, o seqüestro e tráfico de entorpecentes.

4. A Suprema Corte americana

Os Estados Unidos da América, com sua larga experiência republicana e federativa, sob a influência da teoria montesquiana da tripartição do poder e do sistema de mútuo controle, possuem, na instituição da Suprema Corte, um respeito não apenas cultural, mas um sentimento de segurança em todo o sistema que ela encabeça e representa.

O texto constitucional americano criou a Suprema Corte, estabelecendo apenas sua competência básica, indicando a forma de escolha e o mandato dos Ministros. Uma das principais preocupações deste Tribunal é o federalismo e o relacionamento jurídico entre o governo federal e os governos estaduais.

A Suprema Corte é composta por nove Ministros (*Justices*) indicados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal. Esse colegiado ocupa posição relevante no processo político da sociedade americana, pois elabora políticas públicas por intermédio da interpretação dada a dispositivos de lei, influenciando em assuntos relevantes dentro da sociedade.

Existe uma dicotomia em relação ao papel da Corte no processo político norte-americano, entre o ativismo e a contenção judicial. O ativismo prega o poder da Corte realizar mudanças significativas na política pública, podendo, inclusive, incentivar ou derrubar políticas legislativas ou executivas. Os defensores do ativismo consideram-no como um dever previsto constitucionalmente que protege os direitos fundamentais do homem. O inverso ao ativismo é a contenção judicial que considera que a Corte não deve influenciar no processo político da sociedade.

Os trabalhos da Suprema Corte iniciam-se na primeira segunda-feira de outubro de cada ano e, normalmente, continuam até junho.

A Suprema Corte recebe, aproximadamente, sete mil casos por ano e apenas mais ou menos cem são julgados, aqueles de importância e interesse nacionais. As partes não possuem direito ao julgamento do recurso, pois o que se considera é o interesse social.

As partes requerem um *writ of certiorari*, por intermédio do qual pleiteiam o direito de que a Corte Suprema aprecie e julgue a questão. Ocorre que esse tribunal superior tem o poder discricionário de decidir se vai examinar o recurso ou não, pela "decisão de quatro", ou seja, é necessária a anuência de no mínimo quatro *Justices* em apreciar o caso. Tal decisão não precisa ser fundamentada. Se o *certiorari* for negado, a decisão da instância inferior é mantida e as partes não poderão requerer o *writ* novamente.

Não existem critérios formais para a escolha dos casos a serem julgados pela Suprema Corte, mas leva-se em conta a importância da matéria, a repercussão política, a pressão pública e o interesse social.

No início do período, a Suprema Corte ouve a argumentação oral e recebe memoriais de casos em que tiveram o *certiorari* deferido.

O processo pode levar várias semanas ou vários meses. O término do período caracteriza-se quando são anunciadas todas as decisões aceitas para apreciação, exceto as que não tiveram defesa, as quais são transferidas para o período seguinte.

Nos Estados Unidos, os precedentes constituem uma grande parte do conjunto de normas jurídicas aplicadas nas cortes norte-americanas, que são constituídos pelo *case law* , ou seja, o conjunto de normas originado dos votos escritos proferidos pelas cortes superiores com efeito vinculante.

As decisões da Suprema Corte são respeitadas tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Poder Executivo, proporcionando certa estabilidade nas relações sociais.

A Suprema Corte pode avocar processos, de ofício ou a pedido das partes, considerando a importância do caso, oriundos da Corte de Apelação; mas só pode avocar diretamente do primeiro grau de jurisdição quando se tratar de processo penal com condenação à pena de morte, para suspender sua execução.

4.1 *Competência*

Inicialmente, a Suprema Corte só revisa casos que envolvam problemas de grande importância e de repercussão nacional, aceitando apenas uma pequena quantidade de casos por ano. A Suprema Corte pode, também, uniformizar a jurisprudência das Cortes de Apelação de casos que tratem de matéria constitucional.

A competência da Suprema Corte pode ser :

a) *Originária* (feitos ajuizados perante a Corte) que se subdivide em : – casos *obrigatórios* (a Corte tem de apreciá-los) que são as disputas entre Estados; – casos *facultativos* (a Corte não precisa julgá-los), aqueles em que um Estado é parte ou disputas entre um Estado e o Governo federal, demandas que envolvam pessoal diplomático;

b) *Recursal* (quando as partes não estão satisfeitas com as decisões proferidas pelas cortes federais, estaduais de apelação ou das cortes de apelação especializadas no sistema federal) pode ser :

– casos obrigatórios: 1. aqueles em que um tribunal federal declarou inconstitucional uma lei do Congresso, se o governo federal é parte; quaisquer casos nos quais uma Corte Suprema estadual declarou inconstitucional uma lei do Congresso; 2. casos nos quais um Tribunal estadual manteve uma lei estadual contra uma reclamação de que ela conflitava com a Constituição ou com uma lei federal; 3. quando um tribunal federal revoga uma lei estadual sob o fundamento de que ela conflitava com a Constituição ou com uma lei federal;

– *casos facultativos*: a) todas as decisões de cortes de apelação federais, exceto aquelas das categorias obrigatórias; b) todas as decisões do tribunal estadual de instância mais alta com competência sobre um caso e que envolva questões de leis federais, exceto aquelas das categorias obrigatórias.

A maior parte dos casos levados à apreciação da Suprema Corte são de competência facultativa, pois chegam por meio do *writ of certiorari*.

4.2. *Nomeação*

A Suprema Corte Americana possui um cargo vago quando um membro morre ou se afasta. O processo de nomeação aparentemente é simples: o Presidente dos Estados Unidos faz uma indicação que deve ser confirmada pela maioria do Senado Federal. Na verdade, tal procedimento é complexo, o que pode ser demonstrado com a variedade de grupos que procuram influenciar na escolha do membro e na sua aprovação pelo Senado, tais como o Procurador-Geral, autoridades do Departamento de Justiça, a Associação Norte-Americana de Advogados (ABA), a comunidade jurídica em geral e os membros da Suprema Corte. O Presidente também busca, com a nomeação, conseguir apoio político ou proporcionar a representação de grupos minoritários, como representação de raça ou sexo (em 1967, houve a escolha do primeiro negro – Thurgood Marshall; e, em 1981, foi nomeada a primeira mulher – Sandra Day O'Connor).

A indicação do membro da Corte, antes de ir ao plenário do Senado para confirmação, passa pela Comissão de Justiça, que realiza audiências e vota a recomendação, pois a competência e a ética são fatores preponderantes na escolha dos candidatos.

Os juízes com 70 anos ou mais de idade e que serviram por dez anos podem renunciar ao cargo, continuando a receber os vencimentos integrais; os com 65 anos e que tenham 15 de serviço podem aposentar-se que os vencimentos e vantagens serão efetuados como se na ativa estivessem.

Existem casos nos quais os juízes recusam-se a aposentar-se, mesmo apesar da idade avançada ou de doenças.

O processo de nomeação das instâncias inferiores, a tarefa de identificar candidatos e negociar com outros participantes no processo de seleção recai, principalmente, nas autoridades do Departamento de Justiça ou Comissões de Cidadãos.

É importante salientar, ainda, que a Constituição não restringiu o ingresso na Suprema Corte a bacharéis em direito, mas tal requisito tem sido respeitado em razão da qualificação que tal cargo exige.

4.3. *Composição*

A Suprema Corte possui, desde 1969, nove Ministros (*Justices*) que foram oriundos de Departamento de Justiça (alguns como Procuradores-Gerais), outros de Cortes de Apelação (estaduais ou federais, como Brennan e Sandra Day O'Connor), alguns foram senadores (Black, Byrnes e Burton) e outro Governador da Califórnia (Warren).

Hoje, a Corte é composta por : 1. *Chief Justice* Rehnquist; 2. *Justice* Stevens; 3. *Justice* O'Connor; 4. *Justice* Scalia; 5. *Justice* Kennedy; 6. *Justice* Souter; 7. *Justice* Thomas; 8. *Justice* Ginsburg e 9. *Justice* Breyer.

Normalmente, participam dos julgamentos os nove Ministros, mas, ocasionalmente, na ausência de algum membro, se houver empate na votação, a decisão da instância inferior é mantida. O *quorum* mínimo para decisão de um caso é de seis membros.

A decisão de um juiz de instância inferior pode ser suspensa a pedido do juiz de Circuito ou do juiz da própria Corte Suprema, até que o caso seja apreciado pela Corte.

Segundo a Constituição Federal americana, os juízes, como outras autoridades federais, podem ser afastados por meio de processo de *impeachment* por "traição, suborno e outros crimes e contravenções sérios".

5. Algumas decisões da Suprema Corte americana

A Suprema Corte, pelas suas decisões, possui fases com características próprias, algumas mais conservadoras, outras que deram ênfase aos direitos fundamentais, dependendo de sua composição e da interpretação dada à lei pelos Ministros a cada fase da sociedade. Como bem ressaltou o renomado *Chief Justice* John Marshall, a Constituição deve ser interpretada de acordo com as diversas crises por que passa a humanidade. É pacífico o entendimento de que a Suprema Corte, lidando com problemas constitucionais, pode alterar a jurisprudência para corrigir uma decisão.

No período de 1801 a 1835, a Corte foi presidida por John Marshall, tendo como a decisão que mais se destacou a proferida no caso *Marbory versus Madison*, em 1803, por meio da qual foi declarada a inconstitucionalidade de uma lei federal, difundindo o sistema de *controle judicial de constitucionalidade das leis*, hoje adotado na maioria dos países.

O controle de constitucionalidade acima referido é aquele segundo o qual um juiz pode declarar, em concreto, a invalidade de um ato legislativo ou administrativo por ser contrário à Constituição. Não existem Cortes Constitucionais nos Estados Unidos, como o Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Posteriormente, em 1857, sob a presidência de Roger Taney, no caso *Dred Scott versus Sandfor*, a Corte declarou que o Congresso havia excedido seus poderes constitucionais ao adotar o Acordo de Missouri, que proibia a escravidão em alguns territórios.

No final do século XIX, a Corte voltou sua atenção principalmente para questões econômicas, como a regulamentação governamental para o comportamento econômico privado e atividades comerciais, tornando-se cada vez mais hostil às políticas governamentais que limitavam atividades comerciais. Nos anos 20, foi declarada a inconstitucionalidade de mais de cento e trinta leis por terem violado direitos econômicos protegidos pela Décima-Quarta Emenda. Era o conflito do *New Deal*.

O Presidente Roosevelt tentou combater a Grande Depressão com amplas medidas de controle da economia, mas a Corte revogou algumas, como a Lei de Ajuste Agrícola e a de Recuperação Industrial Nacional, enfraquecendo seriamente o programa do *New Deal*.

Posteriormente, a Corte, sob a presidência do Juiz Hughes, passou a apoiar a legislação patrocinada por Roosevelt.

A Corte, a partir de 1937, passou a dar mais ênfase aos direitos individuais, principalmente na interpretação de garantias constitucionais de proteção à liberdade de expressão e à liberdade de religião, dos direitos de réus, da igualdade de tratamento (principalmente a racial ou a grupos menos favorecidos).

Durante a presidência de Earl Warren (1953-1969), as liberdades individuais foram fortemente defendidas nos julgamentos. A decisão mais conhecida deste período foi a do caso *Brown versus Junta de Educação* (1954), que ordenou a integração racial nos sistemas escolares públicos do Sul e iniciou o longo processo de integração racial. O *Justice* Warren afirmou que não pode haver igualdade de direitos com separação de raças.

Posteriormente, com a nomeação de Warren Burger, efetuada pelo Presidente Nixon, para a presidência da Corte, houve um período de decisões com características mais conservadoras, interpretando os direitos de maneira mais restrita, inclusive no que tange às investigações policiais que ganharam mais poder. Em 1970, a Corte deu seu primeiro apoio significativo à igualdade jurídica para as mulheres, revogando uma série de leis que estabeleciam tratamento diferenciado.

No caso *Roe versus Wade* (1973), a Corte, garantindo o direito à liberdade das mulheres (Nona Emenda Constitucional), eliminou o poder dos Estados de proibir o aborto e, na década seguinte, restringiu o poder estatal em regulamentar o aborto.

Em 1974, a decisão da Corte no caso *Estados Unidos versus Nixon*, acentuou a importância de suas decisões no processo político. Foi determinado, por unanimidade, em respeito ao *due process of law*, a apresentação das gravações das conversas do Presidente Nixon com a Casa Branca, a um tribunal federal, derrotando uma de suas últimas linhas de defesa contra o *impeachment*.

6. Os tribunais estaduais

Cada Estado possuiu sua própria Constituição, que pode criar o sistema judiciário de primeiro e segundo graus, ou reservar tal ato para o Poder Legislativo estadual. Os Estados possuem sistemas judiciários autônomos e, apesar de serem semelhantes, podem existir variações, seja na estrutura judiciária ou em alguns procedimentos.

As cortes estaduais de primeira instância constituem os tribunais mais numerosos, com o maior número de feitos e de juízes. Estão situadas nas cidades e condados americanos. Na maioria dos Estados existem as cortes de jurisdição geral, que julgam grande variedade de casos cíveis e criminais, e de jurisdição limitada, e as que decidem alguma matéria específica, como os tribunais de trânsito, de família (*probate courts*), tribunal de pequenas causas (*small claims court*) etc.

Os recursos interpostos das decisões proferidas em primeira instância são encaminhados para as Cortes de Apelação, organizadas em distritos geográficos. O recurso para a Corte de Apelação, preenchidos os requisitos, é um direito da parte insatisfeita com a decisão. Em alguns Estados, a corte intermediária é dividida por matéria, como Tribunal de Apelação Cível e outro Criminal. As cortes intermediárias geralmente são compostas por Turmas de três juízes cada.

A Suprema Corte Estadual aprecia os casos de maior importância e possui o poder discricionário em delimitar quais os casos mais importantes que devam ser novamente apreciados, dentre os diversos recursos interpostos. As partes têm direito a um recurso interposto perante a Corte Intermediária e o apelo para a Suprema Corte Estadual só é conhecido no interesse do sistema jurídico.

A Corte Suprema de alguns Estados pode avocar, por iniciativa própria ou a pedido das partes, um caso pendente de julgamento em tribunal de apelação; é um poder discricionário que pode ser exercido pela relevância do objeto em litígio ou pela urgência do caso.

A maioria dos Estados possui dois conjuntos de tribunais de primeira instância, um para lidar com grandes casos cíveis (grandes somas em dinheiro) e criminais (delitos graves), outro para lidar com casos de menor significação. Existem tribunais de segunda instância, alguns Estados possuem somente um.

A Justiça estadual pode ter como estrutura básica :

Tribunal de Primeira Instância – Tribunal de Segunda Instância – Corte Suprema Estadual

ou

Tribunal de Primeira Instância (*district courts)* – Tribunal de Segunda Instância (*circuit courts*) – Cortes Intermediárias de Apelação – Corte Suprema do Estado.

7. O Poder Judiciário federal

A Constituição americana prevê que o Poder Judiciário dos Estados Unidos seja composto pela Suprema Corte e por Tribunais inferiores criados pelo Congresso. Por meio do Ato Judiciário de 1789, foi instituído o Poder Judiciário

Federal, tendo o Congresso criado os tribunais intermediários apenas em 1891.

A primeira instância da Justiça Federal norte-americana é composta pelas cortes distritais (*district courts),* em segundo grau pelos tribunais de apelação, organizados em circuitos (*circuit courts or court of appeals*) e, no ápice, encontra-se a Suprema Corte. Podemos visualizar esta estrutura da seguinte maneira :

Tribunais Distritais Federais *District Courts* (primeira instância) – 13 Cortes de Apelação *Courts of Appeals* e Cortes Especializadas – Corte Suprema

O Congresso americano criou noventa e quatro distritos judiciais federais, distribuídos de acordo com o tamanho do Estado e sua população, existindo ao menos um distrito em cada Estado. Cada corte distrital tem no mínimo dois juízes, podendo chegar até a vinte e quatro nos distritos mais populosos.

O país sempre foi dividido em circuitos judiciais federais, contendo cada qual uma corte de apelação, também chamada de Corte de Circuito, cujos membros decidem apelações oriundas de decisões de tribunais distritais. Existem 12 cortes de apelação, que têm jurisdição de acordo com a área geográfica, mais a Corte de Apelação do Circuito Federal, com jurisdição sobre todo território e competência de acordo com a matéria. Essa Corte, criada em 1982, é situada em Washington, e resultou da fusão da *U.S. Court of Claims* e a *U.S. Court of Customs and Patent Appeals*. A Corte de Apelação do Circuito Federal julga recursos oriundos da *U.S. Court of Federal Claims, U.S. Court os International Trade, U.S. Court of Veterans Appeals, International Comission, Board of Contract Appeals, Patent and Trade Mark Office, e Merit Systems Protection Board* . Esse Tribunal tem competência para apreciar os casos relacionados com patentes ou determinados pedidos de indenização por danos contra o governo federal, além de revisar decisões de diversos organismos governamentais (a *Claim Court* e a *Court of International Trade*).

Cada corte de apelação é composta por, no mínimo, seis juízes vitalícios indicados pelo Presidente e com a concordância do Senado, podendo alcançar o número de vinte e oito juízes. O mais antigo é o *chief judge.* As doze Cortes de Apelação regionais são compostas por um total de cento e setenta e nove juízes e recebem, anualmente, quarenta mil processos.

As cortes especializadas (*Specialized Courts*) são: *Tax Court* (tribunal tributário); *Court of Federal Claims, Court of Veterans Appeals, Court of Internacional Trade.*

As noventa e quatro cortes distritais, situadas nos cinqüenta Estados americanos, possuem, ao todo, seiscentos e quarenta e nove juízes federais (236.000 casos cíveis e 45.000 criminais). A maioria das cortes distritais tem competência geral, sem especialização. Um distrito pode ser dividido em várias cidades, onde os casos são apreciados. Cada distrito tem uma Vara de Falências.

As cortes tributárias foram estabelecidas pelo Congresso em 1924 e hoje são compostas por, aproximadamente, dezenove juízes (*tax court judges*), indicados pelo Presidente por quinze anos. Essas Cortes decidem controvérsias sobre o pagamento de tributo e suas decisões podem ser revistas pelas cortes de apelação e pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Existe também o cargo de magistrado (*magistrate judge*), o qual atua junto às cortes distritais. Os magistrados são indicados pelos juízes, com mandato de 4 ou 8 anos, a depender se for com dedicação integral ou não. Os magistrados lidam com uma variedade de problemas, como audiências preliminares, conciliação em casos cíveis, julgamento de contravenção e outros.

Outra preocupação do Estado norte-americano é conceder o pessoal de apoio adequado para que o juiz possa melhor desempenhar suas funções. Para os mil quinhentos juízes federais existentes há, aproximadamente, vinte e cinco mil funcionários.

A Administração das Cortes Federais americanas, de acordo com as funções, é efetuada por : *the Judicial Conference of the United States; the Judicial Councils; the Administrative Office of the Unites States Courts* e *the Federal Judicial Center*.

O *Federal Judicial Center* foi instituído pelo Congresso em 1967 para promover o desenvolvimento e aperfeiçoamento da administração judicial nas cortes americanas. Suas funções básicas são : pesquisa e a operação e funcionamento das cortes federais; desenvolver e apresentar considerações sobre o aperfeiçoamento da administração das cortes federais para a Conferência Judicial; estimular, criar, desenvolver e conduzir programas de treinamento do pessoal do Poder Judiciário; providenciar um corpo de assistentes para o *Judicial Conference* ou Comitês, se requerido; cooperar com o Instituto de Justiça Estadual no estabelecimento e

coordenação de pesquisas e programas sobre a administração da Justiça. Esse órgão é governado por um conselho composto pelo *Chief Justice* dos Estados Unidos (*chairman*), seis juízes eleitos na Conferência Judicial (dois da corte de apelação, três na de distrito e um na de falências) e o diretor da Divisão Administrativa do FJC, indicado pelo Conselho.

A *Judicial Conference* (Conferência Judicial), órgão criado em 1992, tem por principal objetivo servir como principal órgão encarregado de fazer a política relacionada com a administração das cortes federais. Seus membros reúnem-se duas vezes por ano, com os seguintes objetivos : apresentar projetos ao Congresso de legislação sobre o sistema judiciário; propor emendas às leis federais de procedimento; e discutir sobre os problemas administrativos das cortes. É formada por vinte e sete juízes federais, com a seguinte composição : *Chief Justice* dos EUA (presidente); os *Chief Judges* das treze Cortes de Apelação, o *Chief Judge* da Corte de Tratado International, doze *district judges* dos circuitos regionais, com mandato de três anos. A maior parte do trabalho é feita nos comitês compostos pelos juízes federais de primeira instância (Comitês de Direito Criminal, de Código de Conduta, Executivo, da Administração da Corte e Administração dos Casos; de Jurisdição Federal, de Regras de Procedimento Processual, Internacional Judicial Relations etc).

O *Administrative Office of the United States Courts* foi criado pelo Congresso, em 1939, como órgão de apoio à Conferência Judicial e é dirigido e supervisionado por essa. Trata das estatísticas dos tribunais e assuntos legislativos.

Existe, em *Williamsburg*, um Centro Nacional das Cortes (*Nacional Center of State Courts*) que se configura como uma organização independente, fundada em 1971 pelo *Chief Justice* Warren E. Burger, sem fins lucrativos, dedicada ao aperfeiçoamento da Justiça. O NCSC, por meio da Divisão de Serviços e Informações, provê assistência técnica e serviço de consultoria para os tribunais.

Algumas das principais atividades do *National Center for State Courts* são assistência aos tribunais, tentar solucionar problemas, criar novas técnicas, "conhecimentos", informações, educação e comunicação sobre os interesses das cortes e promover o suporte da organização judiciária.

Um dos projetos interessantes promovidos por esse Centro Nacional foram os *kiosks*, que se caracterizam como um método alternativo de divulgação dos serviços judiciários, com redução de custo e sem a utilização de pessoal, por intermédio de um computador em um *kiosk* eletrônico, providenciando informações básicas sobre os procedimentos judiciais e terminologias legais, auxiliando, também, na compreensão do processo judicial. Com a tecnologia da multimídia, foram adicionados gráficos e a informação é acompanhada por som e outros métodos avançados. As informações abrangem explicações sobre procedimentos judiciais, informações sobre o procedimento nas audiências, sobre o cálculo de alimentos de dependentes, detalhes sobre o divórcio e outras. O *Colorado* foi o pioneiro na utilização do *Multimidia Kiosk* para fornecer informações ao público numa linguagem simples desde 1987, o que foi adotado por outros Estados posteriormente, inclusive pela Califórnia e pelo Arizona.

8. Alternative dispute resolution

Em 1976, durante uma Conferência em que foi abordado o tema da insatisfação popular com o sistema judiciário, um professor de *Harvard*, Frank Sander, apresentou um programa denominado *multi-door courthouse*, com várias alternativas de solução de conflitos que poderiam ser oferecidas dentro ou fora dos Tribunais.

Com o decorrer dos anos e depois de uma profunda análise, o programa experimental foi estabelecido no Distrito de *Colúmbia (D.C. Superior Court*), em 1985. Inicialmente, os serventuários e voluntários começaram a ser treinados para considerar as opções de resolução de litígios. Posteriormente, a mediação em pequenas causas (até $ 5,000) foi inaugurada no programa do *multiple doors*. No mesmo ano foi iniciado o programa de mediação em causas de família, com demandas envolvendo alimentos, custódia de menores, partilha etc.

Em 1989, o Instituto Nacional de Solução de Conflitos iniciou um programa envolvendo arbitragem nos litígios, com resultados favoráveis.

Posteriormente, a comunidade judiciária, incentivando a difusão das técnicas do ADR, efetuou a nova experiência, suspendendo os feitos durante uma semana por ano (de 1987 a 1989) em casos cíveis, onde os mediadores tentaram conciliar as partes. A Corte determinou que cada parte participasse de pelo menos uma sessão de mediação. Hoje o ADR é adotado em 90% das Cortes federais.

O programa cresceu tanto que foi incluído nas Varas Tributárias (*Tax Divisions*), ajudando a solucionar problemas relacionados com o valor do tributo. Aproximadamente 50% dos casos que entram no programa são solucionados.

Hoje, a Divisão de *Multi-Door Dispute Resolution* possui vinte servidores investidos em programas de recrutamento e treinamento de voluntários. Aproximadamente nove mil casos foram resolvidos em 1994.

Existem, ainda, os especialistas (*intake specialist*) situados no *Intake Center* que assistem os cidadãos a avaliar a maneira mais apropriada para solucionar o conflito, pessoalmente ou por telefone, indicando, ainda, se o caso é apropriado para um programa específico de solução alternativa.

Normalmente, ao receber uma petição inicial, o juiz, em audiência, explica às partes as vantagens do programa (não haver perdedor, sem custas, redução do tempo gasto e outras) e decide, com as partes e advogados, se o ADR é aplicável, qual o programa mais indicado e quando a sessão inicial será marcada. A mediação é formulada por um terceiro neutro (*mediator*) que auxilia as partes, em audiências, explorando as possíveis soluções. Dependendo da complexidade do caso, serão necessárias mais sessões, o que demandará um tempo maior. O mediador não emite juízo de valor, mas incentiva as partes a avaliarem seus interesses levando em consideração as possíveis soluções. Em algumas jurisdições, o mediador precisa ser bacharel em Direito e ter efetuado um programa de treinamento. Atualmente, existe o programa de mediação em causas de família, em causas cíveis (como mediação civil), em processos relativos a direito tributário (o mediador tem de possuir experiência no campo tributário).

O processo de mediação é confidencial e inicia-se com uma audiência do mediador e as partes para delimitar melhor os pontos controvertidos; o mediador explica o processo e concede a cada parte a oportunidade de expor sua opinião sobre o litígio, como se fosse uma discussão inicial entre as partes e o mediador sobre o caso. No final dessa audiência, o mediador se reúne individualmente com as partes, aconselhando-lhes a analisarem suas posições, propondo sugestões, incentivando a apresentar propostas. Posteriormente, podem ser necessárias novas audiências, conforme o problema em questão, e o procedimento de mediação terminará com um acordo ou quando expirar o prazo fixado pelo juiz. Depois da primeira audiência, as partes apresentarão ao mediador, em sete dias, petição com no máximo dez páginas, delimitando os fatos e fundamentos da causa. Se houver acordo, as partes assinarão um termo escrito, com estipulação de uma pena pelo não-cumprimento. Se não for possível o acordo, o mediador fará a comunicação imediata à Justiça para que o caso continue no processo litigioso.

É importante salientar, ainda, que nos Estados Unidos não se faz distinção, ao se fazer um acordo, se o governo é parte. Nesse país, não existe proibição para tal pacto e considera-se, sob vários aspectos, vantajoso para o Estado.

As partes decidem, na audiência inaugural, adotar ou não a arbitragem e escolhem, se for o caso, o árbitro. Esse programa envolve um terceiro imparcial (*attorney*) que encontra as partes, relaciona os fatos e o direito e elabora um laudo, num período de cento e vinte dias. Se o laudo for aceito, será convertido em julgamento pela Justiça; caso contrário, a parte poderá peticionar, apresentando os motivos, em quinze dias, perante o Judiciário. Os árbitros, conforme as regras do programa, devem ser membros de Associação e licenciados em direito há pelo menos cinco anos (como no Distrito de Columbia).

Existe um outro programa, *case evaluation*, onde é efetuada uma avaliação não-obrigatória do caso por um procurador imparcial, que identifica os pontos controvertidos, analisa as probabilidades de sucesso, conforme normas de procedimento da Corte, auxiliando na decisão de prosseguir ou não com o caso. Os *evaluators* têm de ser formados em Direito e ter, pelo menos, cinco anos de prática forense .

Os voluntários são selecionados e treinados pela *Multi-Door Division*, a cada ano, para auxiliar na solução de litígios de vários tipos. Para as pequenas causas e mediação em causas de família, não existem pré-requisitos específicos.

9. Conclusão

A adoção do regime republicano pelo Brasil e a criação do Supremo Tribunal Federal tiveram como modelo, desde a Constituição Republicana, o sistema americano. Ocorre que, com o passar dos anos e as transformações históricas por que passou cada sociedade, surgiram diferenças significativas entre o Poder Judiciário do Brasil e o dos Estados Unidos, restando

como único ponto comum o sistema de dualidade judiciária.

Atualmente, embora o Judiciário dos dois países tenha estruturas diversas, possui problemas comuns, como o excessivo número de feitos ajuizados e a necessidade urgente de aprimoramento. Deve-se observar, entretanto, que os americanos tentam enfrentar essas dificuldades há mais de dez anos, aplicando novas técnicas à tramitação processual, programas alternativos para solução dos conflitos e criando centros de treinamento especializados para a formação dos juízes.

O Poder Judiciário brasileiro vem passando por um processo de revisão com o objetivo de aprimorar e agilizar os procedimentos, garantindo uma prestação jurisdicional mais eficaz. É necessário, entretanto, para viabilizar tal aperfeiçoamento, que exista o real interesse em mudar e que seja abandonado o formalismo excessivo que bloqueia quaisquer transformações.

Por outro lado, não só o Judiciário precisa de revisão, mas toda máquina estatal, pois quando existem problemas em um Poder, há o reflexo imediato noutro. Se o Poder Executivo passasse a respeitar a jurisprudência pacífica de nossos Tribunais e o Poder Legislativo efetuasse um controle político rígido de constitucionalidade das leis, o número de demandas iria ser reduzido significantemente.

O objetivo do presente trabalho não é incentivar mudanças drásticas, pois quaisquer transformações, para que sejam eficazes, é necessário o amadurecimento no tempo; mas, sim, promover uma visão superficial do Poder Judiciário americano e de algumas medidas e técnicas adotadas que podem ser adaptadas ao nosso sistema.

A sociedade precisa ter consciência de que o verdadeiro guardião da Constituição é o Poder Judiciário e o único capaz de garantir os direitos individuais dos brasileiros. É imperioso, portanto, para garantia de um regime democrático, que o país possua um Judiciário forte e bem aparelhado.

Bibliografia

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana.* Tradução por Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. Tradução de: The Supreme Court.

1995 Programs of "Alternative Dispute Resolution". Superior Court of the District of Columbia, Multi-Door Dispute Resolution Division.

Program Procedures for Mediation in the U.S. District Court of the District of Columbia Circuit.

MEADOR, John Daniel, MONROE, James. *American Courts.* Tradução por Ellen G. Northfleet. St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1991.

HARRELL, Mary Ann, ANDERSON, Burnett. *Equal justice under law*: The Supreme Court in American Life. 6. ed. [s.l : s.n.]. 1994. (The Supreme Court Historical Society).

KATZ, Ellis. *The Complete American Constitution* : State Constitutions and Constitutional Law in the American federal System. [s.l]: Temple University.

SCHWARZER, William W., HIRSCH, Alan. *The Elements of Case Management.* [s.l]: Federal Judicial Center, 1991.

HAREELL, Mary Ann, ANDERSON, Burnett. *Equal Justice under Law.* The Supreme Court in American Life. 6. ed. [s.l.] : National Geografic Staff. 1994.

HASKINS, George L. *Law versus Politics in the Early Years of the Marshall Court.* [Pennsylvania]: University os Pennsylvania, 1981.

LOCKARD, Duane, MUARQHY, Walter F. *Basic Cases in Constitutional Law.* 3 ed. [sl] : C.Q. Press, 1992.

WOODWARD, Bob, AMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte.* Tradução por Torrieri Guimarães. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1985. Tradução de: The Brethren Inside the Supreme Court.

Dispute Resolution Procedures. Northern District of California. United States District Court.

Civil Justice Reform ACT Report. Development and Implementation of Plans by the United States District Courts. Prepared by the Judicial Conference of the United States. December, 1994.

Dados coletados via *Internet* das seguintes *Home Pages*:

– Supreme Court of United States
– United States Federal Judiciary
– Library of Congress
– Federal Judicial Center
– Federal Court System
– National Center of State Courts

A hidrovia Paraguai-Paraná em seu contexto jurídico

CHRISTIAN GUY CAUBET

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os objetivos econômicos da HPP. 3. Críticas da razão econômica. 4. Um meio ambiente particularmente vulnerável. 5. Algumas dimensões internacionais da HPP. 6. Do bom uso das cláusulas jurídicas. 7. A mobilização das ONG's. 8. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Neste final de século XX, diversos projetos de realizações gigantescas rondam os sonhos de muitos engenheiros, economistas, empresários, juristas ou políticos, como se o desenvolvimento econômico e social, sempre prometido e nunca alcançado, tivesse passado a depender de investimentos em obras colossais, a oferecerem, de uma vez só, o que séculos de trabalho ainda não permitiram lograr. Para ilustrar essa tendência com exemplos nacionais, pode-se citar a transposição das águas do rio São Francisco ou a hidrovia Paraguai-Paraná. É a esta obra que será dedicado o presente estudo, com ênfase no seu contexto ambiental e nas normas, essencialmente de Direito Internacional Público, que deveriam reger o empreendimento.

O projeto da HPP – Hidrovia Paraguai-Paraná – prevê a implementação de um sistema de navegação, ao longo dos 3.440 km dos dois maiores rios da segunda bacia fluvial da América Latina; de Cáceres, no Brasil, até Nueva Palmira, no Uruguai. A justificativa essencial é a de estruturar um meio de transporte barato para as matérias-primas de imenso *Hinterland* de regiões da Argentina, da Bolívia, do Brasil e do Paraguai. Isso sem mesmo aludir ao fato de que, para os dois países mediterrâneos da área (Bolí-

Christian Guy Caubet é Doutor em Direito. Professor do Departamento de Geociências da Universidade Federal de Santa Catarina.

via e Paraguai), a hidrovia é um objetivo estratégico de primeira ordem. Representa uma oportunidade única de acesso garantido ao mar.

Pensa-se imediatamente que a HPP seria um poderoso fator de integração entre os países do MERCOSUL (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) que, em princípio, entrou em vigor em 1º.1.1995. Entretanto, convém ser cauteloso: o projeto atual indica claramente que todas as mercadorias que deverão transitar pela hidrovia serão destinadas aos mercados de países exteriores à região...

As atividades necessárias para realizar a HPP são complexas, onerosas e de longo prazo. Algumas operações de melhoria podem ser realizadas imediatamente: são definidas como parte do Módulo A do projeto. Portentosas obras de engenharia civil e hidráulica estão previstas no Módulo B, que também inclui os estudos de viabilidade técnica e econômica, bem como um estudo de impacto. O Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID – e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD – já outorgaram, a fundos perdidos, um auxílio econômico de onze milhões de dólares, para fazer os estudos preliminares de viabilidade. O órgão executivo do projeto é o Comitê Intergovernamental da Hidrovia – CIH –, criado em 1989 pelos ministros interessados dos cinco países ribeirinhos dos rios da bacia do Prata.

Na visão dos setores ligados à agroindústria e à mineração, principalmente, que apóiam o projeto, seus benefícios são numerosos, óbvios e quase imediatos. São enumerados em um documento elaborado, em 1989 e 1990, por uma firma brasileira, a Internave. Esse estudo logo chamou a atenção, não apenas em função de seu aspecto pouco convincente e de sua fraca argumentação, mas também porque ignorava aspectos fundamentais do problema: as questões sociais e ambientais só aparecem como epifenômenos. Em função disso, numerosas ONG's – Organizações Não-Governamentais – começaram a formular críticas e a denunciar as condições do projeto. Para entendê-las e avaliar os impactos do que poderia vir a ser um dos mercados bilionários deste final de século, o presente estudo apresentará os objetivos econômicos da HPP, seus prováveis impactos ecológicos, alguns aspectos importantes de Direito Internacional Público e as razões das preocupações dos ecologistas.

2. Os objetivos econômicos da HPP

Um dos pontos de vista mais "tecnocraticamente corretos", em relação à hidrovia, é o do BID. Um de seus boletins mensais (junho de 1994) informa sobre os objetivos e problemas da HPP, aproveitando para orientar, sob pretexto de informar, as reações e atitudes que o leitor deverá ter. Segundo o banco, "para os países em rápido desenvolvimento do Cone Sul do hemisfério, o transporte é fundamental para manter os laços econômicos entre eles e com os mercados externos". Ocorre que, "além de sua atração econômica, o transporte fluvial acarreta custos ambientais relativamente baixos. Comparadas aos caminhões, as barcaças não ameaçam a qualidade do ar e a 'estrada' que usam não tem de ser construída". E como ficar preocupado, quando se sabe que os estudos necessários serão realizados por "equipes de especialistas, incluindo hidrólogos, especialistas em navegação, ecologistas, economistas, sociólogos rurais e especialistas em transporte", que examinarão duas opções possíveis.

A primeira opção consistiria em realizar apenas as obras relativas à parte inferior do rio, da foz a Puerto Murtinho. Neste caso, os custos seriam limitados, pois as obras previsíveis são de dragagem, de retificação de alguns trechos e de balisagem.

A segunda opção, muito mais ambiciosa, fixaria o ponto de partida da HPP em Cáceres, 500 km a montante, nas fontes do Pantanal do Mato Grosso, que é a maior zona úmida do mundo. Nessa hipótese, as obras a serem realizadas seriam gigantescas: às operações já aludidas dever-se-ia acrescentar inúmeros diques, canais, barragens, dinamitagem de rochedos e escolhos, sem sequer falar nas questões de deslocamento de populações que, em vários casos, seriam de tribos indígenas.

É nesse contexto que devem ser apreciados os dados econômicos brutos, tais como apresentados pela sociedade Internave. O estudo foi iniciado em abril de 1989 e aprovado em janeiro de 1990, por um grupo de trabalho *ad hoc* de representantes dos cinco países membros da bacia do Prata. Foi publicado em fevereiro de 1990. Os objetivos consistem em transportar a soja e o milho produzidos no interior do Brasil e do Paraguai, bem como minério de ferro, madeira e carne bovina, para os mercados do hemisfério norte e do Japão. Também está previsto usar a HPP para importar anualmente cerca de 400.000 toneladas de fertilizantes e de diversos tipos de defensivos agrícolas.

Para viabilizar essas operações, cujo balan-

ço ecológico parece, à primeira vista, estupendo, o projeto da Internave pretende tornar navegável, de dia como de noite, os 3.340 km que vão de Cáceres a Nueva Palmira, para embarcações com um calado mínimo de três metros. Nesse intuito, será necessário dragar o leito dos rios, de maneira a abrir e manter canais de pelo menos 50 metros de largura e três metros de profundidade; eliminar meandros, de maneira a encurtar, em 62 km, a distância entre Cáceres e Puerto Murtinho; eliminar os afloramentos rochosos; erguer 32 diques para fechar os braços laterais do rio entre Cáceres e Corumbá; colocar gabiões e outras estruturas de proteção lateral. Em dez anos, será preciso dragar 86 milhões de metros cúbicos. Também haverá necessidade de equipar todo o curso d'água de balisas e outros instrumentos para a segurança da navegação, realizar vultosos esforços de investimento para modernizar as instalações portuárias e a frota de rebocadores, de barcaças e de chatas. A avaliação dos investimentos, para o período 1990-2015, gira em torno de US$ 1,1 bilhão a US$ 1,3 bilhão. Os custos de manutenção e de operação, para o mesmo período, seriam de US$ 2,6 bilhões a US$ 3 bilhões.

3. Críticas da razão econômica

No plano dos princípios, só se pode constatar o extraordinário cinismo que permite aos homens de negócios do Cone Sul reivindicar, simultaneamente, a venda das empresas públicas lucrativas ao setor privado e o financiamento, pelo Estado, das obras de infra-estrutura de um vetor de transportes, cujos lucros não oferecem compartilhar com ninguém. É mais um claro exemplo de (neo?) liberalismo puro: socialização dos investimentos, através de decisões de governos, junto com privatização dos lucros.

Em nível de cálculos simplesmente aritméticos, encontram-se dados igualmente preocupantes. A rentabilidade do projeto está amplamente superestimada. A Internave prevê que a produção de grãos, no Brasil, deverá crescer cerca de 150%, com base em estimativas de produtividade que ultrapassam entre 25% a 100% as taxas atuais de produtividade. O relatório também estima que a produção de soja será de 1,8 a 2,2 milhões de toneladas/ano. Isso deve ser comparado com o estudo realizado em 1994 por *Humedales para las Americas/Wetlands for the Americas,* que estima que esses números implicariam uma expansão das terras cultivadas, para a soja e o milho, da ordem de 860.000 a um milhão de hectares. Essa expansão não é impossível, porém não poderia nunca, em um estudo sério, ser computada como um fator atual de produção.

Segundo os cálculos de *Humedales*..., os custos de transportes estimados pela Internave são de US$ 0,007 t/km por hidrovia, 0,05 por rodovia, 0,017 por ferrovia e 0,01 por dutos. A Internave também presume que os agentes econômicos sempre deverão escolher o meio de transporte mais barato.

De uma maneira geral, as atividades econômicas reais não confirmam esse tipo de hipótese. É bem pouco provável, por exemplo, que os produtores de grão decidam repentinamente trocar o meio de transporte que vêm utilizando pelos custos reputados inferiores da HPP. Eles têm contratos já assinados com transportadores rodoviários, ou capitais investidos em caminhões e estruturas de carga, contratos de estocagem de mercadorias, relações formais e informais com fornecedores de mão-de-obra, ao longo dos eixos de transporte existentes. Os custos calculados pela Internave tampouco incluem os custos ambientais previsíveis ou prováveis, que poderiam ser tão altos, a ponto de tornar impossível a construção da hidrovia.

Porém existem constatações ainda mais curiosas. É o fato de ignorar que os custos dos outros meios de transporte poderão baixar e que os transportes rodoviários estão atualmente sendo objeto de um projeto de melhoria, exatamente na região em foco no projeto da Internave. Trata-se do Projeto Libertadores, que objetiva modernizar e integrar as ferrovias existentes no sul do Peru, para ligar as regiões centrais do continente aos portos das costas atlântica e pacífica. Esse projeto tem o apoio do governo espanhol. Para implementá-lo, o Brasil já recebeu, do BID, 30 milhões de dólares..., que não utilizou. A previsão de investimentos, apenas nas ferrovias brasileiras, é de US$ 200 milhões. A Região Centro-Oeste do Brasil já está ligada ao porto chileno de Antofagasta por ferrovia. Também cabe frisar que o custo ambiental da melhoria da rede ferroviária seria muito reduzido, em relação ao da criação da rede fluvial.

Segundo os estudos realizados pela FEPASA (Ferrovias Paulistas S.A.) para o projeto de construção da Ferrovia do Norte, que ligará Cuiabá ao oeste e ao Atlântico, em 1997 o custo do transporte rodoviário e ferroviário, de Cáceres a Santos, será de R$ 39,21/t, que devem ser comparados aos R$ 53,53/t do frete fluvial até Nueva Palmira.

Em realidade, o relatório da Internave padece de tantos vícios que o próprio BID acabou desconsiderando-o como base para formar uma

opinião sobre o projeto HPP. Isso não impede que os governos interessados continuem citando-o como referência para suas intenções. Em todo caso, é notável que ele não faça a mínima alusão às conseqüências ecológicas do empreendimento que objetiva promover.

Também parece curioso que os governos regionais avalisem um projeto tão polêmico, quando existem boas alternativas para promover o desenvolvimento da região do Pantanal, notadamente a partir das atividades ligadas ao ecoturismo. Em vez de alterar profundamente a paisagem regional, como acontecerá inevitavelmente com a hidrovia, o turismo teria a vantagem de respeitá-la totalmente e de proporcionar um retorno financeiro superior. Está claro que diversas medidas de precaução deveriam ser tomadas para obter-se resultados satisfatórios. Isso está longe de acontecer, apesar da fragilidade dos ecossistemas do Pantanal e seja qual for o tipo de atividade projetada.

4. Um meio ambiente particularmente vulnerável

O boletim do BID dá uma idéia da biodiversidade do Pantanal:

> "É uma das maiores do mundo, proporcionando um *habitat* natural para 658 espécies de pássaros, cerca de 1.132 espécies de borboletas, mais de 400 espécies de peixes e inúmeras espécies de mamíferos ameaçados de extinção, entre eles a onça, o veado-campeiro, o lobo-guará, o tamanduá-bandeira e a lontra. Atualmente, apenas 135.000 ha de ecossistema do Pantanal estão sob a proteção das fronteiras de um parque nacional e de diversas reservas menores, incluindo 19 áreas indígenas".

Na área do Pantanal também se encontram a reserva federal de Caracará (61.126 ha) e a Estação Ecológica de Taimá (12.000 ha).

Numerosos grupos indígenas vivem na região do Pantanal, a maioria em reservas organizadas pela FUNAI – Fundação Nacional do Índio: Kadiwéu, Terena, Kinkinao, Guarani (Kaiowa), Guató, Bororó, Umutina, Pareci, Komba, Ufaiê-Xavante, Laiana e Xetá. O grupo dos Oti desapareceu e as tribos dos Ofaiê-Xavante e dos Xetá só têm um número reduzido de membros.

Uma das características ecológicas mais originais do Pantanal consiste na sua chamada "função esponja". A crescida anual do Pantanal pode multiplicar por um fator cinco sua dimensão normal. Em razão do espaço imenso disponível, do fraquíssimo declive para o escoamento da vazão e dos amontoados de rochas que bloqueiam a sua saída, as águas permanecem no pântano por um período médio de seis meses. Esse fenômeno é importante para a manutenção da biodiversidade, mas também por regularizar o curso do rio, bem como o do Paraná. Com efeito, no momento em que os afluentes de jusante do rio Paraguai começam a entrar em seu regime de estiagem, as águas liberadas pelo Pantanal chegam e contribuem para manter um nível mais elevado, facilitando a navegação para os navios de alto-mar, que chegam sem problema até Assunção. Ao contrário, enquanto o Pantanal retém as águas, os excessos de vazão desses afluentes fluem, sem causar estragos. Portanto parece óbvio que é necessário ser muito cauteloso, antes de decidir dinamitar os rochedos que contribuem para regularizar a saída das águas, sob pretexto de melhorar a qualidade da HPP. Antecipar ou atrasar as vazões poderia causar estiagens ou enchentes catastróficas na parte inferior da bacia.

Das atividades humanas que constituem ameaças para o meio ambiente do Pantanal, algumas são da área agrícola, outras estão ligadas à caça e à pesca predadoras, ou às conseqüências de atividades industriais.

Entre as atividades agrícolas mais importantes, a pecuária é geralmente considerada como atividade de menor impacto. Contudo, tem efeito importante sobre a vegetação, em função do consumo seletivo das espécies e da compactação do solo pelos rebanhos. A proliferação de espécies vegetais "nocivas", em razão da sobrepastagem, é uma conseqüência visível em toda a superfície do Pantanal. Avaliada em 622.196 ha (equivalentes a 4,9% da região) em 1973, a zona nunca parou de crescer. O crescimento de determinados tipos de plantas pode ameaçar certas espécies de mamíferos. Porém, pode mais certamente ainda induzir perdas d'água muito mais importantes, através do fenômeno de transpiração dos solos e das plantas. Isso pode determinar alterações no balanço hídrico, especialmente nos anos secos.

Outras atividades são impactantes pelas suas conseqüências. Já no início dos anos 70, a conquista de terras agrícolas nas terras altas que circundam o Pantanal fez-se em prejuízo

das florestas e das matas, que perderam 75% de sua extensão, em prol da soja e do gado, principalmente. Isso implica impactos diretos e indiretos sobre o Pantanal, pelo efeito da erosão dos solos, da sedimentação dos cursos d'água e de sua contaminação por resíduos dos produtos químicos, essencialmente usados para proteger as espécies cultivadas de maneira intensiva. A sedimentação poderá afetar a navegação e o comportamento das espécies de peixes, em razão das alterações induzidas em seus *habitats*.

A caça está atualmente proibida para inúmeras espécies. Entretanto, e apesar de notáveis e recentes esforços da polícia do meio ambiente do Mato Grosso do Sul, várias espécies ameaçadas continuam sendo dizimadas, basicamente em razão da pressão da demanda dos países industrializados: a indústria de luxo do couro está sedente de peles de cobras, jacarés e onças.

A pesca comercial tem sido tradicionalmente praticada em toda a bacia. Seus efeitos conjugam-se com os da pesca desportiva e resultam em diminuição sensível dos estoques de peixes; particularmente dos espécimens de grande tamanho, que podem alcançar um peso de até 200 kg e motivam um número considerável de pescadores amadores.

As atividades extrativas são essencialmente relativas à mineração de ouro, em regiões bem delimitadas como a de Poconé. Os métodos de extração são geralmente rudimentares e fazem um uso intensivo do mercúrio. Este está misturado, inicialmente, com as lamas auríferas, no intuito de amalgamar o ouro. Em seguida, este amálgama passa a ser alvo da chama de um maçarico, para vaporizar o mercúrio, enquanto o ouro permanece no fundo do recipiente utilizado. Com esse tipo de processamento, grandes quantidades de mercúrio são disseminadas na atmosfera e rejeitadas nas águas.

Tudo o que foi citado nas linhas anteriores, é relativo à parte superior da HPP e foi evocado de maneira mais pormenorizada em razão da grande complexidade do sistema hidrológico do Pantanal. Poder-se-iam citar outros tantos fatos ou atividades em relação aos cursos médio e inferior dos rios, onde a poluição atual não é menor [rejeição de efluentes de indústria do couro e esgotos domésticos das cidades, por exemplo] e onde as obras a serem realizadas para criar a HPP também são de grande importância. As intervenções previstas são inúmeras e multiformes, o que contribui para aumentar as preocupações dos que pensam em preservar as condições de vida mínimas da população atual, bem como na biodiversidade e na sua proteção. Para ilustrar a complexidade das condições hidrográficas locais, pode-se citar o caso do canal Tamengo.

O canal Tamengo é a ligação aquática que existe entre a lagoa de Cáceres e o rio Paraguai. É o único acesso possível da Bolívia à HPP, a partir de Puerto Suarez e Puerto Aguirre e em direção ao porto brasileiro de Ladário. A lagoa de Cáceres é normalmente receptora das águas do rio Paraguai, que correm pelo canal Tuiuiú. Contudo, quando baixam as águas do rio, as da lagoa podem começar a correr para o oeste. Não parece difícil imaginar a fragilidade de um sistema como esse, onde vazões enormes trocam-se a partir das pressões criadas pelo simples fluxo normal do rio. Só que pouco se duvida que esse ecossistema seria um dos primeiros a desaparecer, caso a HPP fosse realizada.

Quais são as medidas que os governos e os organismos internacionais de financiamento estariam dispostos a tomar para garantir que a hidrovia seja construída com um máximo de cuidado, inclusive com respeito ao *princípio de precaução*, que deveria nortear a elaboração de um projeto desse tipo? O mínimo que se pode dizer é que os comportamentos adotados até o momento não incitam a um otimismo mesmo moderado.

5. Algumas dimensões internacionais da HPP

Em seu contexto de relações internacionais, a questão da hidrovia também é reveladora. Sua análise permite identificar a posição dos governos e dos organismos financeiros, entre si, com muito mais precisão, e até com mais transparência do que se constata em relação às suas próprias opiniões públicas internas. Certos documentos não podem ser mantidos em sigilo, certas decisões devem ser tomadas e tornadas públicas, certas reuniões de ministros não podem ser realizadas à revelia dos jornalistas ou dos representantes de ONG's.

O Comitê do Meio Ambiente do BID elaborou um estudo intitulado: *Procedimentos para a classificação e avaliação dos impactos ambientais das operações do Banco*. Ditos *Procedimentos*... evidenciam uma concepção da proteção e das *medidas de precaução* que enseja perplexidade.

No documento em tela, as operações do

banco são divididas em quatro categorias, em função de seu menor ou maior impacto. O projeto da HPP foi imediatamente considerado como pertecente à categoria III, relativa às "operações capazes de exercer um efeito moderado sobre o meio ambiente e que permitem a aplicação de medidas conhecidas e bem definidas. Tais operações exigem geralmente um estudo de impacto semidetalhado e, em certos casos, um estudo detalhado de uma ou outra de suas componentes...".

Afirmar que a HPP corresponde a essa definição, e não à da categoria IV (i.e.: "operações capazes de afetar o meio ambiente de maneira significativa, inclusive populações indígenas e outros grupos vulneráveis na área de influência do projeto..."), é um postulado que beira a irresponsabilidade.

Nos *Procedimentos*..., tanto a expressão "meio ambiente" como as finalidades do estudo de impacto são definidas de maneira confusa e colocam ênfase em processos sócio-econômicos sem relação com a questão da exploração dos recursos naturais e ignorando as relações de reciprocidade ou de simbiose entre o homem e seu *habitat*. A degradação eventual do meio ambiente não se mede por parâmetros de alteração das qualidades químicas ou físicas dos elementos naturais, porém pelos "efeitos positivos ou negativos sobre a qualidade de vida humana".

O "efeito moderado", ao qual se refere a categoria III, o estudo de impacto "-semidetalhado", a indefinição dos casos evocados e dos componentes das operações são elementos incompatíveis com qualquer grau de precisão científica ou operacional. Essa redação do parágrafo faculta aos órgãos governamentais, em cada um dos países interessados, subestimar a seu bel-prazer a gravidade dos impactos eventuais e subclassificar as operações e os projetos de seu interesse. O fato de o banco propor-se a "revisão" dos resultados e recomendações dos estudos de impacto não oferece realmente garantia, uma vez que eventuais divergências serão objeto de "acordo quanto às medidas a serem tomadas". Qual poderá ser o conteúdo desses "acordos", assinados entre parceiros (compadres?) que já decretaram a necessidade inelutável de realizar a HPP? O documento do banco também afirma que as populações locais "serão informadas" e "convidadas a opinar sobre as recomendações propostas". Será que o fato de "opinar" traz o corolário de discordar e exigir alterações do projeto, ou sua rejeição total ou parcial? Se for correta esta interpretação, por que não consigná-la, *ipsis litteris*, nos *Procedimentos*?

Outras imprecisões são relativas aos "beneficiários diretos" e ao "público em geral", como, por exemplo, os grupos *locais* interessados pelas questões de meio ambiente. Segundo o texto, eles "devem participar na preparação dos termos de referência do estudo de impacto, de maneira formal e provada". Essa exigência, que não garante forma alguma de participação na tomada de decisão final, sequer foi respeitada, até o momento, por algum dos governos de países da bacia. Nenhum dos grupos locais interessados, apesar de terem declarado expressamente seu interesse, foi convidado a manifestar-se.

Ciente das críticas formuladas, o BID informou que os *Procedimentos* estavam em fase de reformulação e que sua nova redação estaria, em breve, à disposição dos interessados. Essa informação foi dada por um especialista ambiental da Divisão de Proteção do Meio Ambiente do BID, Sr. Marko Ehrlich, durante seminário internacional de ONG's realizado no Parlamento Latino-Americano (São Paulo), de 8 a 10 de dezembro de 1994, com o título: "O projeto da hidrovia Paraguai-Paraná: impactos e alternativas". Até esta data, os *Procedimentos* reformulados ainda não foram comunicados aos que manifestaram seu interesse, nessa oportunidade...

Esse tipo de comportamento deve ser ressaltado, por evidenciar que políticas de omissão não podem ser consideradas como casualidade ou fatalidade. Ao contrário, correspondem a estratégias, geralmente definidas com cuidados, no sentido de instaurar um pseudo-diálogo com diversos interlocutores, notadamente os ambientalistas, porém sem levar a sério a eventualidade de uma participação postulada como altamente indesejável. No mais, não há dúvida quanto ao fato de que organismos internacionais como o BID hão de possuir informações fidedignas sobre assuntos de tamanha relevância como o da HPP.

A cegueira dos tomadores de decisão é particularmente preocupante por ser freqüentemente voluntária. Isso é evidente quando se consideram os estudos e declarações de pessoas que ocupam funções oficiais em organismos internacionais criados por esses mesmos tomadores de decisão. Pode-se citar o Coordenador para a América do Sul do Departamento de Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Em dezembro de 1993, durante colóquio sobre a bacia do Prata, esse funcionário internacional declarou:

"No que se refere ao sistema de educação formal, constata-se que não existe, de maneira geral, nos países da bacia, uma política explícita e estruturada para a consideração da dimensão ambiental, tanto no ensino primário como no universitário".

Porém isso não impede que se saiba da realidade de muitos dos problemas existentes. Continua o comentário:

"A bacia do Alto Paraguai, incluindo especialmente o ecossistema do Pantanal, é afetada pelo desmatamento nas suas áreas de alimentação hídrica, pela contaminação oriunda da presença cada vez maior da agroindústria e do ecoturismo, e pela diminuição de seu valor como refúgio de numerosas espécies de aves e fauna silvestres, algumas com perigo de extinção. É necessária a preparação de um Plano de Ação Ambiental para toda a região" (Cordeiro, 1994, p. 86).

6. Do bom uso das cláusulas jurídicas

O estudo detalhado do acordo de transporte fluvial* assinado a 26.6.92, pelos representantes dos cinco países ribeirinhos fornece um bom exemplo do pouco caso que fazem da proteção ambiental. Esse tratado almeja promover o uso da hidrovia como vetor de navegação. Ele só considera a poluição no seu aspecto pontual de resultado eventual e acidental de um fato de navegação. Em aplicação do tratado, um mesmo tipo de poluição poderá ser objeto de medidas de intervenção, ou não, segundo sua origem, em terra ou a bordo de uma embarcação.

A obrigação de seguro para os acidentes de poluição é apresentada como uma modernização das condições de navegação na hidrovia. Em realidade, é uma medida isolada demais, para ter bons resultados práticos dentro do contexto regional. Também cabe observar que as soluções *a posteriori* (como as apólices de seguro ou a responsabilidade civil) raramente estão à altura dos problemas de poluição. A confirmação judiciária da responsabilidade pode demorar anos, ou décadas (ex: Torrey Canyon, Bophal). Em certos casos, a indenização se torna impossível, por razões de fato (Chernobyl) ou de direito (teto de indenização, previsto pelos tratados relativos à indenização dos riscos nucleares).

Em outras palavras, o tratado deveria dar ênfase a medidas preventivas ou de precaução, porém também deveria estabelecer um órgão único, competente para coordenar as ações de luta contra as poluições e as nocividades. Ao contrário, o tratado institui a regra da unanimidade para instaurar qualquer norma que possa vigorar em todos os países da hidrovia. O art. 34 do tratado faculta, a cada um dos signatários, a adoção de medidas de proteção do meio ambiente, de acordo com sua própria legislação interna. Dessa maneira, um mesmo fato de poluição poderá ser, ou não, objeto de tratamento legal. Também poderá ser objeto de tratamentos diferentes. A poluição considerada pelo tratado é a que se manifesta pela introdução de substâncias no meio aquático, "desde uma embarcação da Hidrovia ou outra em navegação, fundeada ou atracada"(art. 82, *b*, do Protocolo Adicional). Se a poluição tiver sua origem em terra, será necessário aplicar a legislação do país donde se originou. Esse tipo de requisito dificilmente poderá contribuir para realizar as condições de igualdade de chances, para uma melhor competitividade entre os signatários, que o tratado pretende promover. O art.58 afirma, por exemplo, que "as embarcações [sic] deverão fornecer às autoridades competentes de cada país signatário, todas as informações que lhe solicitarem, referentes à segurança da navegação e à poluição das águas".

O art. 90 proíbe o transporte fluvial dos resíduos perigosos, porém não diz em que consiste um resíduo desse tipo. Será preciso referir-se à Convenção de Basiléia, que tratou desse problema? Sem referência expressa do Tratado de Navegação a esse texto, a resposta é negativa e o problema permanece sem solução.

O art. 93 é incompatível tanto com o estabelecimento de uma obrigação jurídica, como com um mínimo de proteção do meio ambiente. Assevera:

"Regime temporário de descarga. Até que os países signatários habilitem instalações portuárias ou serviços de recebimento, que satisfaçam as necessidades

* Acordo de Transporte Fluvial pela hidrovia Paraguai-Paraná (Porto de Cáceres-Porto de Nueva Palmira) e de seus Protocolos Adicionais sobre Assuntos Aduaneiros, Navegação e Segurança, Seguros, Condições de Igualdade de Oportunidades para maior Competitividade, Solução de Controvérsias e Cessação Provisória de Bandeira. Segundo o Direito dos Tratados, os seis Protocolos integram o texto do Acordo principal e formam um mesmo documento. O conjunto será doravante referido como: tratado de navegação

operativas das embarcações da hidrovia ou outras, poder-se-ão [sic] realizar descargas dentro das normas que se acordem. Essas descargas não poderão ser realizadas nas Zonas Especiais, que serão determinadas por cada país signatário, ou em conjunto quando for o caso. O estabelecimento dessas Zonas Especiais deverá ter um fundamento ecológico e sua localização será informada aos demais países signatários".

Essa disposição subverte o *princípio de precaução*, que se constitui em uma inovação preciosa do Direito Internacional Público recente, com a vocação precípua de proteger o meio ambiente. Estabelece a poluição como um fato consumado, por prazo indeterminado. Estipula a possibilidade de existência de Zonas Especiais *in abstracto*, de maneira puramente retórica.

Esse tipo de vazio jurídico, inserido de maneira deliberada, deve ser sublinhado para não deixar margem à dúvida: a proteção dos ecossistemas não faz parte das preocupações dos promotores da hidrovia. Bastará, para convencer-se disso, considerar a falta de implementação de suas próprias decisões, quando tomadas no âmbito das instituições comuns da bacia.

No mês de outubro de 1991, os representantes dos órgãos institucionais criados pelo Tratado da Bacia do Prata, de 1969 (os mesmos que assinaram o tratado de navegação), foram levados a constatar o grande atraso na realização de seus objetivos. A rede mínima de qualidade da água operava de maneira incompleta: das 27 estações projetadas para o controle da qualidade da água, apenas 11 operavam parcialmente, "principalmente por razões de ordem econômica", o que significa simplesmente que os interessados não haviam realizado os aportes financeiros indispensáveis. A mesma situação verificava-se em relação ao programa regional de conservação dos solos.

O Tratado de Navegação tampouco estabelece conexões com as obrigações da Convenção de Ramsar, ou "Convenção sobre as zonas úmidas de importância internacional, especialmente como *habitat* das aves aquáticas". Porém ocorre que o Brasil é parte nessa convenção, que ele já ratificou. Em função das obrigações assumidas com o tratado, o Brasil elegeu cinco zonas úmidas de seu território, que considera merecerem uma atenção especial. O Pantanal é uma dessas cinco zonas. Nada mais oportuno, portanto, do que estudar as obrigações assumidas em virtude do art. 2 da Convenção de Ramsar. São elas, dentre outras: promover o uso racional das zonas úmidas; realizar consultas sobre a execução das obrigações da Convenção, *em particular no caso de uma zona úmida ou de uma bacia hidrográfica compartilhada*; criar reservas de zonas úmidas.

Finalmente, também pode se medir a extensão das omissões dos signatários do tratado de navegação, pelo fato de que lhes era possível adotar cláusulas precisas de preservação, como já fizeram em outras circunstâncias. A Argentina e o Uruguai, por exemplo, adotaram disposições muito precisas, quando assinaram o Tratado do Rio da Prata (cf. art.37) e o Estatuto do Rio Uruguai (cf. art. 40). Segundo Julio A. Barberis, ambos Estados aceitaram três tipos de obrigações: 1) assumiram a obrigação jurídica de estabelecer normas de proteção do meio ambiente aquático; 2) adotaram uma cláusula de estabilização do direito interno, pela qual eles se proíbem reduzir as exigências técnicas, já em vigor, para evitar a contaminação; 3) estabeleceram o intercâmbio obrigatório de informações, previamente à adoção de qualquer norma relativa à prevenção da poluição.

Esses apontamentos parciais sobre os aspectos jurídicos da questão da proteção ambiental da HPP revelam a extensão da omissão dos Estados ribeirinhos. E é exatamente esse tipo de atitude que provocou a mobilização das ONG's da região; e de mais algumas.

7. A MOBILIZAÇÃO DAS ONG'S

No Brasil, ante o silêncio das autoridades públicas e em função do total sigilo do processo de decisão, as ONG's da região do Pantanal começaram a reagir rapidamente. Houve reuniões locais. Em seguida, houve outras em Brasília, notadamente com o apoio de WWF – Fundo Mundial para a Natureza –, para tentar adotar objetivos comuns e delinear uma estratégia. Entre as associações brasileiras, pode-se citar: AME – Associação Mato-Grossense de Ecologia, CEBRAC – Fundação Centro Brasileiro de Referência e Apoio Cultural, CI – Conservation International, ECOA – Ecologia e Ação, Ecotrópica, Fórum de Mato Grosso, Fórum de Mato Grosso do Sul, ICV – Instituto Centro de Vida, NDI – Núcleo de Direitos Indígenas, SHIFT, SODEPAN – Sociedade de Defesa do Pantanal. Outros grupos apareceram na Argentina, na Bolívia, no Paraguai e no Uruguai, mas também nos Estados Unidos, como International Rivers Network, Wetlands for the

Americas/Humedales para las Americas, Bank Information Center e até WWF – Europa (WWF/ Aueninstitut, Rastatt).

Não cabe citar todos os esforços envidados por essas entidades. Mas deve-se assinalar que a produção de diversos documentos de trabalho e de estudos sobre a HPP e o Pantanal foram realizados em prazos curtos e trazem informações detalhadas, análises suficientemente aprofundadas para entender as implicações dos projetos e a necessidade de consulta às populações implicadas...à diferença do que aconteceu com o BID ou com os governos regionais. Essa é a razão pela qual as organizações adotaram uma carta de reivindicações (Carta da Chapada dos Guimarães, 9.9.94) que foi encaminhada, a 24.10.94, ao presidente do BID, com uma carta que pede transparência, seriedade dos estudos técnicos, anterioridade dos estudos de impacto em relação a qualquer outra análise, acesso fácil aos estudos realizados pelo banco e pelos escritórios contratados pelos diversos governos (que deveriam ser publicados em castelhano e português, em linguagem acessível ao público), independência das pessoas encarregadas dos estudos de impacto etc...

A mobilização deverá continuar, pois nada, por enquanto, deixa antever que o processo de realização da HPP possa ser alterado pelos que o conduzem atualmente, no sentido de levar em consideração as demandas apresentadas pela sociedade civil. Ao contrário, houve confirmação, por uma funcionária do PNUD, em abril de 1995, de que "havia uma decisão política já tomada pelos governos dos países envolvidos quanto à execução do projeto, e que cabia ao PNUD fornecer condições de capacitação e assessoria técnica para os estudos ambientais e econômicos a serem realizados" (VITAE CIVILIS, 1995).

Entre os documentos redigidos em razão da hidrovia, o de Deborah Moore (Environmental Defense Fund) mostra o aproveitamento que se pode tirar da experiência do Mississipi e ressalta os perigos ligados à realização das obras de engenharia civil. A autora lembra que:

– os projetos com "finalidade única" são fatalmente projetos com finalidade múltipla. Os termos de referência do plano de operação do BID mencionam a regularização do rio, o que costuma significar a edificação de barragens e de reservatórios;

– efeitos indiretos do desenvolvimento podem provocar outras modificações do rio;

– um plano de grande porte deve ser bem coordenado. Ora, no caso da HPP, existe uma grande possibilidade de coordenação inadequada entre os diversos países participantes, o BID, o PNUD, e os demais organismos e interesses privados interessados na região, apesar da existência do Comitê Intergovernamental da Hidrovia;

– muitas das conseqüências das obras realizadas na bacia do Mississipi eram imprevisíveis, quando se iniciou o manejo do rio, há mais de um século. São hoje em dia conhecidas e devem ser consideradas no projeto HPP: degradação dos ecossistemas; diminuição dos estoques de peixes e das populações de aves; custos e estragos crescentes das enchentes e declínio da fertilidade dos solos.

8. Considerações finais

O projeto da HPP deve suas dimensões gigantescas ao contexto natural, no qual ele poderá um dia integrar-se. Suas conseqüências também deverão ser gigantescas, porém ainda não são devidamente levadas em consideração, nem mesmo em suas implicações estritamente econômicas. Se a decisão final apenas dependesse dos atores institucionais, essas conseqüências certamente não seriam avaliadas pelo seu impacto real. Para esses atores, é imperativo apresentar custos mínimos e afirmar, sem provas nem estudos, que não haverá conseqüência prejudicial ao meio ambiente.

A análise dos dados disponíveis, todavia, leva a pensar que o balanço será particularmente negativo. A hidrovia sequer seria lucrativa, mesmo que se optasse pela visão mais economicista possível dos problemas. Com efeito, outros meios de transporte estão disponíveis na bacia, porém sequer são citados nos estudos oficiais. Permitiriam, por um custo menor, uma melhor integração da região e entre os países ribeirinhos. As questões ligadas ao ecoturismo tampouco foram consideradas, apesar de seu interesse evidente.

Ao contrário, o efeito da HPP será de reforçar as conseqüências nefastas, para todos os países da região, da divisão internacional do trabalho. Os custos de investimentos só acarretarão ônus para os agentes locais, que deverão aumentar seu endividamento para realizar as obras. Esse esforço realizar-se-á com o único objetivo da exportação, e unicamente para países exteriores à região, de matérias brutas ou muito pouco elaboradas, com um passivo financeiro, social e ecológico consideráveis, em nível local. Os cálculos econômicos atuais não consideram o custo dos recursos naturais que serão afetados pela HPP.

Não consideram sequer os custos das operações de manutenção da hidrovia.

Porém ainda há questões mais preocupantes que essas manipulações de ordem econômica. A HPP é concebida como um simples canal, ao qual basta aplicar a lei da gravidade para que tudo seja resolvido. A questão do meio ambiente só é considerada de maneira retórica. Os ribeirinhos nem se lembram dos textos internacionais que já assinaram e que constituem, portanto, obrigações jurídicas.

Esse tipo de problema lembra outros, espalhados no mundo inteiro. Da baía James, no Canadá, à barragem das Três Gargantas, na China, as políticas estatais de obras públicas gigantes são decididas secretamente e apoiadas por organismos financeiros (ou de outra natureza) internacionais, ao arrepio das precauções ecológicas mais elementares e à revelia das populações mais diretamente implicadas, enquanto é possível manter o sigilo. É de se recear que a hidrovia Paraguai-Paraná se torne, por muitos anos, mais um exemplo de desastre e de luta ecológica.

Bibliografia

BUCHER, E. H., BONETTO A., BOYLE, T. P., CANEVARI P., CASTRO G., HUSZAR P. e STONE T. *Hidrovia. Uma análise ambiental inicial da via fluvial Paraguai-Paraná*. Humedales para las Americas/Wetlands for the Americas. Manomet (USA) e Buenos Aires (Argentina), 1994.

CAUBET, Christian Guy. *As grandes manobras de Itaipu. Energia, Diplomacia e Direito na bacia do Prata*. São Paulo: Acadêmica. 1991, 385 p.

CEBRAC, ICV e WWF. *Quem paga a conta?* Análise da viabilidade econômico-financeira do projeto da Hidrovia Paraguai-Paraná. Resumo das conclusões. Brasília, set.1994, 25 p.

CORDEIRO, Newton. Possíveis projetos e ações para o desenvolvimento sustentável da bacia do Prata. In Instituto Acqua. *Simpósio Internacional sobre aspectos ambientais da bacia do Prata*. Rio de Janeiro: Instituto Acqua, 1994, p.80-91.

EHRLICH, Marko. Plano de hidrovia é alvo de exame minucioso. Decisões afetarão o maior pantanal do mundo. O BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento). Junho de 1994, p. 4-5.

INTERNATIONAL RIVERS NETWORK. *Hidrovia campaign*. Dossier 2.

LAMMERS, Owen, MOORE, Deborah e TREAKLE, Kay. *Considerando a hidrovia*. Um informe preliminar sobre o estado atual do projeto proposto da hidrovia Paraná-Paraguai. San Francisco: International Rivers Network, jun. 1994, 64 p.

MOORE, Deborah. *O que podemos aprender com a experiência do rio Mississipi?* Washington: Environmental Defense Fund, 7.9.94.

Constituição política em Hermann Heller

JOSÉ CARLOS BUZANELLO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Estado contemporâneo. 3. Constituição Política. 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Os Estados moderno e contemporâneo caracterizam-se como Estados constitucionais. Neste trabalho, dentro da problemática do Estado, trataremos da questão constitucional na *Teoria do Estado* do jurista alemão Hermann Heller. Assim, persegue-se como objetivo principal a demonstração da estrutura constitucional do Estado.

O presente artigo está estruturado em duas seções: na primeira, o Estado contemporâneo, trataremos brevemente da transformação do Estado liberal, conhecido como Estado mínimo para o Estado social, que é tipicamente um Estado contemporâneo, e de suas características marcantes. Já na segunda seção, analisaremos a questão constitucional propriamente dita a partir da obra de Heller. Há uma sintonia teórica deste estudo com a obra deste autor, tanto que, além das citações de praxe, há um desenvolvimento textual a partir da própria obra.

A obra *Teoria do Estado* de Heller, escrita na década de 30 e cujo objeto é a estrutura, a organização e o funcionamento do Estado, teve grande impacto junto à comunidade jurídica, principalmente no que diz respeito ao caráter e à finalidade do Estado. A obra, em largo sentido, é um tratado sociológico do Estado contemporâneo, e possibilita a compreensão teórica da ciência da realidade, ao demonstrar que o Estado existe porque há sociedade. Nenhum debate mais consistente sobre teoria do Estado deixa de contemporanizar a importância política e científica da "teoria" de Heller. Esta obra sur-

José Carlos Buzanello é Professor da Universidade Estácio de Sá e Doutorando em Direito - UFSC.

ge antes do advento da chamada "questão social", que resultou no Estado social na Europa, principalmente depois da Segunda Grande Guerra. Pelo seu raciocínio lógico, e conhecedor profundo dos fenômenos históricos, Heller já prescrevia a função social do Estado como importância estratégica do desenvolvimento humano e político. O preceito "social" passa para o nosso tempo como marca fundamental de identificação do tipo de Estado contemporâneo. No direito constitucional comparado tornou-se preceito político-jurídico quase assente em todos os países do Ocidente.

Além desta importância política, a obra de Heller é uma verdadeira obra de ciência, pois o autor faz com extrema competência a adequação entre o objeto e o método de estudo. Seu método parte do homem real para compreender a ação humana na produção da estrutura e função do devir histórico e das tendências da Teoria do Estado. A realidade social em Heller é a efetividade humana subjetiva. Ao fixar preliminarmente este método, produz uma obra de natureza científica, com impressionante gênese textual, com conceitos sistematizados e contextualizados historicamente.

O sistema jurídico, corolário da vontade política do Estado, está sempre a demandar o esforço cooperativo da sociedade civil. O Estado hodierno produz o corpo jurídico, assentado primeiro numa carta de princípios ou de normas gerais que denominamos de Constituição Política, de onde vertem as demais normas jurídicas. Até mesmo quando há uma conformidade entre normatividade e normalidade, isto é, a efetividade material da Constituição, o sistema jurídico não escapa à condição de permanente projeto de direito à espera de ratificação.

O Estado apóia-se em dois vértices principais: o político e o jurídico. Todo poder estatal, por necessidade existencial, tem de aspirar a ser poder jurídico. E isto significa não somente atuar como poder em sentido técnico-jurídico, mas valer como autoridade legítima que se obriga moralmente à vontade. A consagração do Estado unicamente torna-se possível relacionando a função estatal com a função jurídica. Assim, para Heller, como o Estado só se pode explicar pela totalidade do nosso ser social, do mesmo modo só pode ser justificado pela totalidade de um ser aceito por nossa consciência moral.[1]

[1] HELLER, Hermann. *Teoria do Estado.* Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 261.

2. Estado contemporâneo

Na sistemática teórica de Heller, classifica-se a sociedade como comunidade de vontade e de valores. Se não houver articulações da sociedade com o Estado, este é mais solidário com o grupo que constitui o seu núcleo de poder. Este grupo é uma comunidade quase homogênea que vive sob condições políticas e culturais quase iguais, que professa sensivelmente as mesmas idéias, e em parte, também tem os interesses comuns. O que cria o Estado e o poder do Estado é a conexão sistemática de atividades socialmente efetivas, a concentração e articulação de atos que intervêm na conexão social de causas e efeitos, e não a comunidade de vontade e valores como tal e muito menos quaisquer comunidades naturais ou culturais.[2]

Numa breve análise histórica, o Estado de caráter liberal – resultado das revoluções burguesas – viveu crises cíclicas. Com uma radical diferença de perspectiva entre o Estado e mercado, cria-se um impasse político-econômico e, por decorrência, o desequilíbrio econômico no mundo capitalista. Desde então, o liberalismo foi considerado uma teoria inadequada para o capitalismo contemporâneo. O equilíbrio econômico é idéia suporte do *laissez-faire* – provindo da filosofia naturalista, descreve um suposto objeto natural vinculado à vida humana – que se desdobra no campo econômico na tendência para o equilíbrio. Dessa premissa do equilíbrio natural, conclui-se a desnecessidade da intervenção política na economia. E qualquer iniciativa política na economia tenderia a constituir-se em um empecilho à suposta ordem natural desta esfera do social.

O Estado liberal, então, buscava uma alternativa teórico-prática, de conciliar a intervenção do Estado com mercado, que foi encontrada por Keynes. Na teoria keynesiana, o Estado se apresenta sob o ponto de vista pragmático, como substituto do mercado, como depositário e solução para os desequilíbrios do sistema econômico. A intervenção estatal se justifica no sentido de repor a solução ótima de equilíbrio. O Estado deixa de ser o agente "planificador" potencialmente dotado de sabedoria plena.

O problema teórico para explicar o Estado social (*welfare*) na sociedade contemporânea começa a partir do exaurimento da reserva ideológica liberal, que se havia constituído em muitos países europeus, conjugado com a crescente exigência dos direitos sócio-econômicos. Como

[2] Id., ibid., p. 286.

os elementos de valores societários estavam exauridos, fez-se necessária a intervenção estatal a fim de unificar as próprias ações sociais. O desenvolvimento do Estado-providência fez exigências sociais e políticas diversas e ao mesmo tempo contraditórias confluírem: exigência de integração nacional e consenso social; de solidariedade e de igualdade; de justiça distributiva; de respeito aos méritos e *status* individuais e de autonomia e oportunidade individual.

A intervenção do Estado, nessa perspectiva, além de ser uma nova fase de organização-dominação do capitalismo, adquire assim um sentido preciso, uma finalidade social, já que tende a socializar ou impor a toda sociedade civil um modelo de valorização exlusiva do setor econômico mais desenvolvido. Para isso, o Estado responde com um crescimento elevado de demandas (balconização) para fazer frente às constantes exigências sociais, políticas e tecnológicas. Assim, temos o crescimento vertiginoso das despesas públicas e, por conseguinte, a crise fiscal. Cria-se uma contradição incontrolável no campo político: a legitimidade do Estado está vinculada, em muito, de um lado, aos programas sociais e, de outro, não há recurso suficiente para ampliar a sua infra-estrutura material. O Estado recorre ao expediente do aumento da carga tributária ocasionando uma tremenda insatisfação social – marca indelével de um problema crucial do Estado social. Essa equação está composta por dois elementos fundamentais que presidem a ação pública: a acumulação e a legitimação.

De fato, os processos políticos e econômicos do século XX provocaram uma mudança qualitativa e quantitativa do setor público. Por um lado, novas tarefas são assumidas pela administração pública e, por outro, novos órgãos e agências são criados para cumprir tal finalidade. Ou seja, a fortíssima expansão do gasto público vem acompanhada de uma composição cada vez mais distinta e complexa. Os gastos públicos no Estado liberal são centrados preferencialmente nas atividades de defesa e segurança interna para um tipo de gasto no qual predominam os ítens relacionados ao bem-estar social e aos investimentos nas atividades econômicas controladas diretamente pelo Estado.

A função social do Estado, tão alentada por Heller, torna-se, então, característica marcante desse processo histórico, da organização e ativação da cooperação social-territorial, fundada na necessidade histórica que harmoniza as oposições de interesses. A totalidade, enquanto conceito fundamental da organização do Estado, segundo Heller, deve ser compreendida, em "sentido literal, porque o poder do Estado não é nem a soma nem a mera multiplicação das forças particulares compreendidas, mas a resultante de todas as ações e reações politicamente relevantes, internas e externas. Em linhas gerais distinguem-se nesta cooperação três grupos que, naturalmente, não se conceberão como magnitudes estáticas, mas como dinamicamente mutáveis: o núcleo de poder que realiza positivamente o poder do Estado, os que os apóiam e os partícipes negativos que a ele se opõem. De maneira alguma deve admitir-se que o poder do Estado, como unidade de ação objetiva, coincida com o do núcleo de poder nem com o deste junto com o dos seus aderentes. É possível que na época em que o termo *lo stato* apareceu, na Renascença italiana, se designasse assim 'aos dominadores e seus sequazes'"[3]

O caminho que teve de percorrer a Europa foi longo para assegurar a garantia jurídica por meio da organização estatal. Heller afirma que desde o momento em que a sociedade designa a órgãos especiais, "primeiro a jurisdição, depois a execução das suas sentenças, e finalmente a legislação, cujas funções, desde a Renascença, se integram unitariamente, em medida crescente, na organização estatal – desde esse momento parece perfeitamente justificado atribuir caráter estatal ao direito. A partir de então, o Estado vem realmente a ser a fonte de validez formal do direito, porquanto ele estabelece e assegura o direito legal mediante os seus órgãos e indica as condições para a validez do direito consuetudinário"[4].

A instituição estatal justifica-se sob o ponto de vista jurídico, pelo fato de ser uma organização de segurança jurídica. Não se trata de restringir a atividade do Estado à legislação e à organização judicial, nem que a segurança jurídica consista exclusivamente em uma atividade de polícia.[5] No Estado moderno é que se alcança o mais alto grau de segurança jurídica, tanto em relação à certeza de sentido quanto à execução, porque a organização hierárquica daquele dispõe de um corpo extraordinariamente diferenciado, do ponto de vista técnico-procedimental, integrado por órgãos dedicados ao estabelecimento, aplicação e execução do direito positivo. Para garantir tão alto grau de seguran-

[3] Id., ibid., p. 285.
[4] Id., ibid., p. 226.
[5] Id., ibid., p. 267.

ça jurídica é suposto necessário à soberania do Estado.[6]

Por outro lado, também há limitações culturais do Estado liberal transmudado em Estado social. A vida foi reduzida a trabalho, rendimentos e êxito material, estimulada por uma série de circunstâncias. Entretanto, para a obtenção desse resultado, vêm sendo deixados para trás setores inteiros da sociedade, por meio da simples exclusão social. A nossa sociedade está organizada de tal modo que só promove o bem-estar de uma parte de seus integrantes, o que é sinal de que ela está afastada dos objetivos que justificam sua existência. Assim, está longe o Estado de alcançar a função social, tão preconizada por Heller, e se caracteriza por um Estado do "tipo liberal não contemporâneo".

Dentro deste quadro de profundas transformações do sistema político do Estado, manteve-se em boa parte o processo decisório e os instrumentos administrativos que se utilizava o Estado liberal. Vale dizer que este é um sistema estruturado constitucionalmente e baseado em normas, as quais são exercidas por determinados poderes (Congresso, Executivo e Judiciário). É raro que se reconheça que esse modelo liberal de poderes estanques corresponde à realidade constitucional. É usual encontrarmos análises do Estado atual nas quais se alude à crise da instituição parlamentar, ao excessivo poder do Executivo no processo legislativo, à sobrecarga do Poder Judiciário e à aparição de instâncias de justiça privada, à fragmentação e à diluição das fronteiras entre o público e o privado.

No Brasil, se o Estado não é patrimonialista no sentido tradicional do termo, é privatista à medida que foi e é instrumentalizado por uma elite que pratica o fisiologismo e a corrupção para agregar privilégios. Os últimos grandes fatos políticos brasileiros, leia-se as Comissões Parlamentares de Inquéritos (Collor e do Orçamento), demonstram claramente a confusão histórica entre coisa pública e coisa privada e a fragilidade institucional dos mecanismos de controle do Estado. Para ser público, o Estado precisa garantir direitos universais de cidadania.

Hoje a crise do Estado, entendida como a incapacidade do poder público de dar respostas às demandas sociais, é uma realidade que atinge países ricos e pobres. O gigantismo estatal e os interesses corporativos agregados em torno da burocracia são apontados como causa de ineficiência. A crise fiscal também é uma dimensão importante do precário desempenho do Estado. Em parte, essa dimensão está relacionada com a hipertrofia do Estado e, em parte, tem a ver com a nova dinâmica da produção capitalista e as conseqüências do fator tecnológico.

[6] Id., ibid., p. 269.

3. Constituição Política

A Teoria do Estado incumbe o encargo mais limitado de mostrar como a Constituição real do Estado moderno tornou praticamente necessária uma Constituição jurídica objetivada e um método correspondente à mesma. Para Heller, "a Teoria do Estado que há de responder à questão de como, dentro da realidade social, é oportuno que tenha praticamente sentido e seja, além disso, possível tornar a Constituição, relativamente separada desta realidade social, objeto de um método dogmático especial".[7]

Política para Heller é, "no mais alto e exemplar sentido, a organização e atuação autônoma da cooperação social em um território".[8] As instituições humanas desenvolvem poder político, e dentre outras instituições contemporâneas, o Estado é a maior e a mais importante. Segundo Heller, o poder nasce e mantém-se mediante uma cooperação humana dirigida por uma ordenação regular comum, na qual determinados indivíduos cuidam do estabelecimento e segurança da ordenação, assim como da atuação unitária do poder de tal modo concentrado.

As teorias políticas modernas não poderiam ignorar as relações Estado-sociedade mediadas por uma carta de princípios denominada Constituição Política. A questão constitucional constitui tema principal do pensamento político-jurídico do século XIX que desde o fenômeno constitucional do século XVIII marca presença na organização do Estado e da sociedade. A Constituição está associada inicialmente à divisão dos poderes e ao controle político do monarca, por meio da declaração de direitos e garantias individuais. Sieyés considera a separação dos poderes como a principal garantia das liberdades privadas.

A divisão dos poderes de Montesquieu foi um dos grandes trunfos liberais para frear o absolutismo do Estado e reafirmar a segurança e os limites dos direitos individuais. Montesquieu exercera uma influência considerável na sua obra *Espírito das Leis*, ao induzir uma nova classificação dos regimes políticos, onde é assegura-

[7] Id., ibid., p. 307.
[8] Id., ibid., p. 247.

da uma separação dos poderes como a única solução institucional da liberdade política. Uma certa tradição jurídica francesa fez de Montesquieu o "criador" do princípio da separação dos poderes.

No Estado de direito, para Heller, só vale propriamente como política a atividade de Estado que tem caráter dispositivo e, em compensação, não se considera como política – ou pelo menos não é considerada no mesmo grau – a execução que atua sobre a base das disposições daquela. Em geral, só são atividades políticas o governo e a legislação, não sendo assim consideradas funções típicas a Administração e a Justiça. A função política influi em todas as outras funções sociais e é, ao mesmo tempo, influenciada por elas. Justamente por isso só se pode apreender o conceito do político mediante uma interpretação objetiva da totalidade social. Não obstante, Heller não quer dizer que a Administração e o Judiciário não façam política, ao contrário, mas não de forma precípua.

O poder do Estado, afirma Heller, tem de ser, do ponto de vista do direito, o poder político supremo; e do ponto de vista do poder, o poder político moralmente mais forte dentro do seu território, pois, do contrário, não será soberano nem poder de Estado. Mas a totalidade do poder objetivo da organização tampouco pode ser localizada em algum membro pelo fato de, para uma organização permanente e importante dispor de poder, ser necessária uma divisão de poderes, ou seja, de competências, com o objetivo de combinar as atividades e, portanto, uma divisão do poder da organização entre diversos detentores de poder embora ordenados hierarquicamente.[9]

A Constituição do Estado juridicamente normada, para Heller, é também expressão das relações de poder tanto físicas como psíquicas. Enquanto conexão social de ação, a Constituição apresenta-se como objeto próprio das ciências do real. Em troca, a ciência dogmática do direito considera a Constituição jurídica do Estado como uma formação normativa de sentido, relativamente separada e emancipada da realidade social. A Constituição de um Estado coincide com sua organização, enquanto esta significa a Constituição produzida mediante atividade humana consciente numa cooperação de todos (indivíduos e grupos), mediante coordenação dos mesmos. Ambas referem-se à forma ou estrutura de uma situação política real que renova constantemente por meio de atos de vontade humana. Em virtude desta forma de atividade humana concreta, o Estado transforma-se em uma unidade ordenada de ação e é então quando adquire, em geral, existência.[10]

A Constituição política como *status* real permite que seja, ao mesmo tempo, um ser formado por normas, isto é, uma forma de atividade normada – além de uma forma de atividade meramente normal. Às vezes são, por seu conteúdo, regras empíricas do agir que unicamente foram abstraídas da realidade social pelo poder estatal (Parlamento), que são formuladas e sistematizadas. Contudo, com freqüência o constituinte delibera um querer e um dever-ser opostos ao ser social, como uma disposição nova com respeito à ordem social até então existente. No processo legislativo ordinário, só se valora positivamente e, por conseguinte, se converte em normatividade, aquela normalidade a respeito da qual se crê que é uma regra empírica da existência real, uma condição de existência, ora da humanidade em geral, ora de um grupo humano. A idéia da normatividade ou obrigatoriedade de um agir concorde com determinados critérios positivos de valor, apresenta para a Constituição do Estado, a imensa importância de que não só eleva constitucionalmente a probabilidade de uma atuação conforme à Constituição por parte dos membros atuais ou futuros, mas que é ela só quem, em muitos caso a torna possível. A Constituição normada consiste em uma normalidade da conduta normada juridicamente, ou extrajuridicamente pelo costume, a moral, a religião, a urbanidade, a moda etc. Mas as normas constitucionais são regras empíricas de previsão, critérios positivos de valorização do trabalho.

Nesse raciocínio, confirma-se a tese de Lassale que a Constituição real consiste nas relações reais de poder. Não só segundo uma acepção vulgar, afirma Heller, mas também na linguagem jurídica, costuma-se entender por Constituição do Estado "não a estrutura de um *status* político total, mas unicamente o conteúdo normativo jurídico destacado desta realidade; não uma estrutura social formada por normas, mas uma estrutura normativa de sentido; não um ser, porém um dever-ser."[11] Hans Kelsen faz constituir o Estado e a Constituição em um dever-ser, exclusivamente. Já Carlos Schmitt pretende eliminar da Constituição toda normatividade. A Teoria do Estado para Heller só po-

[9] Id., ibid., p. 290.

[10] Id., ibid., p. 295.

[11] Id., ibid., p. 306.

derá evitar estas unilateralidades destes autores se conseguir descobrir a conexão real a partir da qual possam ser explicadas e compreendidas, tanto a Constituição enquanto ser, como a Constituição jurídica normativa e o método dogmático-jurídico a ela correspondente.

O Estado como organização política constitucional é antes de tudo uma conexão real de efetividade, e não uma unidade que atua de modo causal. O Estado é um poder gerado por vários fatores. Segundo Heller, duas coisas são necessárias para a clara compreensão do poder do Estado como unidade de ação gerada por vários fatores. Este não deve ser concebido como um ente fantástico que exista independentemente de quem o produz e fora destes; e, não obstante, deve ser diferenciado claramente de todas as atividades particulares que o criam.[12] O governante tem poder no Estado mas nunca possui o poder do Estado. Por tais razões políticas, o poder do Estado é sempre definido constitucionalmente, isto é, o poder político está juridicamente organizado, num complexo de relações sociais organizadas sistematicamente em unidade de poder e de ordenação. Mas, por causa da sua função social, o poder do Estado não deve contentar-se apenas com a legalidade técnico-jurídica, ao contrário, deve buscar permanentemente a legitimidade política de seus atos. A legitimidade gera poder, pelo estrito reconhecimento dos cidadãos aos preceitos jurídicos positivos legitimados por aqueles. Só goza de autoridade aquele poder do Estado que é reconhecidamente autorizado pela sociedade.

Observa-se, hoje, uma clara tendência de julgar a legitimidade dos poderes públicos mais pela sua capacidade de dar respostas às demandas dos diferentes segmentos sociais do que por uma legitimidade ideológica ou constitucional. Se essa tendência se confirmar, é de se esperar que o centro das atenções na análise de administração pública se desloque da legitimidade formal de atuação dos poderes públicos, que é importante mas que garante apenas o controle judicial *a posteriori*, para a capacidade de saciar as demandas que de maneira crescente se originam em todos os setores e esferas da sociedade. Um novo referencial analítico sobre o papel e a atuação do setor público deve enfatizar, portanto, a melhoria dessa capacidade, a qual, em última instância, dará legitimidade à ação governamental.

As instituições organizadoras do Estado, por perfeitas que sejam, só poderão garantir a observância das formas jurídicas e a segurança jurídica, mas em nenhum caso a juridicidade. Diz Heller, "quem unicamente pode assegurar sempre a justiça é a consciência jurídica individual. Com isso, surge no Estado moderno um conflito necessário e insolúvel entre juridicidade e segurança jurídica. Este conflito tem caráter necessário porque em um povo vivo não pode reinar nunca pleno acordo sobre o conteúdo e a aplicação dos princípios jurídicos vigentes".[13]

No Estado de direito é que existe uma conexão entre legalidade e legitimidade, e essa conexão é tanto uma conexão material como formal e de técnica de organização. A legalidade própria da função política funda-se, sobretudo, no fato de estar o âmbito do poder limitado pela Constituição. A conformidade de um ato estatal com a lei e desta com a Constituição jurídico-positiva ou com a Constituição hipotética "lógico-normativa", só pode constituir a base de uma legalidade, nunca de uma legitimidade justificadora. Mas a divisão de poderes tem como fim garantir a segurança jurídica e é, por isso, um meio técnico, simplesmente, que nada diz respeito à justiça do direito. Por esse motivo, a legalidade do Estado de direito não pode substituir a legitimidade. Não é tão-somente a exigência de uma certeza de execução, garantida pela coação organizada estatalmente, mas é, além disso, tanto histórica como conceitualmente, a certeza de sentido do direito o que reclama a organização do Estado pelas vias do direito.

A criação de normas constitucionais não cria apenas um Direito válido, mas, e principalmente, um plano organizado de direito que se deseja para o futuro. Esta oferta que o legislador faz aos destinatários da norma só produz direito vigente, segundo Heller, na medida em que as normas saem da sua existência no papel para confirmar-se na vida humana como poder. Toda criação de normas é, por isso e antes de tudo, um propósito de produzir, mediante uma normatividade criada conscientemente, uma normalidade da conduta concorde com ela.

O preceito jurídico recebe toda a sua força moral obrigatória exclusivamente dos princípios éticos do direito. Este princípio do direito, não obstante, distingue-se do preceito jurídico por sua carência de segurança jurídica ou certeza jurídica, que consiste, de uma parte, na certeza do seu sentido, na determinação do conteúdo da norma e, de outra parte, na certeza da execução. Os princípios do direito proporcionam só as diretrizes gerais sobre cuja base deve

[12] Id., ibid., p. 284.

[13] Id., ibid., p. 270.

estabelecer-se o *status* jurídico entre os membros da comunidade jurídica.

A Constituição permanece através da mudança de tempos graças à probabilidade de se repetir no futuro a conduta humana que com ela concorda. Para Heller, esta probabilidade baseia-se, de uma parte, em uma mera normalidade de fato, conforme a Constituição, da conduta dos membros; e além disso, em uma normalidade normada dos mesmos e no mesmo sentido. Nada mais do que a adequação formal da Constituição com a vida real da sociedade – conexão efetiva. Cabe, por isso, distinguir em toda Constituição estatal conteúdos parciais da Constituição política total: a Constituição não norma da e a normada, e dentro desta, a norma da extrajuridicamente e a que o é juridicamente.

4. Considerações finais

A Teoria do Estado deve indagar o sentido do Estado cuja expressão é a sua função social, a sua ação social objetiva. O Estado está justificado enquanto representa a organização necessária para garantir o direito de uma determinada etapa da sua evolução. O conhecimento do Estado e da Constituição não deve esquecer o caráter dinâmico do seu objetivo. Porém, menos ainda deve esquecer que só cabe falar de uma Constituição se for afirmada, não obstante, a dinâmica dos processos de integração – constantemente mutáveis – com um caráter relativamente estático. Heller deixa claro que somente uma Constituição política combinada com os valores da sociedade terá a efetividade real ao afirmar que a "Constituição do Estado não é, por isso, em primeiro lugar, processo, mas produto".[14]

O Estado, por fim, para Heller é atividade humana, que tampouco pode ser identificada pelos órgãos que atualizam a sua unidade de decisão e ação, e têm necessidade existencial de ser poder jurídico. A efetividade subjetiva da realidade social busca representar o homem real antes do Estado, à semelhança do Renascimento, que coloca o homem no centro do universo. Contudo, o Estado deriva da categoria da capacidade coletiva de decisão e ação, com unidade de atuações e objetivos estratégicos. A convivência social em Heller, imprescinde da convivência ordenada (constitucionalidade), mas com assento estrito em uma legitimação da comunidade de vontade e de valores – procedimento para produção do ato político. A totalidade social colocada é mais ampla que o econômico na lógica liberal, alcançando a leitura de todas condições culturais da sociedade civil, numa conexão de sentido particular com o sentido do Estado.

Na organização estatal, segundo Heller, reclamam-se três "elementos" reciprocamente: 1) o labor social de um conjunto de homens baseado em uma conduta recíproca, a cooperação dos mesmos; 2) orienta-se regularmente no sentido de uma ordenação normativa cujo estabelecimento e asseguração; 3) corre a cargo de órgãos especiais. A estrutura efetiva do Estado adquiriu autonomia, sobretudo, porque as suas diferentes tarefas particulares restringiram-se a órgãos especiais.

A constituição política racionaliza o Estado, com distribuição de competências e atribuições da hierarquia da autoridade, na relação tensa entre político e econômico, público e privado, autoridade e súdito, vontade do Estado e do cidadão etc. Além da organização estatal, a Constituição trabalha com uma realidade potencial, isto é, a probabilidade de efetivação depende da cooperação constantemente renovada da sociedade, na relação política normatividade x normalidade. Não basta à Constituição compreender a racionalização da estrutura de poder, se não atentar para a constituição real, que são as forças políticas no interior da sociedade, e que, por sua vez, vão definir a efetividade constitucional.

A questão constitucional em Heller, além de uma carta de normas, relaciona-se cotidianamente com a combinação da organização e ação social. A normatividade constitucional deve estar em adequação com a efetividade real, a normalidade social. Caso contrário, a Constituição não passa de letra morta. Para Heller, a "Constituição real do Estado conhece certamente uma normalidade sem normatividade mas não, ao contrário, uma validez normativa sem normalidade".[15] As normas constitucionais valem enquanto regras empíricas da situação estatal. Não cabe, pois, manter a usual rigidez da separação entre as leis do ser e as do dever-ser.

[14] Id., ibid., p. 296.

[15] Id., ibid., p. 299.

A interpretação no Direito Agrário

FÁBIO MARIA DE-MATTIA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A interpretação usual como fonte de direito. 3. A interpretação analógica e os princípios gerais de Direito Agrário. 4. A "ratio legis" e a interpretação evolutiva. 5. Os limites e conteúdo da "ratio legis". 6. Caracteres da "ratio legis": a) normalidade dos acontecimentos; b) diligência do bom pai de família; c) o princípio da confiança. 7. Outros aspectos pertinentes ao tema e o Direito Agrário positivo brasileiro.

1. INTRODUÇÃO

Com o reconhecimento da existência da especialidade do Direito Agrário impõe-se o estudo da interpretação aplicada a este ramo do Direito.

Este capítulo, sob o ponto de vista sistemático, deve ser desenvolvido após o estudo das noções de institutos, princípios gerais, e especialidade do Direito Agrário; porém, reconhecida a centralidade da empresa, didaticamente, melhor será inseri-lo após estudar a empresa e o estabelecimento agrários.

Paolo Vitucci noticia que os próprios estudiosos da teoria geral do direito asseveram que as diferenças entre os vários setores da experiência jurídica não são privadas de relevância também em sede de interpretação da lei; as sondagens e aprofundamentos circunscritos a cada disciplina devem ser considerados profícuos.[1]

Juan José Sanz Jarque, ilustre representante da escola agrarista espanhola, ao estudar as formas de expressão do Direito Agrário, concorda apresentarem elas efetivamente peculia-

Fábio Maria De-Mattia é Professor Titular do Departamento de Direito Civil – área Direito Agrário – da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

[1] VITUCCI, Paolo, "Sull'applicazione analogica delle leggi agrarie", in *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, v. 62, nº 1, 1983, p. 5.

ridades quanto à sua hierarquia e interpretação, ainda que derivadas e dependentes do tronco principal representado pelo direito privado.

Sustenta, além disso e com razão, que o direito comum ordinário, derivado do Código Civil, tem valor de fonte principal, vigente sempre que a matéria não é regulada pelas leis agrárias e pelos usos agrícolas.[2]

Giovanni Galloni, autor de monografia sobre a interpretação das leis, estuda a matéria tendo em vista o Direito Agrário e o faz sob vários ângulos: 1) a interpretação usual como fonte do direito; 2) a interpretação analógica e os princípios gerais do Direito Agrário; 3) a *ratio legis* e a interpretação evolutiva; 4) os limites e o conteúdo da *ratio legis*; 5) caracteres da *ratio legis*: a) normalidade dos acontecimentos (*id quod plerumque accidit*); b) diligência do *bonus pater familias*; c) o princípio da confiança (*bona fides*).[3]

Passemos, pois, à avaliação destas perspectivas.

2. A interpretação usual como fonte do direito

A interpretação usual consiste na aplicação da norma na atividade de relação comum, quotidiana no interior do corpo social. O sujeito, na vida concreta de relação, entende intuitivamente o dever ser do comportamento sem se aperceber se a fonte do preceito jurídico resida numa norma escrita ou em norma não escrita.[4]

A interpretação tende a ser evolutiva respeitando as mutações em curso no corpo social. Esta noção se expressa, no campo do Direito Agrário, ao se afirmar que, na agricultura, o direito nasce da *natureza dos fatos e das coisas*, ou seja, que as exigências de uma realidade em evolução criam problemas sempre novos que o agricultor deve ter presente e que o leva a adaptar seu comportamento. Como negar a *juridicidade* de tal comportamento? Ele é *secundum ius* ou típico desde que qualquer outro agricultor médio ter-se-ia conduzido do mesmo modo.

Conclui Giovanni Galloni que o juiz, então, deverá reconhecer, ao lado das normas escritas, também, a existência de normas não escritas, quer as acolha sob o perfil de costume *praeter legem* quer sob o perfil de uma extensão ou restrição do significado das normas escritas.[5]

3. A interpretação analógica e os princípios gerais do Direito Agrário

Giovanni Galloni ressalta a importância dos princípios gerais na interpretação da lei, quer sejam princípios gerais de uma matéria quer sejam os princípios gerais do ordenamento jurídico.

Define os princípios gerais de uma matéria como princípios não escritos que penetram na *ratio* de qualquer norma escrita inspirando-lhes o conteúdo. No processo interpretativo é possível, através do recurso à analogia *legis*, encontrar em norma análoga a disciplina de um suporte fático não regulada expressamente.

É comum, ademais, afirmar-se que na interpretação analógica aplica-se ao caso concreto não regulado uma norma escrita que disciplina suporte fático semelhante. Contudo, na realidade, o mecanismo que atua parece ser aquele através do qual aplica-se ao caso concreto uma norma não escrita, cujo conteúdo se extrai dos princípios gerais do ordenamento jurídico ou de princípios reguladores do assunto.[6]

Aponta o autor, por outro lado, que se costuma identificar para o Direito Agrário alguns de seus princípios gerais que orientam a interpretação analógica e auxiliam explicar a *ratio* das normas agrárias e com fundamento em tais princípios são elaboradas as normas legais sobre Direito Agrário e agricultura.

Neste sentido Giovanni Galloni, autor de obras fundamentais em nossa disciplina e que com profundidade estudou a questão da interpretação no Direito Agrário, parece admitir como válida a existência dos já referidos princípios gerais do Direito Agrário, tanto que enumera aqueles mesmos enunciados por Carlo Frassoldati que são: a) adequado cultivo da terra; b) fixação da extensão da empresa, leia-se propriedade agrícola, de acordo com os interesses da produção; c) não-cindibilidade dos resultados gerais da produção agrária; d) colaboração das partes na execução dos contratos agrários; e) a colaboração entre as propriedades, melhor dizendo empresas agrárias.[7]

Deduz-se que nem sempre trata-se de princípios jurídicos.

---

[2] SANZ JARQUE, Juan José, "Actualidad y fuentes del moderno Derecho Agrario", Milano, in *Rivista di Diritto Agrario*, v. 57, nº1, 1978, p. 20 e 21.

[3] GALLONI, Giovanni, *Lezioni sul diritto dell'impresa agraria*, 2ª ed., Milano, Liguori Editrice, 1984, p.122.

[4] Id., ibid., p.123.

[5] Id., ibid., p.122.

[6] Id., ibid., p.123.

[7] Id., ibid., pp.123 e 124.

Os termos dos ítens *b* e *c* se justificam em conseqüência do deslocamento do instituto da propriedade agrária para o instituto empresa agrária.[8]

Quanto à referência aos princípios gerais de Direito Agrário, conforme já afirmado anteriormente, devemos externar nossa posição de discordância quanto à existência real de tais princípios, seguindo a tendência majoritária da doutrina agrarista contemporânea.

A boa produção pode ser considerada como o critério fundamental e resumido de todo o ordenamento agrário produtivo.

Se considerarmos o Direito Agrário como direito da empresa agrária, boa produção é o fim último para o qual se dirige toda a atividade produtiva.

Daí o Direito Agrário poder ser interpretado e ordenado tendo como base o critério do cultivo adequado.

Em conseqüência, a obrigação de boa produção é imposta ao empresário – proprietário sob sanção de desapropriação por abandono de exploração da terra, também se esta estiver sendo insuficientemente aproveitada ou se for excessivamente cultivada desrespeitando padrões previamente fixados.[9]

O princípio do respeito às normas da boa técnica agrária, por exemplo, quando se tratar de execução de contratos agrários, surge nas normas que determinam que o arrendatário ou parceiro-outorgado deva cultivar respeitando os padrões aplicáveis, eventualmente, observando a destinação agrária empreendida pelo concedente e até prescrevendo que o pequeno arrendatário ou parceiro-outorgado possa ser assistido técnica e financeiramente pelo concedente.[10]

Quanto à dimensão da propriedade agrícola, temos a ressaltar os aspectos do limite mínimo da *unidade produtiva*, a disciplina criativa para a recomposição fundiária, critérios para a redução de dimensões de propriedades muito extensas.[11]

A não-cindibilidade dos resultados obtidos no período de um ano leva à consideração do princípio da continuação da produção agrária, daí a preocupação legislativa com a fixação de prazo mínimo na duração dos contratos agrários.

4. A "RATIO LEGIS" E A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA

Giovanni Galloni ensina que a interpretação de toda lei e, também, das leis agrárias, consiste fundamentalmente na pesquisa da *ratio legis*, que não insiste em indagar a vontade do legislador, mas, sim, o significado, isto é, o interesse ou escopo prático tutelado pela norma.

Esta pesquisa permite especificar o interesse típico do qual participam cada ato e os comportamentos diversos realizados conforme a lei.

A *ratio legis* indica a atitude da norma escrita ao adaptar-se no seu verdadeiro significado, no seu alcance real, à natureza dos fatos e das coisas.[12]

Giovanni Galloni explica como a investigação da *ratio* de uma norma não é a procura da vontade psicológica do legislador (ou seja, o que o legislador quis dizer quando formulou a norma), mas sim a indagação do significado da norma no contexto do ordenamento jurídico e da sociedade em que vive (isto é, o que a norma deseja significar hoje, propondo-se à tutela do interesse típico examinado). A interpretação não pode ser mais uma avaliação subjetiva do intérprete, devendo esse estar, sempre, ligado à objetividade da norma, isto é, tal como a norma mostra-se evidente ao término de seu processo evolutivo no interior do ordenamento.[13]

Em outros termos, não é o intérprete quem modifica ou faz com que a norma progrida, mas é a norma que progride no contexto institucional, tendo em vista a própria modificação das relações, evolução esta que o intérprete não pode não ter presente. Daí, Giovanni Galloni concluir, que a função jurisprudencial, portanto, permanece, sempre, a de averiguação do direito existente no ordenamento e nunca a produção de novo direito.[14]

5. OS LIMITES E CONTEÚDO DA "RATIO LEGIS"

Giovanni Galloni preleciona que adentrando no exame dos caracteres da tipicidade e da *ratio* da lei, com particular atenção às leis agrárias, impõe-se iniciar ressaltando que um limite

[8] Id., ibid., p.124.

[9] Id., ibid., p.124.

[10] Id., ibid., p.124, que exemplifica com os artigos 1.615 e 1.652 do Código Civil italiano e com o artigo 16 da Lei nº 203, de 13 de maio de 1982.

[11] O instituto – unidade produtiva – é previsto na Lei italiana nº 203, de 1982.

[12] Id., ibid., p.125.

[13] Id., ibid., p.126.

[14] Id., ibid., p.126.

fundamental e inderrogável da juridicidade localiza-se no *critério da possibilidade*. Não cabe, no âmbito do ordenamento jurídico e social, tudo aquilo que tem atuação impossível.

Acentua que o princípio *ad impossibilia nemo tenetur* ultrapassa o campo específico das obrigações e assume um alcance mais geral.

O direito está sempre conforme a natureza das coisas e do homem, participando de racionalidade intrínseca. O dever ser jurídico apresenta-se, portanto, sempre como um esquema de conduta possível de se realizar.[15]

O conceito de possibilidade, ensina o mestre italiano, define, pois, os limites da *ratio legis*, no sentido que estabelece os limites além dos quais a norma que seja impossível de se realizar perderá os caracteres de juridicidade. Todavia, o conteúdo concreto da *ratio* pode ser indagado apenas em relação ao escopo prático assumido pela norma, ou seja, a *ratio* da norma e o significado causal devem ser interpretados em função do fim próprio que as normas alcançam dentro do ordenamento.

Arrematando, Giovanni Galloni afirma que é por isso que as normas que estão em conexão entre si para a disciplina de um instituto devem ser interpretadas umas por meio das outras e todas em relação ao interesse prático para cuja tutela são dirigidas.[16]

Relacionando estas noções gerais com o Direito Agrário, Giovanni Galloni assevera, como se sustenta, que o direito agrário é sobretudo *o direito que disciplina a empresa agrária*, com o que o ponto de referência da *ratio* para a interpretação das normas agrárias não pode ser senão o *ordenamento da empresa*. Assim, o interesse da empresa, ou seja, a produção agrícola é, em outras palavras, a chave da interpretação do Direito Agrário. A norma agrária, portanto, é sempre instrumental com respeito aos fins da empresa agrária e, por consequência, deve ser interpretada em função destes fins.[17]

Giovanni Galloni ensina que a estrutura das diretrizes da interpretação no Direito Agrário é feita, portanto, a partir do momento em que se estabelece que a *ratio* da norma pode ser definida, em linhas gerais, através de três critérios interpretativos fundamentais: o princípio da normalidade dos acontecimentos (o *quod plerumque accidit*); o princípio da obrigatoriedade da conduta (diligência do *bonus pater familias*) e o princípio da confiança (*bona fides*).

Em conclusão, Giovanni Galloni estabelece que para a interpretação do direito agrário estes critérios são usados em função da empresa agrária e de seus fins produtivos.[18]

6. Caracteres da "ratio legis"

a) *Normalidade dos acontecimentos* ("*quod plerumque accidit")*

O *quod plerumque accidit* responde ao princípio, ínsito em toda norma, do interesse prevalecente e, em caso de conflito de interesses, do sacrifício do interesse atípico, isolado, anômalo, com relação àquele que melhor responde aos fins da organização social.

Isto não quer dizer que o interesse prevalecente será determinado com base em critérios puramente quantitativos e de freqüência, pois, se assim fosse, dever-se-ia igualmente dar o batismo de juridicidade ao comportamento que respondesse a interesses outros, fora de qualquer tutela de valores. O interesse prevalecente tutelado é sempre aquele que, além de responder aos fins individuais, responde também aos fins gerais da conservação e do crescimento do ordenamento.[19]

Em muitos casos, porém, frente a um conflito entre dois tipos de interesses, qualquer um dos quais seja por si merecedor de tutela, o ordenamento atribui ao intérprete a tarefa de avaliar, frente a situação concreta e com base no princípio do *id quod plerumque accidit*, qual seja o interesse prevalecente.[20]

Para exemplificar pode-se ter presente um *standard* jurídico, qual seja a *noção de exercício normal da agricultura*. Ela será o divisor para a fixação dos limites entre empresa agrícola e a empresa comercial.

Fixados tais limites, o próximo passo é o da determinação da disciplina a que devem ser submetidas certas atividades (de transformação e de alienação dos produtos agrícolas).[21]

Giovanni Galloni formula o parâmetro

[15] Id., ibid., p.126.

[16] Id., ibid., pp.126 e 127.

[17] Id., ibid., p.126.

[18] Id., ibid., p.127.

[19] Id., ibid., p.127.

[20] Id., ibid., p.127.

[21] Id., ibid., p.127, informa que o Código Civil italiano, no artigo 2.135 pede ao intérprete que este estabeleça quando estas atividades "se enquadrarão no exercício normal da agricultura".

necessário ao assentar que é evidente que em tal caso o intérprete se deve referir, para a avaliação da *normalidade*, a um critério objetivo, e que este não pode ser fornecido apenas pela avaliação da freqüência em sentido estatístico dos comportamentos (aquilo que a maioria dos agricultores faz ou tem feito ordinariamente), mas sim como instrumento daquilo que o agricultor normalmente faz para responder aos *princípios da boa produção conforme a evolução da técnica agrícola e da ciência econômica*.[22]

Subsídios para uma avaliação prática do *standard* jurídico – *exercício normal da agricultura* – encontramos em Mario Ghidini, que se baseia na atuação de uma determinada categoria de agricultura.[23]

b) *Diligência do bom pai de família*

Giovanni Galloni aponta tratar-se, na realidade, não da diligência em abstrato do *homem médio*, conforme uma média, por assim dizer, aritmética de comportamento, mas da diligência exigida para alcançar os fins lícitos e possíveis, colocados pelo ordenamento.

Acentua que cada ato produtivo de efeitos jurídicos deve ser avaliado pelo intérprete para o exame de sua correlação com o fim a que é dirigido, desde que este fim seja lícito e possível.

Quando tal ato for expresso no âmbito do exercício de um poder jurídico, responde pois a um critério de discricionalidade, pedindo-se ao intérprete que avalie caso a caso se aquele não exorbitou do próprio fim.[24]

Esta avaliação não pode se verificar senão através do critério da *diligência do bom pai de família*, um critério elástico e que se adequa à evolução da realidade. Giovanni Galloni ressalta que se deve avaliar como se teria comportado, qual escolha teria feito (coincidente ou não com aquela efetuada) o homem dotado de diligência normal em idêntica situação.[25]

Para o intérprete, assim, será sempre exigida a pesquisa da diligência do bom pai de família na avaliação do comportamento de quem administra ou tem a responsabilidade da direção da empresa.

Exemplo é aquele oferecido pelo concessionário no uso de propriedade agrária, que é obrigado a atuar de conformidade com sua destinação agrária, segundo a diligência do bom pai de família, fornecendo ao serviço do empreendimento os instrumentos para sua gestão e observando as regras técnicas de boa empreitada.[26]

Em todos os suportes fáticos examinados, pondera Giovanni Galloni, *o critério de diligência do bom pai de família é sempre aplicado, pelo intérprete, no caso concreto à luz do interesse objetivo da empresa agrícola, isto é, de um interesse que vem avaliado em relação ao progresso da técnica e à observância das normas de boa técnica ou da ciência econômica.* [27]

c) *O princípio da confiança* (*bona fides*)

A confiança reside na base de cada relação jurídica, seja *como confiança a uma aparência jurídica, seja como expectativa do comportamento alheio*.

Todos os sujeitos, com efeito, devem poder contar com isso: que outros sujeitos, os quais se relacionam com eles, comportar-se-ão conforme exige a boa-fé no adimplemento das obrigações impostas por lei. Se não existisse esta presunção, a vida da relação tornar-se-ia impossível.[28]

O elemento fiduciário adquire um relevo autônomo apenas quando é atribuído ao intérprete a tarefa de determinar no caso concreto a existência da confiança; isto ocorre, justamente, quando existem dois grupos de interesses em conflito, ambos em abstrato merecedores de tutela.[29]

Trata-se, em geral, *de casos onde surge do contrato ou do fato um dever específico ou qualificado de cooperação entre as partes e este dever não é disciplinado como tal por cláusulas contratuais ou pela lei, mas se origina como dever jurídico conforme o princípio fundamental da boa-fé.*[30]

A *ratio* não pode, então, ser procurada na vontade das partes como aparece nas declarações negociais, mas *deve ser procurada nos princípios que regulam o ordenamento privado e nos fins em que esse se inspira*.

Este problema interpretativo se coloca, no campo do Direito Agrário, de maneira especí-

[22] Id., ibid., p.127.

[23] GHIDINI, Mario, *Lineamenti del'Diritto dell'impresa*, 2ª ed. rev. e atual., Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978, pp. 36, 37 e 38.

[24] GALLONI, Giovanni, op. cit., p.128.

[25] Id., ibid., p.128.

[26] Id., ibid., p.128.

[27] Id., ibid., pp.128 e 129.

[28] Id., ibid., p.129.

[29] Id., ibid., p.129.

[30] Id., ibid., p.129.

fica com respeito aos contratos agrários que são constitutivos da empresa agrícola. [31]

Giovanni Galloni exemplifica, asseverando que os problemas concernentes ao ordenamento interno da empresa, vistos em relação a fatos sobrevindos que alterem o equilíbrio originário entre as partes, freqüentemente não podem ser solucionados reportando-se apenas às cláusulas contratuais, *mas devem, ao invés, ser resolvidos com recurso a boa-fé, examinando os fins, a estrutura da empresa*, de cujo seio nasce e se produz – através dos órgãos exercentes – um poder discricionário (e normativo) – o direito dos particulares.[32]

7. Outros aspectos pertinentes ao tema e o Direito Agrário positivo brasileiro

Jean Megret lembra o fato de o Direito Agrário ser uma disciplina bastante jovem, em verdade uma matéria ainda em seus inícios. Ao lado disso, ela não foi ainda favorecida pela elaboração de um verdadeiro e completo diploma legislativo, *dificuldade que se impõe talvez pelo fato de estar o Direito Agrário contemporâneo tão fortemente ligado à economia e às técnicas especiais de produção*, de tal forma que o jurista tradicional estaria mal preparado para alcançar as finalidades maiores da cadeira.[33]

Para Paolo Vitucci, por sua vez, estas dificuldades adviriam de duas razões fundamentais, próprias quando da interpretação de matérias baseadas em leis especiais: em primeiro lugar, trata-se o Direito Agrário de uma disciplina recém-introduzida ou, mais corretamente, *de uma disciplina reformada, onde a novidade representa uma dificuldade constante para o intérprete*, o qual se acha na obrigação de dever operar sem o subsídio que nas leis já sedimentadas vem oferecido pelo precedente.[34]

Finalizando, *uma boa técnica legislativa*, acrescentada pelo autor *como a segunda razão, poderia aliviar as dificuldades do primeiro impacto hermenêutico*; mas os agraristas sabem, e esta é uma característica com a qual convivem também os agraristas brasileiros, *quão escassa é a confiança que se pode depositar na qualidade do produto legislativo.*

Neste sentido, o artigo 103, *caput*, do Estatuto da Terra *consubstancia diretriz para a interpretação das normas de Direito Agrário*, estatuindo que: "A aplicação da presente Lei *deverá objetivar*, antes e acima de tudo, *a perfeita ordenação do sistema agrário do país, de acordo com os princípios da justiça social, consolidando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano*."

A integração da norma jurídica agrária permite através da analogia preencher lacunas do legislador. Para o entendimento da matéria, há a lição do jurista e professor renomado Rubens Limongi França.[35]

São normas importantes os artigos 92, § 9º, e 96, inciso VII e parágrafo único do Estatuto da Terra, artigo 13 da Lei nº 4.947/66 e artigo 88 do Decreto nº 59.566/66.

O artigo 92, § 9º, do Estatuto da Terra estatui: "Para solução dos casos omissos na presente Lei, prevalecerá o disposto no Código Civil". Tal norma está inserida no Capítulo IV – Do Uso ou da Posse Temporária da Terra, Seção I, que regula "Das Normas Gerais".

O artigo 96, inciso VII, do Estatuto da Terra determina: "aplicam-se à parceria agrícola, agropecuária, agroindustrial ou extrativa as normas pertinentes ao arrendamento rural, no que couber, bem como as regras do contrato de sociedade, no que não estiver regulado pela presente Lei.

O artigo 13, *caput*, da Lei nº 4.947/66 dispõe: "Os contratos agrários regulam-se pelos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo de vontade e ao objeto...".

O artigo 88 do Decreto nº 59.566/66 determina: "No que forem omissas as Leis nº 4.504/64, 4.947/66 e o presente Regulamento, aplicar-se-ão as disposições do Código Civil, no que couber."

O legislador previu que normas pertinentes ao arrendamento poderiam "caber nas avenças de parceria".[36]

Mas devemos reconhecer que o Direito Agrário não desfruta de técnicas particulares acerca da aplicação analógica das regras que o regulam, o que força o intérprete a se utilizar da

[31] Id., ibid., p.129.

[32] Id., ibid., p.130.

[33] MEGRET, Jean, *Droit agraire*, 1ª edição, Paris, Libraires Techniques, 1976, p.154.

[34] VITUCCI, Paolo, op. cit., p.8.

[35] FRANÇA, Rubens Limongi, *Formas e aplicação do direito positivo*, 1. ed., São Paulo, RT, 1969, p. 67 e ss.

[36] LARANJEIRA, Raymundo, *Propedêutica do Direito Agrário*, 2ª ed., São Paulo, Editora LTR, 1981, p. 128.

experiência e de ensinamentos outros, provindos basicamente da elaboração dos civilistas e dos cultores da teoria geral.[37]

Paolo Vitucci, após ressaltar as raízes civilísticas do Direito Agrário e a obviedade da referência ao Código Civil conclui: *a especialidade da disciplina volta prepotentemente ao primeiro plano e está sujeita ao interesse convergente do teórico da interpretação, quantas vezes o sistema traçado na lei especial ou nas leis especiais mostrar-se capaz de se autointegrar, isto é, de preencher as próprias lacunas sem recorrer ao Código Civil ou aos princípios expressos em sede diversa daquele do "microsistema".*[38]

[37] VITUCCI, Paolo, op. cit., p. 5.

[38] Id., ibid., p. 13.

A advocacia de Estado e as novas competências federativas

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

SUMÁRIO

1. Introdução: novas expressões do federalismo contemporâneo. 2. Ampliação da atividade administrativa pública. 3. Transformações da advocacia de Estado. 4. Evolução constitucional e conclusões.

1. INTRODUÇÃO: NOVAS EXPRESSÕES DO FEDERALISMO CONTEMPORÂNEO

A experiência federalista tem-se desenvolvido desde sua origem moderna, no século XVIII, agregando novas técnicas e novos institutos, distanciando-se do modelo pioneiro da Constituição dos Estados Unidos da América. Consagrado como método eficiente de contenção do poder, por diluído entre entidades políticas territoriais, o federalismo tem-se diversificado e adaptado por todo o mundo, atendendo a toda sorte de circunstâncias históricas e processos políticos, produzindo modelos tão distintos como o helvético e o soviético, não obstante assentes sobre o princípio fundamental da *diversidade na unidade*.

Deve-se, também, ao êxito da idéia federalista as suas novas e criativas expressões, em surgimento neste final de século e de milênio, despontadas nos fenômenos emergentes do *quase-federalismo* das regiões autônomas, do *metafederalismo* das comunidades de nações, no *neofederalismo* da subsidiariedade e no *transfederalismo* da complementaridade.

O *quase-federalismo* tem sido adotado por países tradicionalmente unitários para garantir certo grau de autonomia para algumas regiões etnicamente diferenciadas, ou economicamente atrasadas ou geograficamente distanciadas em seus territórios. O resultado, já colhido satisfatoriamente na Espanha , na Itália e em Por-

Diogo de Figueiredo Moreira Neto é Advogado.

tugal, tem-se mostrado sedutor para vários países que são ameaçados, em sua unidade, por movimentos separatistas minoritários e, por isso, posteriormente, desdobrar-se-á em outros modelos, mesmo no seio de federações, como é o caso das regiões autônomas russas.

Da mesma forma, o modelo federal tem oferecido a base histórica e doutrinária sobre a qual se tem desenvolvido a idéia das associações comunitárias de nações, como a Comunidade Européia, articulando, em novo grau político, expressões legislativas, administrativas e judiciárias do poder de Estados independentes. A experiência européia tem sido atentamente acompanhada por outros países que também aspiram integrar seus mercados, seus recursos e suas ações governamentais em novas comunidades de nações, mais fortes e mais competitivas, a partir de alianças políticas, de uniões aduaneiras ou de mercados comuns. Este é o caso do Brasil, que , no Mercosul, busca a articulação de uma futura comunidade de nações. Em termos jurídicos, o resultado, que se vislumbra com nitidez na Europa pós-Maastricht, é a superação dos quadros constitucionais individualizados e estanques, como marco político do poder estatal, descortinando-se, assim, no processo, uma transmutação do conceito de soberania e, por isso mesmo, do próprio constitucionalismo, num novo quadro que pode ser referido como um *metafederalismo.*

Por outro lado, como resultado do crescente interesse dos países federados em aperfeiçoar a racionalidade de sua ação e, por isso, a eficiência do Estado, na linha do princípio da subsidiariedade, observa-se a emergência de um *neofederalismo*, voltado à redefinição da partilha de poder entre as unidades federadas e o poder central, e a da correlata partilha de recursos tributários. O princípio da subsidiariedade, que tem sua origem na prática suíça e sua conceituação no pensamento político da Igreja Católica, desenvolvido em famosas encíclicas como a *Quadragesimo Anno* e a *Mater et Magistra*, adotado no constitucionalismo alemão e presente no Tratado de Maastricht, tornou-se conhecido por oferecer um seguro critério sociológico para justificar a concentração e a distribuição do poder; dois magnos problemas da Ciência Política e do Direito, geralmente tratados sob mera perspectiva histórica.

A idéia fundamental na subsidiariedade é dar ênfase e prestígio às bases individuais do poder político e, a partir delas, concentrar gradualmente o poder em instituições de dimensão e complexidade crescentes. De início, a concentração produziria entidades não-estatais, e só se passaria a concentrar poder (político) em entidades estatais quando certos problemas convencionais não puderem ser solucionados regularmente e satisfatoriamente pela própria sociedade. Mas, ainda assim, a concentração no Estado deve seguir o mesmo gradualismo subsidiário: tudo o que possa ser resolvido na unidade política local deverá sê-lo e só se passará a concentrar poder, ou seja, competência, nas unidades superiores quando necessário. O mesmo princípio se aplica à concentração de poder em unidades políticas multi ou metanacionais e com relação à partilha de recursos entre as entidades envolvidas.

Mas não apenas o como concentrar poder no Estado passa a ser o discurso da modernidade juspolítica, mas o quê concentrar. Cada vez mais se observa que as sociedades não se vêm valendo preferente ou prioritariamente do Estado para a satisfação de seus interesses. A própria diversificação dos interesses gerais em públicos, coletivos e difusos, estimula a multiplicação de entidades sociais secundárias, com ou sem outorga de delegação do poder público, que se destinam a solucionar problemas específicos fora das formalidades burocráticas e sem seus ônus. Tratam-se, em geral, de interesses coletivos e difusos, que, cabendo ou não ao Estado, podem receber tratamento específico e mais ágil em agências ou entidades intermédias, assim chamadas por se situarem a meio caminho entre os entes públicos e os privados.

São inúmeras as formas de que se revestem as entidades intermédias, dificultando a classificação, mas, sem dúvida, já se constituem numa categoria em franca expansão pelas vantagens que apresentam, em relação ao Estado, para solucionar problemas com maior flexibilidade, objetividade e menor custo, inclusive podendo atuar em inúmeras formas de cooperação, até mesmo com os próprios entes estatais, nacionais, internacionais ou metanacionais, superando os limites do federalismo e da própria nacionalidade sempre que necessário. Desenha-se , a partir desse fenômeno, um *transfederalismo* da complementaridade.

2. Ampliação da atividade administrativa pública

Todas essas novas expressões do federalismo vêm acompanhadas de inúmeros reflexos sobre a administração pública, identificando-se novos tipos de interesses, novas competências, novos métodos para satisfazê-los novas

formas de descentralização e, sobretudo, num quadro de Estado democrático de direito, novas exigências de controle.

Assim é que, no *quase-federalismo* das regiões autônomas ou semi-autônomas, multiplicam-se as relações entre essas entidades e o Poder Central, com sua moldura constitucional específica e com todas as conseqüências administrativas delas derivadas.

Também o *metafederalismo* das comunidades de nações tem sido pródigo na diversificação do tratamento jurídico da administração pública, manifestada em órgãos e instrumentos de ação de amplo escopo que devem, de alguma maneira, articular-se com os órgãos e instrumentos nacionais, regionais e até os locais para serem eficientes.

Do mesmo modo, o *neofederalismo* da subsidiariedade, ao introduzir a busca de maior racionalidade na partilha federativa, de competência e de recursos, suscita maiores e mais sofisticadas exigências técnicas nos procedimentos administrativos, notadamente como resultado do aquecimento da participação política democrática dos cidadãos e das entidades intermédias, principalmente quanto às atividades de controle de juridicidade – legalidade, legitimidade e licitude – a todos os níveis.

Finalmente, o *transfederalismo* da complementaridade, abrindo e expandindo a cooperação, multiplica também as relações intersubjetivas sujeitas à disciplina jurídica administrativa e diversifica os regimes a elas aplicáveis, desde os que regem os clássicos atos e contratos administrativos aos atos administrativos complexos mais atuais, como o são os acordos de programa.

Sobre esses quatro tipos de experiências federativas incidem dois fatores gerais de indiscutível modernidade: a incorporação de novos campos de intersubjetividade, potencialmente muito conflitivos, à atividade administrativa pública e à transformação dos modos de intervenção do Estado na ordem econômica.

Essas novas relações sociais, em contínuo surgimento pela expansão das telecomunicações, da informática, da genética, da saúde, da ecologia e de tantos outros campos abertos pela ciência e tecnologia contemporâneas, têm-se demonstrado altamente conflitivas, demandando intervenção ordinatária estatal para estabelecer regras mínimas, sejam normas de poder de polícia, sejam de ordenamento social, para a manutenção da ordem. Expande-se, em conseqüência, a atividade administrativa, estatal ou não-estatal (auto-regulação) mas, de qualquer forma, a demandar tratamento especial nas federações, até mesmo no plano transfederativo, sempre que seja mais adequado à efetividade da ação regulatória.

Por outro lado, as mudanças hoje observadas nos métodos de intervenção do Estado na ordem econômica, abandonando as formas concorrenciais e monopolistas para adotar soluções regulatórias, vêm reduzindo o número de paraestatais que atuavam administrativamente na exploração econômica e, em compensação, têm aumentado a necessidade de se multiplicar órgãos e agências de controle de todo o tipo sobre as atividades devolvidas aos mercados, tudo implicando aperfeiçoamento técnico e procedimental das novas funções administrativas, ainda que não-estatais.

3. Transformações da advocacia de Estado

Chega-se, assim, às conseqüências sobre a advocacia de Estado, enquanto função essencial à justiça, autônoma em relação aos poderes do Estado.

Desde logo se constata que as tradicionais funções públicas desenvolvidas pela advocacia de Estado – a *consultoria* e a *representação judicial* – já não são mais suficientes para atender às novas experiências federativas e administrativas, que tornam ainda mais complexos os problemas da gestão dos interesses públicos.

Registram-se, em decorrência, transformações adaptativas da advocacia de Estado quanto às suas *finalidades*, às suas *modalidades* e às suas *características*. Em maior ou menor grau, elas já são evidentes e, por isso, pautam a evolução próxima do instituto, revelando o que se deve entender em plenitude por *essencialidade à justiça*, como expresso no texto constitucional de 1988.

Quanto às *finalidades*, a ênfase na defesa dos interesses públicos desloca-se do simples interesse fazendário da pessoa jurídica para o interesse público primário da defesa da juridicidade integral da ação administrativa. O novo conceito de advocacia pública não se esgota na tradicional prossecução dos interesses materiais da administração pública, senão que passa a envolver prioritariamente a satisfação dos interesses públicos imateriais, tal como expressos nos princípios constitucionais da administração pública (arts. 37, *caput*, e 70, *caput*, da Constituição). A própria *legalidade*, como um dos princípios expressados, já não é mais sufi-

ciente para sustentar um conceito satisfatório de eticidade do agir administrativo; a *legalidade* passa também a ser exigida, notadamente no controle dos excessos e distorções do emprego da discricionariedade, e a *licitude* vem a ser incorporada à ordem jurídica e passa a informar o controle da moralidade administrativa.

Quanto às *modalidades,* a *consultoria* e a *representação judicial* são hoje apenas o núcleo de uma constelação de funções da advocacia de Estado. Para a realização da promoção e da defesa do interesse público, as modernas funções dos órgãos dela encarregados distribuem-se em três tipos de atividades: a *orientação,* a *defesa* e o *controle jurídicos* da atividade administrativa. A *orientação jurídica* envolve as funções de *assistência jurídica* e as de *consultoria jurídica;* a assistência é função ancilar e de apoio, exercida sem autonomia e em benefício de um órgão de decisão administrativa, enquanto que a consultoria é função principal (essencial), exercida com autonomia e em benefício imediato da própria ordem jurídica. A *defesa jurídica* é a atuação contenciosa, que evoluiu da representação judicial para um conceito de defesa integral, judicial e extrajudicial, inclusive nos contenciosos de regulação não-estatal e nos tribunais administrativos e paraadministrativos, onde existam. O *controle jurídico,* por fim, vem-se alçando à função mais importante da advocacia de Estado pelas extraordinárias potencialidades que se reconhece em qualquer de suas submodalidades: o *controle prévio,* o *controle simultâneo* e o *controle posterior*. Às vantagens da atuação preventiva, pela consultoria, acrescenta-se a do acompanhamento da atividade administrativa enquanto ela se desenvolve.

Assim diversificada, a advocacia de Estado vem apresentando certas características operacionais cada vez mais nítidas: a *discricionariedade técnica,* a *despolitização,* a *privatividade* e a *independência funcional*.

A *discricionariedade técnica* orienta a tomada de decisões segundo padrões objetivos cientificamente informados, sem interferência de considerações outras de qualquer natureza: o advogado do Estado decide e atua conforme sua ciência e sua consciência; segundo o Direito e sua convicção.

Por isso mesmo, as ações da advocacia de Estado, no exercício de suas funções, são *despolitizadas*. Não importa o conteúdo de conveniência e oportunidade das escolhas dos agentes políticos e administrativos, mas apenas a sua submissão à ordem jurídica.

Mas para que isso se dê, para que essa atuação repouse em exclusiva discricionariedade técnica e seja despolitizada, é necessário que haja *privatividade* das funções de advocacia do Estado. De outra forma, os agentes políticos e administrativos inconformados com o controle poderiam valer-se de serviços jurídicos avulsos, prestados por advogados privados, descompromissados com os interesses indisponíveis. A profissionalização da advocacia desses interesses é, por isso, princípio constitucional implícito que garante, por sua vez, os princípios substantivos que regem a administração pública e, mais além, o próprio Estado democrático de direito.

Finalmente, mas não com menor importância, o desempenho dos advogados de Estado, deve ser caracterizado pela *independência funcional.* Os órgãos da advocacia de Estado, tanto quanto os das demais advocacias públicas, o Ministério Público e a Defensoria Pública, são independentes nas suas funções técnicas, como funções essenciais à justiça que são, insuscetíveis de coação pela manipulação política de vencimentos, de transferência e por outros expedientes que visem influenciar-lhes as decisões. Não sendo órgãos dos poderes do Estado, situam-se à parte, entre este e a sociedade (Constituição, Título IV, Capítulo IV). Como entidades intermédias especiais, porque estão dotadas de poder estatal, do mesmo modo, por exemplo, que as autarquias corporativas, a Comissão de Valores Mobiliários e os serviços sociais autônomos, nelas coexistem a natureza estatal e a societal.

4. Evolução constitucional e conclusões

No quadro evolutivo que nos apresentam as federações, a advocacia de Estado vem assumindo importância crescente. Não são mais, apenas, órgãos de defesa dos *interesses públicos,* mas a elas cabe a zeladoria de *valores indisponíveis* na administração pública, bem como a de certos *interesses difusos* que também lhes são cometidos por lei e, no contexto federativo, incumbem-lhes a *proteção e defesa das próprias competências federativas* do ente a que servem.

A definição constitucional dos órgãos da advocacia de Estado no Brasil, encontrada nos artigos 131 (União) e 132 (Estado e Municípios) da Constituição, embora já registrando muito dessa evolução, ainda não é satisfatória para recobrimento das características estudadas. No processo de reforma constitucional em curso, a modernização do Es-

tado brasileiro não estaria completa sem a explicitação da função de *controle interno da legalidade da administração pública*, notadamente para zelar pela observância do artigo 37, *caput*, da Carta Magna, e pela afirmação das garantias de privatividade e independência funcionais. Isso contribuiria decisivamente para o robustecimento da federação e do Estado democrático de direito.

Essa função de zeladoria dos princípios da administração pública, bem como da fiel observância da partilha das competências federativas, poderia ainda ser mais eficientemente desempenhada se dispuser, em todos os níveis administrativos, de *regras procedimentais* bem definidas, inclusive contemplando o *controle simultâneo do desenrolar do processo*.

Do mesmo modo, a evolução e aperfeiçoamento da advocacia de Estado, com as características examinadas, garantem, em última análise, o direito do cidadão a uma administração efetiva e honesta.

O estadista Agamemnon Magalhães

JARBAS MARANHÃO

SUMÁRIO

1. Sua visão do Estado. 2. O Estado e a realidade contemporânea.

1. SUA VISÃO DO ESTADO

Foi, em seu tempo, um dos políticos e estadistas mais representativos. Não somente sua atuação parlamentar e administrativa como o seu pensamento político e doutrinário, manifestado em artigos de jornal, conferências e livros, como as suas brilhantes teses de concurso para as cátedras de Geografia no velho Ginásio Pernambucano e a de Direito Público e Constitucional na histórica Faculdade de Direito do Recife, são bastante expressivos, não só de seu valor intelectual, como das tendências de uma época das mais significativas da história pelas profundas transformações nos campos científico, cultural, econômico e político.

Em sua referida tese para a cátedra de Direito Público e Constitucional, intitulada *O Estado e a Realidade Contemporânea*, aborda todas as questões que agitaram e ainda agitam o mundo político, doutrinário e ideológico.

Fixa a sua definição do Estado, como força de integração e poder em luta para coordenar os fatos e atividades sociais, no sentido da harmonia coletiva; a angústia econômica e sua repercussão na política; a crise do poder; a revolução russa, o marxismo, o Estado soviético; a sindicalização em luta com o poder do Estado; o sindicato no Brasil; a representação profissional com sugestões para a solução do problema corporativo; o Estado corporativo fascista; o nazismo; os nacionalismos; o internacionalismo; o conceito de soberania; a interdependência econômica; a Federação; os sistemas pre-

Jarbas Maranhão foi Secretário de Estado, Deputado Constituinte em 1946, Senador, Professor de Direito Constitucional, Presidente do Tribunal de Contas de Pernambuco. É integrante da Academia Pernambucana de Letras.

sidencialista e parlamentarista; a democracia em luta com as tendências autoritárias; a Revolução Brasileira, como reação democrática.

E acrescenta em suas conclusões ser o Estado um poder em luta para integrar na ordem social os fatores novos, criados pelas transformações econômicas; que, como força de integração e coordenação, tem de estabelecer o equilíbrio indispensável à ordem social; que o fato econômico sempre esteve associado ao fato político; que o socialismo e a democracia, o nacionalismo e o internacionalismo, a ditadura de classe e a ditadura de partido, o fato econômico, sob múltiplos aspectos, sacodem o Estado em todas as direções, e que este, debatendo-se entre tendências e fatos os mais contraditórios, procura fixar as formas de uma nova organização de poder; que o Estado demoliberal, deixando a sociedade entregue à livre expansão do individualismo político e econômico, indiferente às desigualdades e injustiças sociais, originou o antagonismo de classes e o problema das massas, causa imediata da crise política, em que se debatem os povos de todos os continentes.

Volta-se contra o Estado abstencionista ou indiferente, como poder que tende a se desagregar pela ausência de finalidade social; e é – diz ainda – ao que assistimos no tumulto dos acontecimentos, desencadeados nesse longo e atormentado período pós-guerra.

Cita Pontes de Miranda:

> "O Estado neutro é o que se nega, na sua função principal, que é *a integração social*. O Estado contemporâneo tem de enfrentar o problema econômico, o problema étnico, o problema político, o problema jurídico, o problema cultural (científico e ético), o problema religioso ... E o Estado melhor, no momento, é o Estado socialista, liberal, democrático."

Agamemnon vai a fundo num problema angustiante e grita: há riqueza, há trigo acumulado; há *stocks* formidáveis de mercadorias, e em meio de tanta abundância o homem do século XX revive a tragédia de Tântalo. Tem fome ... Quer trabalhar, e as fábricas reduziram os dias de serviço, porque não há exportação para o excesso do que produzem. Que fazer?

E insiste: E a liberdade, a igualdade, a fraternidade, que a França proclamou em defesa do homem? Todos não nasceram livres e iguais?

E responde:

É a decepção tremenda que abate o Estado liberal, diante do clamor das massas que pedem trabalho e justiça social.

E adianta: a função social da propriedade, a defesa do trabalho, nas suas relações com o capital, são iniciativas que se impõem e que podem ser alcançadas por um conjunto de garantias jurídicas, decretadas com ponderação e equilíbrio... Integrando-se o Estado e a propriedade na sua finalidade social, teremos, pelo menos, prevenido as reformas radicais ou as destruições catastróficas.

Alude às palavras de Anibal Freire de que

> "a ação do Estado só tem de ser permanente na defesa do trabalho contra a exploração e as servidões incompatíveis com a dignidade humana, bem assim, por mais justa distribuição dos lucros, com a supressão gradual e sistemática dos elementos que concorrem para deter em mãos de poucos a massa da riqueza social".

Também Alberto Torres foi enfático:

> "...o individualismo, no arrancar ao Estado a direção dos interesses sociais e econômicos, bateu de encontro aos abusos de seu próprio princípio, substituindo o despotismo do Estado pelo despotismo do indivíduo e de grupos eventualmente mais fortes. O milionário, o sindicato capitalista, o truste, representam, hoje, a mesma influência e o mesmo poder de Felipe II e Colbert, das *chartered companies*".

Não se trata evidentemente de uma posição de liberalismo econômico, mas sim de democracia social, ou seja, de um regime que combine liberdade e justiça.

Daí ponderar o Dr. Agamemnon: o pensador brasileiro se fixa no sentido de uma democracia, desprendida do formalismo clássico, para integral coordenação dos fatos sociais mais atuantes.

Outra nota crítica de seu estudo é sobre a política armamentista e militar, como uma das mais desesperantes contradições do Estado liberal. E acresce:

A democracia imperialista extrema-se entre duas forças que a ameaçam destruir: de um lado, os exércitos permanentes armados com a técnica mais aperfeiçoada das máquinas de guerra; do outro, a legião dos sem-trabalho. São os dois *Molochs* que devoram os orçamentos e esgotam a capacidade tributária das nações.

Político combativo, firme na exposição e

defesa de suas idéias, orientações e pontos de vista, haveria de encontrar, como encontrou, adversários intransigentes que o acusaram das posições mais contraditórias: ora de homem de direita, ora de esquerdista radical.

Como que prevendo tais increpações, Agamemnon Magalhães observou em sua mencionada tese:

> "Não somos partidários do Estado totalitário, mas o Estado, como força de equilíbrio, em sua continuidade histórica, tem de intervir para coordenar todos os fatos que, em qualquer esfera social, operem modificação sensível nas relações de ordem coletiva.
>
> ...o Estado, como força de integração e coordenação, tem de estabelecer o equilíbrio indispensável à ordem social... Somos de parecer que nos cumpre aperfeiçoar os processos democráticos no sentido da solidariedade social, adotando um sistema, como o parlamentar, dentro do qual todas as reformas se poderão obter, progressivamente, de acordo com os movimentos de opinião e a ação dos fatos."

E como que resumindo seu pensamento:

> "A sociedade contemporânea não resulta do pacto de Locke, nem do contrato de Rousseau. Tem outra base. É a solidariedade imposta pela interdependência de todos os valores sociais... É o fenômeno da solidariedade social que dominará todas as construções políticas. Da luta do poder do Estado com os grupos formados na defesa dos interesses particularistas, com as classes que se diferenciaram no regime do capital, originando desigualdades e antagonismos, com as tendências opostas – nacionalismo e internacionalismo – surgirá um Estado novo, conciliando, pelo direito alicerçado na solidariedade, todas as forças em dissídio e assegurando a unidade dos fins sociais – a justiça e a paz universal."

Nesse trecho, desenvolvendo as idéias do Dr. Agamemnon, algumas vezes usei as suas próprias palavras, com o objetivo de deixar o mais nítido possível o seu pensamento, tendo em vista a precisão de seu estilo, incisivo e claro.

Estas palavras do saudoso homem público de Pernambuco, personalidade nacional e histórica, ressaltam como que a agudeza de sua visão da problemática contemporânea, numa autêntica radiografia das questões fundamentais e críticas de nosso tempo, de nosso século.

E delas pode-se deduzir que a verdadeira inclinação política de Agamemnon Magalhães é a de um regime ou de um Estado que, sob a inspiração do nobre princípio de justiça social, concretize os ideais democráticos, mediante a solidariedade entre os homens, as classes e as nações.

Foi esta sua orientação como parlamentar, priorizando as proposições de alcance e benemerência social.

Foi este seu comportamento na Constituinte de 1946, defendendo e inscrevendo no Texto Supremo que a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano; que a todos deve ser assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social; e o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.

Era, mais uma vez, a prova de sua preocupação constante com a sorte dos trabalhadores e das classes mais modestas.

Preocupou-o igualmente e muito a defesa da economia brasileira, da livre concorrência e o respeito aos consumidores, contra o assalto dos trustes, monopólios privados e cartéis.

Daí o artigo 148 da Carta de 1946, dispondo que a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a natureza , que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Ministro do Trabalho, deve-se a ele a fundação de grandes Institutos de Previdência e Assistência, destinados a garantir a seguridade social nos casos de velhice, doenças ou invalidez. Seguridade social que é um direito, uma conquista da democracia moderna.

No Governo de Pernambuco, uma das obras marcantes de sua administração foi a luta contra o mocambo, símbolo de graves desajustes – do desemprego, subemprego, doença, fome, miséria. Luta contra as habitações insalubres e pela construção de casas populares saudáveis,

com suas hortas e jardins.

Toda a conduta política que desenvolveu, bem como a doutrinação no jornal, no livro, nos comícios, na tribuna acadêmica ou parlamentar foram no sentido de aproximar o Estado e o povo. O povo nas suas necessidades e aspirações.

Disse muito bem o saudoso Nilo Pereira que ele conseguiu governar com o povo.

> "Tanto assim que, após a redemocratização do país, elegeu-se Deputado Federal e Governador de Pernambuco. Essa sua vitória eleitoral é um sinal evidente de que algo havia de importante para o povo no que ele fez e no que ele escreveu.
>
> O que se lhe podia increpar como falha – escreveu o saudoso professor da Faculdade de Direito do Recife, José Joaquim de Almeida – foi antes uma virtude do seu espírito formado e adestrado no conhecimento profundo das maiores e novas conquistas do Direito Político de que se fizera mestre cioso e respeitado. Era essa superior plasticidade com que, ante à coercibilidade do fato social e de suas transformações históricas, sabia se adaptar e , a seguir, se sobrepor... Superada essa fase da evolução social, ninguém o excedeu na pregação e demonstração exemplificativa de que a democracia não é só um bom regime de governo mas o melhor regime.
>
> E o melhor regime por substituir a vontade arbitrária dos governantes pela combinação dos três atributos que, ao assumir o governo constitucional não cessara de exaltar: *lei* como norma suprema da vida, *igualdade* no tratamento de todas as classes e *justiça*."

Por sua vez, o saudoso homem público Samuel Duarte, ex-presidente da Câmara dos Deputados, assinalou:

> "Vivendo intensamente como político não foi um servo da política no estilo corrente. Ao contrário, fez da política uma disciplina, uma influência submetida a seus ideais. Se por vezes se deixou arrastar na torrente de suas contradições, jamais deixou que se gastassem nesse atrito o fundo resistente, o lastro fundamental de sua concepção da vida e do mundo. Sua posição filosófica em face de certos problemas conservou-se inalterada: socialista teórico, combinando os Weeb com Laski, seu senso da realidade não rompia essa coerência, como ideológica, assinalada brilhantemente no capítulo Da Ordem Econômica e Social da Constituição de 1946.
>
> No governo constitucional ninguém mais devoto ao espírito democrático do regime. Era um homem de sistema. Fora da armadura constitucional, o instinto de justiça levara-o à ação direta contra privilégios nutridos no suor dos espoliados. Excessos houve em seu primeiro governo. Na raiz desses atos, que não foram freqüentes, não havia pensamento desonesto, mas impulsos de temperamento lutador..."

E Samuel conclui a sua análise:

> "No parlamento, o jurista acompanhou o homem de Estado, subordinando as construções teóricas à objetividade da política.
>
> ...Tendo do poder uma noção, por assim dizer, instrumental e não de fim em si mesmo, desprezava o que no poder é ornamental e supérfluo: sóbrio, incisivo, direto, claro, era esse seu estilo, discutindo, doutrinando ou agindo."

O saudoso líder pernambucano deu grandeza a nossa vida pública, como político e como administrador.

Homem de partido, a política o arrebatava, mas não a ponto de interferir no comportamento do administrador, sempre cuidadosamente austero e de exemplar dignidade.

Como foi observado, ele exerceu a função administrativa como uma verdadeira magistratura.

Colocava acima de tudo os interesses da coletividade, movido pelo seu vibrante espírito público.

Se tinha a paixão de administrar, era também muito grande o seu gosto pelo estudo das questões fundamentais, pelo cultivo da inteligência e, entre homens esclarecidos como, por exemplo, no ambiente ilustre da Câmara dos Deputados, sentia-se plenamente a vontade e satisfeito com o debate de idéias, orientações e pontos de vista.

Era a sua feição de intelectual centrado nos problemas cruciais do país e de seu tempo.

Combinava a emoção do espírito e da cultu-

ra ao fetichismo do bem comum e ao sentimento pelos humildes, pelos desamparados.

Sempre demonstrou uma elevada compreensão das necessidades e aspirações de nosso povo. Deixa uma lição de trabalho e devotamento à causa pública.

Esses são alguns traços do ideário e do procedimento político de Agamemnon Magalhães, personalidade carismática, que há de ficar em nossa história como um dos mais notáveis estadistas de sua época.

Pode haver encontrado resistências entre os poderosos, mas foi e há de ser sempre exaltado pelos humildes.

2. O Estado e a realidade contemporânea

Com a tese *O Estado e a Realidade Contemporânea*, Agamemnon Magalhães conquista, em 1934, a cátedra de *Direito Público e Constitucional* da histórica Faculdade de Direito do Recife.

Escreve no prefácio do livro:

> "Desde 1916, quando terminamos o curso acadêmico, que a nossa atividade se distribui entre o pretório e o parlamento.
>
> Advogado e político, o Estado e o Direito têm sido a grande emoção da nossa vida pública.
>
> Entraremos, pois, no concurso por vocação e por dever. Dever para com a nossa geração e para com a própria Faculdade de Direito, patrimônio irrecusável da civilização brasileira.
>
> Somos nós, os seus discípulos, os depositários das tradições culturais da histórica Escola do Recife. E, como depositários fiéis devemos lhe preservar a fama pelo estudo e pelo ensino.
>
> O nosso trabalho representa também um esforço votivo: homenagem à memória dos mestres desaparecidos e aos quais devemos a nossa iniciação jurídica."

Nesta importante obra de direito público e ciência política há muitos trechos apropriados para o momento histórico que estamos vivendo. Vejamos algumas frases significativas.

> "A democracia moderna é essencialmente representativa... mas a extensão do sufrágio e o exercício do voto não dependem unicamente das leis, resultam da educação do povo, da sua instrução e cultura cívica ... A educação, pois, é a grande força da democracia, e não se processa somente nas escolas, mas por meio da propaganda ou da ação pública dos partidos... Aos partidos, como aos governos, cabe na hora atual a tarefa patriótica de realizar a democracia, pela prática sincera de seus postulados. A virtude, como já entendiam os gregos, é a alma, o espírito, a expressão da democracia. Sem sinceridade, todas as instituições democráticas não terão vida política... Pela ausência de sinceridade é que a democracia vai se transformando em um verdadeiro regime de irresponsabilidade política ou funcional ... Daí as descrenças e decepções que vão gerando em toda parte o ceticismo político, um dos males mais sombrios do nosso tempo."

É como se estivesse escrevendo para os dias de hoje, em que a crise ética afeta fortemente as instituições políticas.

Mas transcrevamos outros textos que não deixam de refletir as realidades de nossa época.

> "O problema mais instante da democracia no mundo contemporâneo é o poder das massas. E aqui, encontramos o fato econômico em relação com a ordem política, exigindo soluções urgentes... Sente-se a necessidade de outra orientação, de um novo apostolado pela democracia... A função social da propriedade, a defesa do trabalho nas suas relações com o capital, são iniciativas que se impõem e que podem ser alcançadas por um conjunto de garantias jurídicas, decretadas com ponderação e equilíbrio... Integrando-se o Estado e a propriedade na sua finalidade social, teremos, pelo menos, prevenido as reformas radicais ou as destruições catastróficas... Desde que a democracia conquiste as massas pela assistência ao trabalho e por um sistema jurídico de proteção contra as desigualdades e as injustiças sociais, terá vencido todas as ideologias que lhe são contrárias."

Declara:

> "Não somos partidários do Estado totalitário... mas o Estado, como força de integração e coordenação, tem de estabelecer o equilíbrio indispensável à ordem social... As soluções particularistas ou radicais geram a opressão."

O juiz José de Castro Meira, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em artigo para o *Diário de Pernambuco*, de 20 de novembro de 1993, refere alguns temas da tese de Agamemnon, como, por exemplo, o do sindicalismo:

> "Diante de fatos, que por sua influência na vida coletiva, iam se afirmando em núcleos de desagregação e luta contra o poder, o Estado, em defesa da própria autoridade, ordenou os grupos profissionais, transformando-os em meios de governo. O dilema que se apresentava era o seguinte: ou o Estado incorporava o sindicato nas suas funções, ou este agrupamento de autodefesa social o destruiria...
>
> Conjunto de relações que não mais poderia ser classificado dentro do Direito Civil, mas dentro do conceito de direito social...uma nova ordem de relações a ser coordenada pelo Estado que exerce assim a sua função específica de disciplina e integração das forças sociais, por meio do direito."

Aludindo à atividade conciliadora desempenhada pelas organizações sindicais, o mencionado articulista lembra outro trecho da tese em que Agamemnon Magalhães aponta o diploma que instituiu as comissões mistas de conciliação e que regulou os sindicatos operários e patronais como "órgãos consultivos e técnicos de colaboração com o poder público, por meio de conselhos mistos e permanentes de conciliação e julgamento, na aplicação das leis que regulam os meios de dirimir os conflitos suscitados entre patrões e operários ou empregados".

Comenta: vê-se aí o germe da grande instituição que viria a ser a Justiça do Trabalho, pois o notável estadista percebera que o sistema judiciário de então não estava aparelhado para solucionar os conflitos entre o capital e o trabalho.

Também o grande líder confiava na vitória da democracia contra as ideologias que a combatiam, desde que conquistasse as massas pela assistência ao trabalho e por um sistema jurídico de proteção contra as desigualdades e as injustiças sociais.

E José de Castro e Meira finaliza:

> "Do exame dessas idéias, podemos concluir que, se a militância política não o houvesse absorvido quase inteiramente, teria sido uma das grandes expressões da ciência política e do direito público brasileiro, graças à lucidez com que analisou a sociedade brasileira do seu tempo."

Da mesma forma o Professor Gláucio Veiga em dois artigos para o *Diário de Pernambuco*, de 18 e 19 de novembro de 1993, estuda não só a tese, como também a personalidade do saudoso político pernambucano.

Começa por dizer que o livro revela em Agamemnon cultura jurídica e intimidade com os juristas da época e anota algumas de suas sentenças:

> "Não é possível separar a vida econômica da vida política,
>
> O Estado demoliberal, indiferente a desigualdades e injustiças sociais, originou o antagonismo de classes e o problema das massas.
>
> O socialismo e a democracia, o nacionalismo e o internacionalismo, a ditadura de classe e de partido sacodem o Estado em todas as direções.
>
> O Estado abstencionista ou indiferente é poder que tende a se desagregar pela ausência de finalidade social.
>
> Somos de parecer que nos cumpre aperfeiçoar os processos democráticos no sentido da solidariedade social, adotando um sistema como o parlamentarismo... reformas progressivas, a função social da propriedade..."

Ressalta, em seguida, que:

> "como homem de cultura, Agamemnon não acreditava nas ditaduras, salvo como terapia transitória, tipo primeiros socorros e de urgência"; que, "homem de honestidade excepcional... de honestidade ímpar, sempre pobre, de mãos limpas... autêntico líder... armado de cultura jurídica e conhecedor das miudezas da problemática de Pernambuco, ... restanos homenagear o estadista cem anos decorridos do nascimento de Agamemnon.

Diz, ainda, de seu carisma, advindo da autoridade moral, de um governante forte, que administrava com austeridade, usando o poder com bastante energia "com que caçava os corruptos."

Não foi por outro motivo que o professor universitário e juiz do Tribunal Regional do Trabalho, da 6ª Região, Francisco Solano de Godoy Magalhães observou em artigo para o *Diá-*

rio de Pernambuco, de 27 de novembro de 1993, que sendo a administração pública um complexo de atividades desenvolvidas pelo Estado para o cuidado dos interesses coletivos em sua própria ordem jurídica e para alcançarem os seus fins essenciais, "para Agamemnon Magalhães, os interesses do Estado são todos necessidades próprias e inerentes ao bem comum do povo, que a segurança interna exige que dela o Administrador cuide para a obtenção da paz social."

Crime político

LUIZ DE LIMA STEFANINI

SUMÁRIO

1. Generalidades. 2. Antecedentes históricos. 3. A atividade política e a tipicidade penal. 4. Os Tribunais Superiores e a jurisprudência em matéria penal política. 5. Conclusões.

"Soll er strafen, soll er Schonen, Muss er Menschen menschlich sehen"."Quer se tenha de punir, quer de absolver, é preciso ver sempre os homens humanamente".
Goethe

1. GENERALIDADES

Na topografia do nosso viver institucional é possível identificar alguns relevos com existências próprias e sistemas gravitacionais independentes no torvelinho do relacionamento temporal da *humana vita*.

Uma primeira saliência deste relevo é representada pela *sociedade (societas humanarum*), como fato aglutinante de todas as pessoas que compartilham dessa singular existência tópica. Uma segunda constatação ontológica conduz à identificação do *Estado* como um conjunto edificado, sistemático, com vínculos típicos e ideologia publicística, gerido por um grupo transitório no poder. Um último panorama é constituído por incomensuráveis pontos, ideologicamente independentes entre si, que compõem um *corpo privado*, individualista, voltado para si mesmo, sem nenhum compromisso com o Estado ou com a sociedade.

Estas três entidades têm mecanismos de defesa também institucionalizados, quais sejam, o Ministério Público (federal e estadual), a Advocacia ou a Procuradoria (União e Estados) e, no âmbito dos direitos individuais, a Defesa Privada dos interesses.

Luiz de Lima Stefanini é Procurador Regional da República.

Evidentemente, o Direito Público tutelando, por um lado, os fatos e interesses da sociedade e, por outro, do Estado, *realidades fenomênicas estas que não se confundem*, posiciona-se lindeiro com o Direito Privado, o qual se põe a serviço do indivíduo, agente de seu próprio e finalístico universo.

Nesta investigação sumaríssima, quero eclipsar essa última realidade – do Direito Privado – para centralizar as considerações nestes dois pêndulos publicísticos: da sociedade e do Estado.

Com efeito, genericamente, podemos considerar, e apenas para fins pragmáticos, que a política respeita, em seu vértice, valores e interesses sociais e o crime pertine a tipos de lesividade social, institucional (organizacional) e da personalidade. Estes últimos conhecidos pelos antigos romanos como *delicta privata*.

Lamentavelmente, e este é um fenômeno observado não apenas no Brasil, percebemos que neste final de século o movimento e a conduta do próprio Estado no envolver com a coisa pública têm se chocado, não raramente, com as fibras sociais e seus valores necessários.

Por seu turno, o crime político, é útil lembrar também, no plano da *praxis*, é envolvido por uma força arquetipal, uma espécie de *tû-tû*, como se expressava Alf Ross,[1] que distingue o criminoso e intimida os jurisdicentes e os penalistas, passando estes em seus estudos quase sempre numa distância prudente destes fenômenos.

2. Antecedentes históricos

O Direito Romano conheceu a diferença entre os atos lesivos em face dos bens atingidos. Neste assentamento separava com nitidez as ações em duas categorias distintas: o delito público (*crimina*); o delito privado (*delictum vel maleficium*).

O *delicta privata* (*delictum*) e o *crimen* representavam em suas manifestações uma origem histórica diversa que foi se sedimentando ao longo da República e do Império.

O d*elictum*, ensina Biondo Biondi, sempre traduziu uma lesão ao indivíduo (*persona*) e todos os seus efeitos vão se exaurir na órbita privada – *obligatio*; enquanto o *crimen* lesava um interesse de caráter geral. A repressão destes últimos ilícitos partia da sociedade como organização social e irrogava uma pena corporal ou ainda pecuniária, a qual todavia não beneficiava a pessoa lesada.[2] Uma, é de se lembrar também, não excluía a outra (C. 9,31,1).

O delito público, segundo Arangio-Ruiz, significava a infração lesiva à ordem social, que feria a *civitas*.[3] Daí a gravidade destes ilícitos em confronto com *delicta privata*.

Os infratores eram levados primeiramente a um comício qualificado que encaminhava a um júri previamente eleito para julgar estes casos. Estes juízes, posto que passaram a se constituir em caráter permanente – e não dissolvido após o julgamento –, receberam a designação de juízes de *quaestiones perpetuae*. Deles resultava sempre uma *poena publica* corporal: morte, *interdictio aquae et ignis*, multa ao erário etc.

Esses Tribunais tiveram início, aponta o professor Silvio Meira, com a Lei *Calpurnia Repetundarum* contra as concussões no ano 605 u.a.c.[4] Portanto, a concussão parece ter sido um dos avoengos crimes conhecidos pela sociedade romana.

Os delitos públicos registrados pelo Direito Público Romano são o *perduellio* (conduta que tipificava traição a Roma), o*parricidium*(homicídio em que a vítima era cidadão livre), o falso testemunho, o *incensio*, e o roubo de plantações à noite. Este último reflete bem os valores de uma sociedade ainda com vocação agrária.

Os delitos privados são quatro: *furtum*, *bonorum raptorum*, *iniuria*, *damnum iniuria datum* (conforme texto explícito nas *Institutas*, IV, I).[5]

---

[1] *TÛ-TÛ*. Tradução espanhola de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

[2] *Instituzioni di Diritto Romano*, Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1972, p. 380. Confira, ainda, em E. Didier-Pailhé: "Autrement dit, les délits et quasi-délits dont l'étude s'ouvre em ce moment sont de l'ordre privé; on les appelle *delicta privata*. Une différence profonde les sépare d'autres faits illicites qui forment l'objet du droit criminel; ces derniers, appelés en général 'crimina', donnent lieu à des poursuites intentées suivant une procédure spéciale, devant des juridictions à part, et dont les résultats, peines corporelles ou autres, ne profitent pas à la partie lesée". (*Cours Élémentaire de Droit Romain*", Paris: L. Larose, 1881, p. 474-475.

[3] *Instituzioni di Diritto Romano.* Napoli: Casa Editrice Dott. Eugene Jovene, 1978, p. 364.

[4] *Instituições de Direito Romano.* São Paulo: Max Limonad s/d, p. 330.

[5] *Corpus Iuris Civilis*, volumen primum, Institutiones, Paulus Krueger, INST. IV, I, Weidmann, Dublin/Zürich, 1972.

Nas palavras do antigo mestre da Universidade de Roma, o *delictum*, do qual derivava a *obligatio ex delicto* era certamente "l'obligatione strettamente personale che vincola 1'offenso verso 1'offensore, costringendolo a subire la pena pecuniaria".[6]

Os delitos públicos, neste apanhado histórico, estão embaralhados entre os que ofendiam à Roma ou ao *populus* romano. Explica-se este fato pela não distinção entre o Estado e o próprio rei; o chefe de governo e o imperador; o Senado e o patriciado romano (bem como os demais *cives*).

Dentre os crimes sujeitos aos juízos públicos, citados por Justiniano, o da *Lex Iulia Maiestatis*, *Lex Iulia de adulteriis* (adultério, homossexualismo, estupro), *Lex Cornelia de sicariis*, *Lex Pompeia de parricidius*, *Lex Cornelia de falsis*, *Lex Iulia de vi publica seu privata*, *Lex Iulia peculatus*, *Lex Fabia de plagiariis*, *Lex Iulia ambitus*, *Lex Iulia repetundarum*, *Lex Iulia de annona et Lex Iulia de residuis* (J.4, 18, 3, *usque* J.4, 18, 7), apenas o primeiro, de lesa-majestade, "quae in eos, qui contra imperatorem vel rem publicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit" (J.4, 18, 3), e a violência pública armada ou sem armas poderiam configurar, talvez, o nosso crime político. Os demais, o peculato, a falsificação, o plágio, suborno, concussão, as victualhas, os alcances ou apropriações indébitas, são, segundo nosso critério, crimes contra a coisa pública.

Observe-se, ainda, que com a evolução histórica ampliou-se o campo dos delitos públicos, "tanto assim que, ao tempo do Império, muitos delitos, que antes eram considerados privados, passaram a ser considerados como públicos. Cabia à parte lesada escolher: a reparação civil, com a obtenção da *poena* pecuniária ou o processo criminal, para aplicação da penalidade. *Civiliter, pecuniariter agere* ou *criminaliter agere* (D. 47.1, de priv. delict., Ulpiano 3, D.47.2, de furt 92, Ulpiano)".[7]

Quanto ao processo e jurisdição, em face destes delitos, é de se observar ainda que o *crimen*, que a princípio dependia da procedidura dos comícios, no último século da República teve essas atribuições judiciais alteradas com o surgimento do júri permanente indicado ou exercido pelo Senado ou pelo Imperador. Sob o império, ensina Gaudemet, "ces jurys persistèrent quelque temps. Mais la juridiction criminelle passa en fait au Sénat et à l'empereur (ou à ses fonctionnaires). Dans ce domaine également les assemblées n'eurent plus de rôle à jouer".[8]

No Direito Medievo, com a formação das nacionalidades, podemos vislumbrar sinais demarcadores dos prolegômenos típicos do crime político, mas foi, seguramente, a partir das primeiras distinções entre a Nação e o Estado, com o jusnaturalismo, que os delitos contra a sociedade começaram a delinear-se, em progressão, até os nossos dias.

Escreve o cientista político que, "com o declínio e dissolução do corporativismo medievo e conseqüente advento da burguesia, instaura-se no pensamento político do ocidente, do ponto de vista histórico e sociológico, o dualismo Sociedade-Estado".[9]

As linhas precisas dessa separação, todavia, no campo das ciências sociais, não se encontram ainda satisfatoriamente demarcadas.

3. A ATIVIDADE POLÍTICA E A TIPICIDADE PENAL

A) A ATIVIDADE POLÍTICA

A noção de ato político, para a ciência jurídica, traz alguma dificuldade em face da imprecisão técnica reinante nos estudos em referência.

Ao abordarem o tema em exame, os especialistas na dogmática política, em sua generalidade, ligam a idéia de política à de Governo ou Poder, isto é, à manifestação do Estado (cf. Meynaud, Gettel, Herman Finer).[10]

Mas, e apenas para usar uma velha linguagem tomista, a atividade política é uma potência, uma dinâmica, que visa proporcionar uma vida comunitária – nacional – mais justa, próspera, feliz, dentre outros valores. O exercício do poder, em si, por governantes, ao contrário, tem como objeto as *res publica*, ou seja, as coisas e funções do Estado. Certamente o Governo não se envolve com preocupação de matiz filosófico do que seja justo, benéfico ou feliz para a sociedade como uma meta identificável. A dinâmica do gover-

[6] ARANGIO-Ruiz, *op. cit.*, p. 364.

[7] MEIRA, Silvio, *op. cit.*, p. 328.

[8] GAUDEMET, Jean. "Institutions de l'Antiquité", Paris: Sirey, 1967, p. 487. Confira ainda em Montesquieu, *O Espírito das Leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 193 e ss.

[9] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1967, p. 28.

[10] *Apud* Themístocles Brandão Cavalcanti: *Introdução à Ciência Política*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969, p. 15.

nar se exaure em si mesma. O Estado cuida, ou presume-se cuidar, do que lhe compe-te: administrar – governar – interesses.[11] Elucubrações e descortinos de teleologia social ficam como germinais para os entes da sociedade e suas dialéticas internas.[12]

O ato político, e como tal objeto da ciência política, viceja nos "temas e reconstrução social, de diagnose e interpretação dos momentos críticos da democracia, de análise dos conceitos políticos, de estimativas acerca de planificações, da liberdade e do poder", na concepção de Mannheim.[13]

Portanto, penso haver distinção entre ato político e ato público. O primeiro diz respeito a manifestação da vontade direcionada a alteração ou negativa dos bens que envolvem a sociedade descaracterizando-a conforme se apresenta – *status quo*; o ato público é a manifestação da vontade do Estado direcionado à gestão da coisa pública.

B) A TIPICIDADE PENAL POLÍTICA

Após assentar que o crime político é uma espécie do gênero crime, J. Cretella Júnior conclui que este delito é a "infração que atinge a organização do Estado, como um todo, minando os fundamentos dos poderes públicos constituídos, como a conspiração, o atentado contra a segurança do Estado, a fraude eleitoral".[14]

O bem jurídico, na óptica do professor paulista, é a organização do Estado, vale dizer, as instituições pelas quais o Estado se vivifica, suas formas, modos e sistema dinâmico.

Esta formulação mostra uma face sintomática da natureza do crime político.

A despeito disso, é de se lembrar que a organização do Estado e o Estado em si *são uma só realidade*, o que vale dizer que o crime político, por outras palavras, seria aquele praticado contra o Estado, sujeito passivo da ação delitiva. Conseqüentemente esta concepção é arremessada ao juízo ordinário do crime contra bens públicos: administração, serviços, estatutos, autarquias, bens materiais, imateriais etc. Perfaz-se, a meu ver, uma diluição e comistura de substâncias teleológicas.

As informações, neste diapasão, pecam pela amplitude e vaguidade.

O jurista Basileu Garcia, também da USP, de inesquecível ensinamento, limita o conceito de delito político àqueles que atingem o Estado "na sua organização política".[15]

Como pequena variante da lição anterior, este conceito ainda não satisfaz, porquanto demanda definições ausentes, qual seja, perante o Direito, a semântica da expressão "política". Isto porque a locução "organização política" não atende a uma vocação intrínseca técnico-jurídica, mas demanda conjectura conceitual prévia e tem sentido em meio a pressupostos da ciência sociológica ou da dogmática científica da política, vale dizer, metajurídica.

Ainda no que concerne a essa intrincada questão da tipicidade penal política, gize-se a doutrina do publicista Anibal Bruno quando classifica, em sua sempre consultada obra, os crimes políticos em duas espécies:"crimes políticos próprios – os que ofendem a organização política do Estado; crimes políticos impróprios – os que aco-

---

[11] De sua luminosa ciência ensina Gustav Radbruch sobre o governar e os partidos políticos no poder: "O conceito de 'partido' encerra em si uma contradição curiosa. Partido quer dizer o mesmo que parte, ou fração dum todo; e contudo é da essência dessa 'parte' o aspirar a dominar a vida do Estado. Por outro lado, se o partido deixa de ser apenas 'parte' e se transforma no 'todo', corre o perigo de se converter na pior de todas as formas de despotismo.... É indubitável que o cidadão costuma pensar só dentro *dum único* partido, que é naturalmente o *seu*. Mas o homem de Estado é que não pode pensar só pela cabeça dum partido. Tem de pensar *por partes* adotando a visão de vários, porquanto apenas através da pluralidade e riqueza das diferentes e entre si contraditórias exigências dos partidos pode o espírito coletivo achar a sua genuína e completa expressão. Todo o partido carece doutro partido para achar um *equilíbrio*, sob pena de recairmos em todos os perigos de um *partido único*" (*Filosofia do Direito*, trad. port. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado editor, 1974, apêndice III, fls. 419).

[12] Ataliba Nogueira, em contrário a este entendimento, em sua famosa monografia *O Estado é meio e não fim* proclama que cabe ao Estado a prosperidade pública que consiste "no complexo das condições requeridas para que todos os homens, individualmente ou em grupos sociais, possam, na medida do possível, atingir livremente e pela própria atividade a sua felicidade terrena" (*O Estado é meio e não fim*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1955, p. 120). A Constituição Federal, em seu art. 3°, prestigia valores sociais sob a maquiagem de objetivo da República.

[13] Citado por Paulo Benevides, *Ciência Política*, op. cit., p. 23.

[14] *Comentários à Constituição 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1992, v. IV, p. 3.167.

[15] *Instituições de Direito Penal*, 2. ed., São Paulo: Max Limonad, v.1, tomo I, p. 207.

metem um direito político do cidadão. E, ainda, crimes políticos puros, os que têm exclusivamente caráter político, e crimes políticos relativos, compreendendo os complexos ou mistos, os que ofendem ao mesmo tempo um direito político e um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal comum e os crimes comuns conexos e crimes políticos".[16]

Tal calidoscópio de condutas e objetos, de abrangência ampla, vulnera qualquer conceito razoável de crime político.

Os crimes de lesa-humanidade, como o crime de genocídio, o crime contra a paz, que foram julgados pela primeira vez nos tribunais de Nuremberg (1945) e de Tóquio (1946), conquanto existem notícias históricas de ocorrência já na Grécia antiga[17], não eram reconhecidos pelos Direitos nacionais e pelo Direito Internacional como crimes sujeitos à jurisdição.

Estes crimes que feriam nuclearmente a sociedade, perpetrados por motivos políticos, julgados, a princípio, por juízes especiais e em contexto de pós-guerra, tiveram, em face especialmente da "Convenção para a prevenção e sanção do delito de genocídio" (adotado pela Assembléia Geral da ONU de 9 de dezembro de 1948), o*status* de crimes de jurisdição permanente.[18] No Brasil essa orientação das Nações Unidas resultou na promulgação da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, que veio, entre nós, a definir e punir o genocídio com pena de até 30 anos:

> "Art. 1º Quem, com intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:"

E arremata, em seu art. 6º, que os crimes de que trata esta lei não serão considerados crimes políticos para efeitos de extradição.

Por sua vez a Lei nº 5.250, de 9.2.67, que dispõe também sobre o crime político de propaganda de guerra, de subversão da ordem política e social, ou preconceito de raça ou classe, tutela, da mesma forma, a paz no seio da sociedade.

Quero crer que a tipicidade do crime político possui sinais característicos e tem matizes que permitem identificá-lo sem necessidade de próteses analíticas.

A primeira tarefa é selecionar em unidades necessárias qual a singularidade do sujeito ativo, meios e o *bem jurídico tutelado* por este Direito Penal Político. Algumas demarcações já foram registradas anteriormente, relembrando apenas a cátedra de Bettiol quando pontifica que "o valor tutelado por uma norma é certamente um valor jurídico enquanto entra em contato com o mundo do Direito, mas isto não significa que, fora desta relação, tenha também um significado próprio: antes de ser um valor jurídico é um *valor social*, que decorre da ordem imanente na realidade das coisas".[19]

O sujeito ativo do crime político pode ser qualquer pessoa, servidor público ou não, profissional da política ou agente da atividade privada. Os meios, em tese, são os mais variados e indeterminados possíveis desde que aptos a lesar o bem social.

Certo é que a natureza jurídica em face do objeto torna-se imprescindível para inserir alguma certeza na perquirição científica. Volto a repetir, para não se perder o pressuposto, que o ato político não diz respeito ao Estado como foi mencionado em um passo atrás, este como sujeito passivo da ação, mas sim aos esteios nucleares da sociedade. O ato "político" vinculado ao governo e direcionado (tendo este como objeto) ao serviço público do Estado (pessoa jurídica de direito público interno), seja relativo à organização, gestão, modificação etc. da coisa pública, será sempre um ato público de comando ou decisão administrativa, não político.

O ato político tem uma clientela própria e inconfundível: a sociedade estratificada em valores, independente do Estado. É exatamente por isso a justificação da idéia da separação dos Poderes, especialmente para que o Estado-Governo não se confunda com o Estado-Juiz (ideal de justiça) e o Estado-Legislador (ideal da sociedade).[20]

[16] *Direito Penal*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. 1, tomo 2.

[17] MARIDAKIS, G., Un précédent du procès de Nuremberg tiré de l'historie de la Grèce ancienne". *Revue Hellénique de droit international*, 5ème, année nº 1 et 2 (1952) p. 1 a 16.

[18] *Derechos Humanos*, Nueva York: Erica – Irene A. Daes, comp., Nações Unidas, 1990, p. 6 e ss.

[19] BETTIOL, Giuseppe, *Diritto Penale*. Trad. brasileira por Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. 2. ed. São Paulo: R.T., 1977, v. 1, p. 90.

[20] Explica-se, também, por este fato, que todo ato legislativo é político e, em conseqüência disto quando o legislador conscientemente contraria a vontade popular seu ato é materialmente ilegítimo, e deveria se sujeitar, *de lege ferenda*, a investigação parlamentar para o fim de nulidade ou desvio de mandato em face, no mínimo, da orientação filosófica partidária da agremiação política. Outrossim, é *incompatível*, indubitavelmente, com o mandato popular a votação secreta nas Casas Legislativas. A respeito dessa ilegitimidade escreve Rudolf Stammler:"Pero como una parte de la voluntad humana, el Derecho no puede perder todo contacto con la voluntad en general. Los que sobre él laboran tienen el deber de restituirle a la totalidad del mundo de los fines". Cita ainda o professor da Univer-

Numa visão didática e primária poderíamos ordenar os bens jurídicos, exclusivamente em face do Direito Penal, segundo o esquema tríduo: 1º) os crimes contra o Estado e sua organização positiva. Apresentar-se-iam como bens jurídicos a serem protegidos os bens institucionalizados na coisa pública; 2º) os crimes contra o indivíduo, associações e seus interesses privados, cuja proteção convola os bens da personalidade; 3º) os crimes contra a sociedade e seus valores fundamentantes consubstanciados na proteção dos bens de natureza social.

Esta ordenação apresentada, e em especial o que nos interessa de perto, o compartimento dos crimes que ofendem os bens da sociedade, entre os quais se insere o delito político, contraria, conforme é de curial percepção, toda a teoria clássica sobre a matéria.

A doutrina atual está estabelecida, e com algum recuo histórico, no que pertine ao conceito de crime político e sua natureza jurídica, na relação *estatizadora*, ou seja, a conduta do agente em face do Estado como Poder. Daí a configuração enfática de Carrara no sentido de excluir este delito do quadro geral da criminalidade e que, para nós, lembra a imagem de transfigurar o crime político como o "patinho feio" do Direito Penal.

Decorrem, também, desse atrelamento ao Estado as tradicionais teorias chamadas de *objetivas* – crimes que atentam contra o Estado; *subjetivas* – crimes que tenham motivação política de comprometimento do Poder do Estado; *mistas* – crimes que tenham os dois componentes anteriores.[21]

Bens de natureza social, entendemos, em sua essência, seriam aqueles que dizem respeito a valores fundamentais da sociedade e, como tal, inalienáveis: direito a um Poder constituído conforme a livre vontade popular;[22] a ter representantes probos e procuradores dos interesses sociais; a ter plena liberdade de manifestação do pensamento sem lesar o direito alheio;[23] a ter direito a uma sociedade justa na distribuição dos bens e valores sociais, sem exploração de quaisquer entes ou poderes, inclusive do Estado etc. Alguns destes bens jurídicos foram consagrados de uma forma genérica pela atual Constituição Federal (arts. 1º, 3º, 4º, entre outros).

O bem jurídico tutelado na órbita do Direito Penal Político – crime político – é o complexo destes valores da sociedade e suas necessidades fundamentais *de ser como é*, protegido pelo Direito Positivo. Toda ação que tenha por objetivo negar, alterar, violar esta sistemática vigente é um ato político e quando tipificado subsume-se ao delito político.

Consideremos apenas um exemplo:

O deputado que para votar favoravelmente a um projeto de lei exigisse de uma determinada comunidade, que em tese se beneficiaria da norma, um percentual em dinheiro, indubitavelmente estaria cometendo um delito político. No caso, o crime de concussão política, não obstante o dispositivo seja omisso quanto ao emprego do fruto do delito. Prescreve o Código Penal em seu art. 316, *verbis*:

> "Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida".

O bem jurídico contundido pelo agente é o da *probidade* representativa ou pública, que é exigida pela sociedade (mandante). O crime assemelhado, ordinário, *v.g*. praticado pelo particular em detrimento do serviço público, não político, por sua vez, atinge, como vimos, o bem jurídico da personalidade ou a coisa pública, (como no exemplo lembrado), ao contrário do crime político que lesa bens sociais.

---

sidade de Berlim para corroborar este anátema, a parábola bíblica segundo a qual "o ramo não pode dar fruto por si mesmo se não permanece na videira", inserto no Evangelio S. João, 15,4 (*Tratado de Filosofia del Derecho*, trad. W. Roces, México: Editora Nacional, 1980, p. 241). A respeito ainda do divórcio entre a conduta do legislador e a vontade popular, a qual foi traduzida com desencanto pelo Presidente João Figueiredo na proclamação "o povo brasileiro não merece os políticos que tem", é de se fazer remissão às ponderações de Geraldo Brindeiro quando afirma: "além disso, se os partidos políticos são indispensáveis numa democracia representativa – como ensina Duverger – não é possível continuar a chamada "dança dos partidos" em que os representantes do povo traem a confiança do eleitorado e violam a legítima expressão da vontade popular manifestada através do voto na legenda" (Geraldo Brindeiro, O Futuro da Democracia Brasileira, *Revista da Procuradoria Geral da República*, São Paulo: RT, n. 6, p. 141). O mais triste e lamentável registro desta violação da "legítima expressão da vontade popular" ocorreu, inimbargavelmente, no episódio inesquecível "das diretas-já", em 1985.

[21] Sobre esta teoria *vide* a monografia de Carlos Augusto Conedo Gonçalves da Silva, *Crimes Políticos*, Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 55 e ss.

[22] Delitos contra o exercício autêntico da vontade eletiva social; fraude eleitoral que vicia a manifestação da sociedade (*v.g.* arts. 289 e 354 do Código Eleitoral).

[23] O representante ou agente do Estado, *v.g.*, comete o crime político nas hipóteses do art. 3º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, cujos direitos integram bens sociais essenciais e intangíveis.

Com efeito, o crime político, conforme a descrição prescrita em lei, é uma espécie de delito que diz respeito aos valores da sociedade protegidos pelo direito positivo. Podem ter seu tipo penal inserido, como visto, dentro do crime ordinário, mas dele é distinto pelo bem jurídico atingido.

Colocadas estas premissas, podemos distinguir os delitos políticos em quatro categorias fundamentais: 1ª) os que ofendem a vida, a integridade física, e a condição natural de vida da sociedade pela lesão a seus membros ou de uma parcela dela: delito de genocídio, grupos de extermínio ou sonegadores de direitos de comunidades religiosas, raciais etc.; 2ª) os que ofendem a paz (segurança) social: delitos de subversão armada ou dissimulada, levante social contra os direitos civis, insubordinação, terrorismo etc.; 3ª) os que ofendem valores subjetivos sociais (moral e probidade): abuso e tráfego de poder político, influência e desvio do prestígio econômico e social em detrimento da sociedade etc.; 4ª) os que ofendem a liberdade autêntica da sociedade na escolha de mandatários políticos: fraude eleitoral, compra de votos etc.

Garofalo designa os delitos não políticos de *delitos naturais*, enfatizando sua natureza dotada de autenticidade, prevalência e originalidade em confronto com o crime político que é tido como de cunho artificial.[24]

4. Os Tribunais Superiores e a Jurisprudência em matéria penal política

A Constituição Federal dedica o Capítulo IV, do Título II, à epígrafe "Dos Direitos Políticos", e neste dispõe sobre a soberania popular e sobre os partidos políticos.

Todavia, é no art. 15[25] que traz, para o Direito Penal Político, um dos mais importantes comandos do estatuto constitucional relativo ao direito de ser votado. Dispõe a Carta Magna:

> "Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
>
> I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
>
> II – incapacidade civil absoluta;
>
> III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;
>
> IV – recusa de cumprir obrigações a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;
>
> V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º".

Com efeito, a condenação criminal, transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, determinará a perda ou suspensão dos direitos políticos, que em última análise implicam, ambas as penalidades, cassação da capacidade eleitoral passiva. Na hipótese do inciso III trata-se, evidentemente, de suspensão. Não há especificação quanto à pena criminal imposta significando toda e qualquer condenação e mais, conforme consigna Celso Ribeiro Bastos:

> "a perda momentânea, decorrente do inciso comentado, deflui da própria sentença transitada em julgado, ainda que omisso o decisório judicial a respeito".[26]

Não obstante a clareza solar e a perfeição do comando constitucional, o Tribunal Superior Eleitoral, em decisão de 4.8.94, posicionou-se no sentido de que:

> "*Ementa*. Direitos Políticos. Suspensão. Condenação Criminal. Constituição Federal. Auto-aplicação. Não é auto-aplicável o preceito constitucional do art. 15, III, que depende de lei específica a indicar as hipóteses em que ocorre a suspensão dos direitos políticos em razão de condenação criminal transitada em julgado.
>
> Recurso não conhecido. Por maioria de votos. Relator Ministro Cid Flaquer Scartezzini".

Outros acórdãos se seguiram nesta mesma

[24] GAROFALO, R.: *Criminologia*. Trad. Julio de Mattos. Lisboa: A.M. Teixeira, 1916, p. 64.

[25] Este artigo 15 da Constituição vigente tem precursores no art. 144 da Carta de 24 de janeiro de 1967; no art. 149 da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.69. Tem ainda precedentes mais longínquos nos arts. 8º, 2º da Constituição de 1824; art. 71, § 1º, *b*, da Constituição de 1891; art. 110, *b*, da Constituição de 1934; art. 135, § 1º, II, da Constituição de 1946.

[26] BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 595. Doutrinam, ainda, os constitucionalistas: "Não distingue a Constituição entre as penas ao impor a suspensão dos direitos políticos enquanto perdurarem os seus efeitos" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Saraiva, 1990, v. 1, p. 134. Neste mesmo sentido confira-se Wolgran Junqueira Ferreira, *Comentários à Constituição de 1988*. Julex, v. 1, p. 347 e ss; Fávila Ribeiro, *Comentários à Constituição*. Freitas Bastos, 1991, p. 265.

trilha: Acórdão TSE nº 011298C, de 22.9.94; Acórdão TSE nº 000239C, de 16.12.94.

Em matéria de direito penal político tal diretriz não poderia ser mais arredia à prudência que deve fazer-se presente na profilaxia criminal. Por paradoxal que parece e em sendo inaplicável o preceito constitucional como quer o Tribunal Superior Eleitoral, o criminoso, cumprindo pena de prisão ou no gozo de benefícios da liberdade precária, poderia ser candidato, exercendo, assim, seus direitos políticos nos limites da custódia carcerária ou compromissária.

Indubitavelmente o criminoso com sentença transitada em julgado, enquanto durar seus efeitos, torna-se *incompatível* com a elegibilidade.[27] A sentença criminal, abstraindo por ora o aspecto moral ,[28] comporta em seu bojo, via de regra, a *prisão* do condenado. Esse fato só não ocorre nas hipóteses dos arts. 696 e ss. do Código de Processo Penal, cuja execução é suspensa. Ocorrendo essa suspensão o apenado está sujeito às condições que deve cumprir (art. 698, CPP).

Ora, este benefício pode a qualquer tempo ser cassado (art. 707 e seu parágrafo único, CPP) e o condenado recolhido à prisão. Nesta hipótese, como compatibilizar tal constrangimento legal com a imunidade parlamentar prevista no art. 53, § 1º, da Constituição Federal, que põe a salvo da prisão os membros do Congresso Nacional desde a expedição do diploma?

Da mesma forma em relação a liberdade condicional prevista nos arts. 83 a 88 do Código Penal cuja revogação implicaria a custódia do condenado.

A Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, em seu art. 1º, I, *e*, dispõe que são inelegíveis para qualquer cargo "os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado pela prática de crimes" que enumera, pelo prazo de três anos após o cumprimento da pena.

Sem embargo, esta Lei não é regulamentadora do art. 15, III, da Constituição Federal porquanto a norma constitucional direciona um lapso temporal limitado (enquanto durarem os efeitos da condenação), ao passo que a Lei Complementar nº 64 ordena um alcance *após* o cumprimento da pena.

Não obstante isso, é oportuna a sua lembrança só pelo fato de homenagear o extrato moral contido na norma.

Avisado, pois, do perigo daquela orientação jurisprudencial do TSE, o Supremo Tribunal Federal veio em decisão transversal contrariar aquela diretriz percorrendo senda mais compatível com o ordenamento político-jurídico:

> "*Recurso Extraordinário nº 179.502-6*; Relator Ministro Moreira Alves.
>
> *Ementa*: Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. *Interpretação do art. 15, III, da Constituição Federal*.
>
> Em face do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena.
>
> Recurso extraordinário conhecido e provido." (Publicado no *D.J.* dia 8.9.95, p. 28.389, grifos nossos).

A inclinação, portanto, da auto-aplicabilidade do art. 15, III, da Constituição Federal foi reverenciada com a admissão, pelo Supremo, da vigência e eficácia plena do dispositivo, independentemente de quaisquer normas específicas "a indicar as hipóteses em que ocorre a suspensão dos direitos políticos".

[27] A pena que cassa a liberdade de ir e vir, de se conduzir livremente pela sociedade, limitando o apenado a um cubículo carcerário, ou poder a qualquer momento ser reduzido a esta situação, implica a prejudicialidade dos direitos da pessoa em sua cidadania (art. 43 do Código Penal), dentre os quais o de exercer (suspenso por prejudicabilidade) atividade política necessária, inerente à elegibilidade.

[28] Este componente fundamental é imanente já que no âmago da norma há um substrato ético direcionado ao bem jurídico tutelado. Pontes de Miranda, citado por Manuel Gonçalves Ferreira Filho (op. cit., p. 134) aduz que o fundamento da suspensão "é ético, já que o criminoso não é idôneo para participar dos negócios públicos". Fávila Ribeiro, mais enfático, sinaliza: "a linguagem constitucional é fiadora de uma atitude ética, escoimando temporariamente da vida pública todo aquele que se não tenha revelado ajustado a uma vida lícita, descambando para o campo da criminalidade, enquanto não quitar-se com a sociedade pelo malefício que lhe infligiu": (*Comentários à Constituição*), op. cit., p. 265. Sobre o componente moral da norma assim dissertou Kelsen: "como as normas da moral são normas sociais, isto é, normas que regulam a conduta de indivíduos em face de outros indivíduos, a norma da justiça é uma norma moral"; (*A Justiça e o Direito Natural.* Trad. port. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 2).

Percebe-se, todavia, que a direção do acórdão do STF não foi a questão da auto-aplicabilidade do preceito constitucional, que apenas foi prestigiado como princípio.

A doutrina, quando enfrenta a questão, tem se posicionado no sentido da auto-aplicabilidade do art. 15, inciso III, da Constituição Federal.[29]

Lembra-se, por fim, que Pedro Henrique Távora Niess, ao tratar do tema, observa que a suspensão "não é uma pena que pode não ser aplicada, mas uma conseqüência ética inafastável da condenação, posta pela Constituição Federal diretamente".[30]

5. Conclusões

É imperioso observar que os delitos políticos são, de certa forma, vistos pelo legislador como diferenciados.

Mesmo os delitos contra os bens patrimoniais públicos têm tido, entre nós, tratamento incompatível com a gravidade do ilícito.

A Lei nº 8.429, de 2.6.92, que trata dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito e causam prejuízo ao Erário, sujeita exclusivamente os infratores à perda dos bens e ressarcimento dos danos. Por outro lado, e estranhamente, a pena de prisão é reservada apenas ao autor da denúncia, o qual sabia ser o servidor público inocente. E mais, para que haja o seqüestro dos bens do agente é preciso que a comissão administrativa processante represente ao Ministério Público para que este possa requerer o seqüestro dos bens havidos por atos de improbidade (art. 16, Lei nº 8.492/92).

Por conseguinte, esta Lei dá o tom do tratamento legislativo dispensado aos bens públicos. Mais perniciosa, todavia, é a enciclopédia de condutas políticas molestativas que afrontam letalmente a sociedade e que *não são tipificadas* como condutas penais: tráfego político em benefício privado em detrimento da sociedade; comércio de votos no parlamento para atender interesses subalternos; uso de prestígio político e social para conseguir vantagem indevida de qualquer natureza etc.

É verossímil também, por outra vertente, que a política se perfaz em uma mística em face do Poder e inexoravelmente sua dinâmica instiga a reduzir espaço de outros sentimentos, *v.g.*, altruísmo, patriotismo, moral e escrúpulos. A máxima de Maquiavel parece ressoar hodiernamente pelas dobras do tempo.

Daí – condutas não típicas penais – a insusceptibilidade de todos os que praticam atos políticos socialmente lesivos à sanção penal do Estado, mostrando ao leigo o que parece ser a *impunidade.*

Mas, certamente, a sociedade não pode conviver com um razoável comportamento criminógeno possível de ser suportado, sem que as punições aos delitos políticos efetivamente ocorram. Nenhuma política criminal, em termos pedagógicos, pode ser mais eficaz do que condenação penal política de um agente desonesto contumaz; o exemplo, e só o exemplo, dá a bússola do ideal e sentido à sociedade e à Nação.

Nada é mais deletério ao País do que o privilegiamento do delito político, e os jurisprudentes prestam um grande desserviço à sociedade quando por veleidades da alma, absolvem sem apelo um ex-presidente, quando, notórios e públicos os elementos de instrução, e condenam o acusador por inabilidade em seu ofício.

O legislador, ao esculpir a norma, e a Justiça, ao exarar a sentença, jamais podem se divorciar ou se elevar acima do senso e vontade comuns dos cidadãos, pois norma e sentença não são propriedade deles, servidores públicos, mas pertencem às pessoas que vivem na sociedade, mediana e humanamente.[31]

Bibliografia

ROSS, Alf. *Tû-Tû*. Tradução espanhola de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

BIONDI, Biondo. *Instituzioni di Diritto Romano.* Milano: Dolt A. Giuffré Editore, 1972.

DIDIER-PAILHÉ, E. *Cours Élémentaire de Droit Romain*, Paris: L. Larouse, 1881.

ARANGIO-RUIZ. *Instituzioni di Diritto Romano.* Napoli: Casa Editrice Dott. Eugene Jovene, 1978.

MEIRA, Silvio. *Instituições de Direito Romano.* São Paulo: Max Limonad.

KRUEGER, Paulus. *Corpus Iuris Civilis*, volumen primum, Institutiones, Weidmann, Dublin/ Zürich, 1972.

[29] Confira-se: Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 317; Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, op. cit., p. 594.

[30] Pedro Henrique Távora Niess, *Direitos Políticos. Condições de Elegibilidade e Inelegibilidade*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 18.

[31] Advertia Hermogeniano: *Hominum causa omne ius constitutum est* (D.I. 5, 2).

GAUDEMET, Jean. *Institutions de l'Antiquité*. Paris: Sirey, 1967.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1967.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Introdução à Ciência Política*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução portuguesa por Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado editor, 1974.

NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. São Paulo: Saraiva, 1955.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1992, v. VI, I.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, v. 1, t. 1..

BRUNI, Anibal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, t. II.

MARIDAKIS, G. Un précédent du procès de Nuremberg tiré de l'histoire de la Grèce ancienne, *in Revue Hellénique de droit International*, 5ème aneé, nº 1 et 2, 1952.

DAES, Erica-Irene A. *in Derechos Humanos*. Nova York: Nações Unidas, 1990.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. Versão brasileira por Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, v. 1, 1977.

STAMMLER, Rudolf. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Tradução de W. Roces. México: Editora Nacional, 1980.

GONÇALVES DA SILVA, Carlos Augusto Canedo. *Crimes Políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRINDEIRO, Geraldo. O Futuro da Democracia Brasileira, *Revista da Procuradoria Geral da República*. São Paulo: RT, nº 6.

GAROFALO, R. *Criminologia*. Tradução de Julio de Matos. Lisboa: Editora A. M. Teixeira, 1916.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Julex, v. 1, s/d.

RIBEIRO, Fávila. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. Tradução portuguesa João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1989. V. 1.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos, Condições de Elegibilidade e Inelegibilidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

Considerações sobre a filiação extra-matrimonial em Direito de Família francês e brasileiro

MARIA CLAUDIA CRESPO BRAUNER

SUMÁRIO

1. A evolução do modo de vida familiar. 2. As modificações importantes realizadas em prol da filiação extramatrimonial. 3. Os novos desafios do Direito de Família. 4. Os atuais princípios norteadores do Direito de Família. 5. A proteção dos direitos da criança no âmbito internacional. 6. A evolução do Direito de Família francês e do Direito de Família brasileiro. 7. A reforma de 1972 no Direito francês. 8. A verdade biológica e a verdade sociológica no Direito de Família. 9. As limitações do Direito francês quanto à liberdade de estabelecimento da filiação e ao princípio de igualdade de filiações. 10. A ação alimentar do Direito francês: a ação com fim de subsídios. 11. As perspectivas de reformas destinadas a facilitar o estabelecimento da filiação extramatrimonial.

1. A EVOLUÇÃO DO MODO DE VIDA FAMILIAR

Na sociedade atual, o nascimento de uma criança fora das relações do matrimônio não constitui um fato que deva ser escondido e mesmo reprimido como o foi, durante longo tempo, em virtude dos valores morais e éticos vigentes no passado. Essa criança não é mais considerada um pária, porque o ordenamento jurídico atribuiu-lhe gradualmente direitos e, modernamente, os países de legislação mais progressista adotaram uma concepção baseada na equiparação de todas as categorias de filiação.

Importante observar que o casamento e o modo de vida familiar modificaram-se profundamente trazendo a reformulação dos princípios basilares do Direito de Família. Em decorrência dessas modificações, as uniões livres ou concubinárias adquiriram um lugar equivalente ao casamento na sociedade moderna. Conseqüentemente, constata-se um

Maria Claudia Crespo Brauner é Pesquisadora Recém-Doutora do CNPq, junto ao CPGD/UFPR; Membro do Núcleo de Estudos Jurídicos da CPGD/UFPR; Doutora em Direito Privado pela Universidade de Rennes-França.

aumento considerável de divórcios, um declínio do número de casamentos e uma multiplicação do número de casais vivendo em união livre. Com igual importância, crescem as famílias ditas monoparentais, onde a criança é mantida e educada por somente um dos genitores, torna-se usual o recurso aos métodos científicos de procriação artificial e observa-se um aumento das adoções nacionais e internacionais. Todas essas circunstâncias, dentro de suas especificidades, servem para demonstrar a evolução constante por que vem passando a família em seus diversos aspectos.

Os objetivos inerentes à formação de uma família não se resumem mais na simples função de reprodução, sustento e educação dos filhos. No presente, um casal se une para buscar a felicidade através de relações de afeição e solidariedade que significam os pilares da família moderna.

No que concerne aos países desenvolvidos, sabe-se que a grande maioria das crianças que vêm ao mundo são desejadas e que o nascimento faz parte de um projeto organizado minuciosamente pelo casal. A utilização dos métodos contraceptivos e a possibilidade do recurso ao aborto voluntário evitam os nascimentos imprevistos. Contrariamente, nos países em desenvolvimento, observa-se um crescimento populacional desordenado, sem planejamento familiar e com dificuldade de acesso das famílias pobres aos métodos modernos de contracepção. Por esses motivos, o número de famílias com prole numerosa e sem condições básicas de sobrevivência cresce prodigiosamente. Este é o panorama que encontramos em países como o nosso, que deixa em completo estado de miséria e abandono uma grande parcela de seus habitantes, principalmente crianças e adolescentes.

A partir desta constatação, percebe-se a relevante diferença das condições em que vivem as crianças nascidas extramatrimonialmente nos países mais privilegiados e naqueles em que as dificuldades econômicas e sociais são consideradas crônicas. Embora estes problemas não pareçam simples de serem resolvidos em conseqüência de diversos fatores, que não constituem objeto deste estudo, é importante mencionar os grandes progressos que foram realizados no âmbito jurídico em prol dos filhos em geral e, especialmente, dos filhos extramatrimoniais, garantindo-lhes mais direitos e proteção.

2. As modificações importantes realizadas em prol da filiação extramatrimonial

De fato, a melhoria da condição jurídica da criança nascida fora do casamento contribuiu para evitar tanta desigualdade e discriminação, pois, doravante, esta criança tem todos os direitos e qualificações outrora atribuídos exclusivamente aos filhos legítimos.

Figurando como um dos exemplos mais recentes, devemos incluir as modificações profundas realizadas em nosso Direito de Família através da Constituição Federal de 1988 e, especialmente em seu artigo 227, § 6º, que estabeleceu o princípio de igualdade de filiações; e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que reorganizou a matéria relativa à proteção dos direitos da criança, colocando o Brasil dentre os países de legislação mais avançada nesta área.[1]

Tratando-se do Direito francês, a importante reforma realizada no Direito de Família em 1972 possuía como princípio basilar o fim das prerrogativas de direitos à família matrimonializada, a igualdade entre os pais nas relações com seus filhos, a igualdade dos filhos entre si e a igualdade entre marido e mulher. O fundamento da igualdade entre as filiações, que nos interessa especificamente, justifica-se por uma questão biológica e uma questão moral: a filiação é um laço de sangue, com exceção da filiação adotiva e, moralmente, o princípio de igualdade se afirma sobre a inocência do filho em relação às circunstâncias de seu nascimento.[2]

É sabido que o Direito deve acompanhar as modificações de valores da sociedade através do trabalho do legislador que, revendo disposições e criando novas regras, aumenta o alcance e a eficácia da lei, limitando igualmente todo excesso que se choque com princípios éticos da sociedade. Este é o caminho que percorre o atual Direito de Família que, através de reformas sucessivas, objetiva estabelecer a igualdade de direitos entre os filhos e, buscando o bem-estar geral, ou seja, a satisfação individual de cada um dos membros da família, opta pelo abrandamento das diferenciações entre as variadas maneiras de formação de uma célula familiar.

[1] MENDEZ, Emílio Garcia, COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Das Necessidades aos Direitos.* São Paulo: Malheiros, 1994, p. 98 (Série direitos da criança).

[2] CORNU, Gérard. *Droit Civil: La Famille.* Paris: Montchrestien, 1984, p. 118.

3. Os novos desafios do Direito de Família

Além de reformular sua concepção clássica que garantia a supremacia dos direitos da família matrimonializada, podemos afirmar que o Direito de Família entrou em uma nova era e, conseqüentemente, deve enfrentar fatos novos entre os quais se destacam os avanços da medicina moderna nas questões atinentes à reprodução humana. Neste domínio tão inovador, incumbe ao legislador preencher as lacunas do Direito criando disposições que prevejam a utilização de tais métodos e, igualmente, impor certos limites éticos e morais condizentes com os valores da sociedade. Muitas questões envolvendo tais recursos ainda não foram respondidas e novas discussões continuam surgindo, como, por exemplo, a possibilidade do recurso-maternidade por substituição, a doação de gametas, a clonagem do embrião humano etc.

Visando apontar soluções neste sentido, podemos citar o exemplo da França que tomou a iniciativa na Europa apresentando um projeto de lei sobre a Bioética.[3] Este projeto visa controlar os avanços da medicina moderna relativos à doação de órgãos humanos e às técnicas de procriação artificial levando em consideração o princípio da inviolabilidade do corpo humano na ausência de interesse legítimo e da não-comercialização de órgãos, tecidos ou funções do corpo humano. Seguramente essa futura lei servirá de subsídio para a regulamentação da matéria no âmbito da Comunidade Européia.

No Brasil, além da Lei nº 8.489/92, que disciplina a doação de órgãos, tecidos ou partes do próprio corpo para fim humanitário e terapêutico[4], a recente Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, estabelece regras para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados e autoriza a criação de uma Comissão Técnica Nacional de Biossegurança. Essa legislação apresenta normas disciplinando as práticas de engenharia genética relativas ao ser humano e, igualmente, estabelece limites à utilização de tais recursos em animais, plantas e no meio ambiente, adotando o respeito aos princípios de responsabilidade e da prudência. A referida lei veda a manipulação genética das células germinais humanas, a intervenção em material genético *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se os princípios éticos, tais como o princípio de autonomia e de beneficência, e proíbe a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível (art. 8º, incisos II-IV).

Questões polêmicas, como as que envolvem a reprodução humana, são particularmente interessantes, pois estas técnicas possibilitam a intervenção direta nos processos naturais da vida e da reprodução, os quais, até bem pouco tempo, estavam encobertos de segredo e mistério. No entanto, toda a prudência é necessária e cabe ao legislador estabelecer regras jurídicas bastante precisas, respondendo ao interesse da sociedade e comportando certos princípios quanto ao caráter terapêutico e não de mera conveniência na utilização de tais métodos.

Na afirmação de Catherine Labrusse-Riou,

> "a genética moderna através da aceleração de suas proezas coloca as sociedades ocidentais e seus indivíduos perante um leque de opções, de tal maneira que pode-se questionar se o psiquismo humano pode optar sem risco de grave desordem. E qual será o preço a pagar em termos de perdas culturais se nos deixarmos conduzir pelos avanços tecnológicos relativos à própria substância e essência da vida e do homem?"

E ela complementa:

> "mesmo que certas biotecnologias suscitem a reação do Direito contra a pretensão de fabricar a vida como um mero objeto, através de uma visão celular, reducionista do ser, o Direito pode recorrer à genética enquanto ciência verdadeira, dirigida ao objetivo de proteção da vida".[5]

4. Os atuais princípios norteadores do Direito de Família

Especificamente no que concerne à atitude da sociedade em relação à mãe solteira e ao filho extramatrimonial, esta transformou-se de maneira sensível. A união livre é uma situação

[3] Projeto de lei apresentado à Assembléia Nacional Francesa em 25 de março de 1992, Projeto nº 2.600, Paris, Assembléia Nacional.

[4] MARREY NETO, José Adriano. Transplantes de órgãos: Nova disciplina: Lei Federal nº 489, de 18.11.92. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 691, 1992, p. 59/82.

[5] LABRUSSE-RIOU, Catherine. Les implications juridiques de la génétique, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. Paris: L.G.D.J., 1990, p. 1367/ 68.

aceita e que vem sendo gradualmente equiparada ao casamento. Estes fatos podem representar uma crise do casamento ou, simplesmente, revelam uma renovação dos princípios e das funções desta instituição tão antiga.

Pela aplicação das disposições do Direito atual, uma criança nascida fora do casamento pode obter o estabelecimento legal de sua filiação se ela recorre a um dos modos previstos a este fim. Assim, se ela não se beneficiou de um reconhecimento voluntário da parte de seu genitor, ela tem a opção de recorrer a uma ação de investigação de paternidade ou, mais raramente, a uma ação de investigação de maternidade.

Necessário observar que a prova da filiação extramatrimonial e da filiação "legítima" são concebidas sobre bases diferentes. A filiação legítima é indivisível em virtude da presunção de paternidade que considera como do marido, todos os filhos nascidos de sua esposa. Ao contrário, a filiação extramatrimonial é divisível e, assim, cada laço de filiação deve ser estabelecido separadamente em relação a cada um dos pais. Conseqüentemente, a criança pode ter somente um laço de filiação estabelecido quando não foi possível ou não houve o interesse de se estabelecer juridicamente o outro laço de filiação. Também pode ocorrer que a criança não tenha nenhum dos laços de filiação estabelecido e que ela se encontre em completo estado de abandono. Neste caso, a criança deverá beneficiar-se da proteção do Estado até que seja possível sua colocação em uma família substituta. Prevendo todas essas hipóteses, que podem caracterizar a situação da criança nascida de relações extramatrimoniais, o legislador criou um sistema destinado a proteger e a garantir os direitos da criança.

Atualmente, a maioria dos países ocidentais preconiza e aplica o princípio do livre estabelecimento da filiação e o princípio de igualdade de direitos entre todos os filhos. Estes princípios constituem os novos fundamentos norteadores do Direito de Família moderno.[6]

O sistema jurídico previsto pelo Código Civil tinha sido estruturado para proteger somente os direitos da família oriunda do casamento. Na concepção moderna, o filho extramatrimonial não é mais excluído e discriminado porque ele adquiriu um *status* similar ao do filho legítimo. As noções de legitimidade e de ilegitimidade perderam seu conteúdo e sua justificação. O Direito deve garantir uma proteção integral à criança, seja ela oriunda de uma família matrimonializada ou não. Trata-se do reconhecimento da criança como sujeito de direitos.

5. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo primeiro, estabelecia o princípio de igualdade de direitos entre todos os homens. A partir de uma compreensão lógica poder-se-ia concluir que os filhos de toda e qualquer ordem teriam direitos iguais. Sabe-se, no entanto, que até o final do século XIX as crianças eram consideradas como meros "objetos" de que podiam dispor livremente os pais ou responsáveis, principalmente nos períodos difíceis do passado, quando sobreviver era a preocupação constante das camadas pobres da sociedade. Neste contexto, não se falava em direitos das crianças mas sim, em suas obrigações para com os mais velhos. Até mesmo o infanticídio, maus tratos e o abandono de crianças em lugares públicos eram considerados acontecimentos banais. Entretanto, a situação da criança tornava-se mais complexa quando ela era o fruto de relações extramatrimoniais, pois os filhos outrora designados de adúlteros e espúrios eram marginalizados pela sociedade e esquecidos do Direito.

Foi somente no início deste século que surgiu a preocupação de se garantir amparo aos filhos em geral através de legislações mais flexíveis do ponto de vista da proteção dos direitos elementares da criança.

No plano internacional, a primeira tentativa de elaboração de um documento comportando uma enumeração global dos direitos da criança surgiu através da Declaração de Genebra de 1924. Foram enunciados cinco princípios relativos ao bem-estar e à proteção das crianças e, constituiu-se na primeira tentativa de codificar num único texto todas as condições fundamentais a serem garantidas à criança. Importante lembrar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 proclamou o direito da criança a uma proteção e assistência especiais.

A Declaração de Genebra serviu de base para a elaboração da Declaração dos Direitos da Criança de 20 de novembro de 1959, a qual enunciou que

> "a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo pro-

[6] Sobre as reformas realizadas em Direito francês, português, suíço e belga, ver a comparação realizada pelo Prof. Luiz Edson Fachin em sua obra intitulada: Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 73 ss.

teção jurídica apropriada, antes e depois do nascimento".

Há de se ressentir, entretanto, a dificuldade existente quanto ao respeito às disposições contidas nas declarações de direitos, pois estas não possuem eficácia jurídica plena por dependerem da incorporação na ordem jurídica interna de cada estado e em virtude de não existirem meios jurídicos para garantir a efetividade dos direitos elencados.

Mais recentemente, em 20 de novembro de 1989, foi adotada a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Essa Convenção foi o fruto de 10 anos de estudos e negociações entre diversos países e representa um acontecimento importante, pois, pela primeira vez na história do Direito Internacional, os direitos da criança foram codificados sob a forma de um tratado que adquire o *status* de norma jurídica para os Estados que a adotaram.[7] Assim como a maioria dos países latinos e europeus, o Brasil e a França fazem parte daqueles que ratificaram essa Convenção. Cabe agora a cada um deles adaptar suas leis internas aos novos princípios estabelecidos neste documento.

Esse conjunto de normas internacionais modifica de maneira integral e definitiva a doutrina de hierarquia de filiações e de discriminação no âmbito dos direitos entre filhos matrimoniais e não-matrimoniais, adotando a doutrina da proteção integral à criança, instituída pelas Nações Unidas.[8]

No Brasil, a nova Constituição de 1988, particularmente o artigo 227, § 6º, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), estão de acordo com os princípios adotados na Convenção.

Na França, a situação da infância pode, de uma maneira geral, ser considerada privilegiada. Os sistemas de proteção e assistência à criança são eficazes, porém o Direito de Família não cessa de ser revisto e reformulado no sentido de acompanhar as tendências modernas e a constante intervenção do homem nos processos naturais de reprodução. Vários projetos de reforma estão atualmente em discussão visando, entre outros objetivos, adaptar a lei francesa às diretivas previstas na Convenção. Entre eles destacam-se o projeto que visa facilitar a ação de investigação de paternidade e outro que pretende igualar os direitos sucessórios do filho adulterino com os do filho legítimo.[9]

A sociedade civil deve tomar consciência de que a proteção à infância constitui uma prioridade para as nações comprometidas em melhorar as condições e a qualidade de vida de suas populações. Primeiramente, conforme prevê a Convenção, deve ser assegurado a toda criança o direito a um nome, a uma nacionalidade, a uma família, e o direito de ser protegida de torturas e maus tratos. Não deve ser permitida discriminação de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de nascimento ou de qualquer ordem. Em suma, trata-se da consagração incondicional do princípio de igualdade de direitos entre todas as crianças.

6. A evolução do Direito de Família francês e do Direito de Família brasileiro

O estudo comparativo do Direito francês e brasileiro sobre a filiação extramatrimonial suscita grande interesse, levando-se em consideração que o Direito brasileiro recebeu notável influência das disposições do Código de Napoleão, especialmente no que concerne ao Direito de Família desde a promulgação do Código Civil de 1916.[10] A evolução destes dois sistemas jurídicos tomou rumos semelhantes, embora exista entre esses dois países muitas diferenças nos aspectos sociais, econômicos e culturais.

Pode-se constatar que a situação jurídica da criança nascida fora do casamento evoluiu de maneira progressiva nesses dois países, da mesma forma como ocorreu na maioria dos países ocidentais.

Antes da reforma de 1972, as disposições do Código Civil francês apresentavam uma grande hostilidade com relação aos filhos nascidos fora das relações do casamento de tal modo que proibia-se o estabelecimento da filiação dita adulterina ou incestuosa (art. 340, Código Civil de 1804). A filiação natural (decorrente da união de pessoas livres de impedimen-

[7] Convention sur les droits de l'enfant. Paris: DEI/ UNICEF, 1990.

[8] Sobre a adoção desta doutrina, ver MENDES, Emílio Garcia. *Das necessidades...*, op. cit., p. 97/98.

[9] Trataremos detalhadamente destes projetos nos itens 9 e 11 do presente artigo.

[10] Este tema foi tratado em nosso estudo intitulado: Les enfants nés hors mariage en droit français et brésilien. Rennes, França, 1993, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito e de Ciência Jurídica, Universidade de Rennes I.

tos para se casarem) poderia ser estabelecida pelo único meio do reconhecimento voluntário. Embora essa legislação tenha recebido alguns retoques com o decorrer do tempo, esse sistema restritivo perdurou até a reforma realizada pela Lei de 3 de janeiro de 1972.[11]

No Brasil, a partir do Decreto-Lei nº 4.733, de 1942, que permitiu o reconhecimento e o direito de investigar a paternidade extramatrimonial, diversas leis esparsas, somadas ao abrandamento na aplicação das disposições da lei civil e a evolução do entendimento jurisprudencial, beneficiaram gradualmente os direitos do filho extramatrimonial antes que a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º, tenha estabelecido o princípio da igualdade de direitos entre todos os filhos.

A análise das modificações realizadas no Direito francês e brasileiro demonstra, primeiramente, o trabalho incessante do legislador visando adaptar a lei às modificações de valores da família e da sociedade moderna.

Foi possível observar que esses dois sistemas jurídicos progrediram muito nesses últimos anos, objetivando eliminar definitivamente as desigualdades entre os filhos e proporcionando a todos, dentro das possibilidades, o direito de conhecer seus genitores e de usufruir de um mínimo de assistência e proteção da parte deles.

7. A reforma de 1972 no Direito francês

Na busca de reformular a concepção clássica do Direito de Família que protegia exclusivamente a família fundada no casamento e, com o objetivo de atribuir os mesmos direitos à prole extramatrimonial, foram realizadas reformas legislativas em vários países, entre as quais se destaca a reforma do Direito francês de 1972.

Esta reforma colocou um ponto final na distinção entre as diversas categorias de filiação e estabeleceu o princípio de igualdade de direitos entre todos os filhos. Sobretudo a valorização da verdade biológica da filiação implicou numa diminuição sensível da importância da presunção *pater is est*. Foi também consagrada a liberdade de provas da filiação, o que acarretou no reconhecimento de uma livre apreciação dos tribunais na análise destes elementos e no fortalecimento da função atribuída à posse de estado de filho, ou seja, à filiação vivenciada de fato.[12]

O legislador francês levou em consideração as aspirações essenciais da sociedade, privilegiando a noção de igualdade, seja entre marido e mulher, entre pai e mãe e entre os filhos e preocupou-se, igualmente, em abarcar a pluralidade de situações de vida familiar, prevendo direitos e garantias indistintamente à família fundada no casamento e à filiação legítima ou adotiva; aos casais casados sem filhos; a todas as pessoas físicas possuindo a guarda legal de crianças por filiação ou adoção; ou exercendo a autoridade parental ou tutela de uma ou mais crianças, de modo permanente.[13]

8. A verdade biológica e a verdade sociológica no Direito de Família

A diretiva principal da reforma francesa foi o estabelecimento da filiação verdadeira. Todo o sistema de provas da filiação tende a descobrir e a garantir a verdade biológica. O contencioso da filiação se destina a reconhecer um estado de filiação que corresponda à verdade. Com esta finalidade, o sistema francês previu e incentivou o recurso aos métodos científicos de prova da filiação em seu artigo 340-1, nº 3 do Código Civil. Desta forma, os progressos trazidos pela ciência, seja na biologia ou genética, possibilitam a prova negativa da paternidade, com o máximo de certitude e mesmo, em certos casos, a prova positiva da paternidade. A ciência serve como árbitro quando se constata uma dúvida sobre a filiação ou um "conflito aparente de paternidades".

A prática judiciária consagrou a utilização dos exames comparativos de grupos sangüíneos entre todos os outros modos de provar a filiação, juntamente com o registro de nascimento ou a posse de estado de filho.

A Lei de 3 de janeiro de 1972, como já mencionado, seguiu a tendência de não estabelecer diferenciações entre os diversos tipos de filhos. O fato a ser provado é uma maternidade ou uma paternidade, independentemente de ela existir dentro ou fora do casamento. No entanto, o princípio da verdade biológica só é aplicado plenamente quando se trata de solucionar um "conflito de filiações". Na ausência de conflito, o estabelecimento da filiação depende principalmente da vontade individual do pai, da mãe ou mesmo do filho.

O legislador estabeleceu regras comuns aos filhos matrimoniais e extramatrimoniais. Porém,

[11] MASSIP, Jacques, MORIN, Georges, AUBERT, Jean-Luc. *La réforme de la filiation*. Paris: Défrenois, 1976.

[12] MALAURIE, Philippe, AYNÉS, Laurent. *Droit Civil: La famille*. Paris: Cujas, 1987, p. 220.

[13] CORNU, Gérard. *Droit Civil*..., op. cit., p. 13/14.

com relação aos meios de estabelecimento da filiação, foi necessário criar distinções entre as regras atinentes à cada filiação. As regras comuns a ambas são as presunções relativas à duração da gravidez e à posse de estado de filho. A primeira permite calcular a data aproximativa da concepção da criança, (entre 300 e 180 dias antes do nascimento). A princípio, a concepção pode ser fixada na data que melhor convier ao interessado, o filho. Essa presunção possibilita que haja eventualmente uma escolha entre uma filiação legítima ou extramatrimonial, no caso de separação de fato do casal ou de relações extraconjugais. Entretanto, a presunção poderá ser contrariada se existir uma impossibilidade comprovada de que a concepção da criança tenha se dado no período aludido.

Para estabelecer a existência de um laço de filiação, o Código Civil francês não leva somente em consideração a verdade biológica, também é levada em conta a realidade afetiva e sociológica, através da presunção estabelecida pela posse de estado de filho. Esta constitui-se de fatos que fazem presumir a existência do laço de filiação e que se denominam *nomen, tractatus* e *fama.* Supõe-se, através desta presunção, que a relação entre a criança e o adulto faça transparecer a existência de um laço paterno ou materno em virtude de a criança ser tratada como filho e, igualmente, ser reconhecida por outras pessoas como o sendo. É importante que exista o elemento de notoriedade do fato.

Além de ser constatada a existência destes fatos, é preciso que a posse de estado de filho seja contínua, pacífica e inequívoca. Estas exigências foram implementadas pela Lei de 25 de junho de 1982, a qual promoveu a posse de estado de filho como sendo um dos meios extrajudiciais de estabelecimento da filiação natural (art. 334-8, alínea 2 do Código Civil).

Se, efetivamente, a posse de estado de filho for reconhecida pelo "juiz de tutela", este fornecerá um documento (ato de notoriedade) que servirá como prova da filiação, até prova em contrário. Esse meio de declaração da filiação facilitou sobremaneira a possibilidade de atribuir-se uma filiação completa à criança, diante da constatação de uma filiação vivenciada de fato.

No Direito pátrio, a posse de estado de filho não foi considerada pelo Código Civil como elemento que exterioriza a existência de um liame de filiação. Entretanto, mesmo que ela não tenha sido sequer mencionada pelo legislador, a jurisprudência tem, gradualmente, acordado certo valor à posse de estado de filho como meio de prova da filiação, mesmo se este conceito não fora assumido claramente pelos tribunais.[14]

9. As limitações do Direito francês quanto à liberdade de estabelecimento da filiação e ao princípio de igualdade entre todos os filhos

Com relação à liberdade de estabelecimento da filiação extramatrimonial, o Direito francês manteve uma restrição, mesmo que parcial, prevista no artigo 334-10 do Código Civil, atinente ao caso específico do filho nascido de relações advindas de um incesto absoluto, que é aquele havido de relações entre ascendentes e descendentes ou entre irmãos. Neste caso específico, somente poderá ser declarado um dos laços de filiação. Deste modo, quando a primeira filiação for estabelecida (materna ou paterna), ela obsta que a outra o seja. Essa restrição teria o intuito de proteger o filho de um possível trauma ligado ao conhecimento das condições de seu nascimento e dos efeitos que poderiam advir da notoriedade do fato.

No Brasil, não há mais nenhum interdito quanto ao estabelecimento dos laços de filiação. No entanto, o interesse das partes é que vai decidir quanto à oportunidade da declaração do laço de filiação em circunstâncias que envolvem relações incestuosas.

Quanto aos filhos "adulterinos", a única distinção a ser feita concerne ao filho adulterino *a mater*. Neste caso, prevê o sistema francês que a filiação extramatrimonial pode ser declarada em quatro hipóteses:

(a) se o filho não se beneficiou da presunção legal de paternidade legítima;

(b) se o marido da mãe tenha impugnado a legitimidade do filho;

(c) se a criança tenha sido declarada pela mãe sem a indicação do nome do marido (art. 313-3 do Código Civil);

(d) quando o filho tenha sido concebido durante o período legal de separação judicial ou separação de fato do casal.

No Direito brasileiro, se a mulher casada concebe um filho de outro homem que não seu marido, e se a presunção de paternidade não é afastada, por iniciativa do marido, através de uma ação impugnatória de paternidade, nos termos do artigo 344 do Código Civil,

[14] FACHIN, Luiz Edson. Encontro entre a verdade jurídica e a verdade sociológica, in *Estabelecimento da filiação...* , op. cit., p. 149 ss.

ou se a legitimidade não foi contestada nos casos previstos nos artigos 340 e 342 do Código Civil, estabelecer-se-á um "conflito de paternidades" quando o pai biológico almejar reconhecer o filho ou se a mãe desejar intentar a ação de investigação de paternidade em nome deste. Neste caso, para que a presunção de paternidade seja afastada, será necessário demonstrar em juízo a separação ininterrupta do casal, durante o período de concepção da criança.

Observa-se que no sistema brasileiro a declaração da mãe atestando que o filho não é de seu marido não basta para excluir a paternidade legítima, conforme dispõe o artigo 346 do Código Civil. Contrariamente, no Direito francês se a mãe omitir o nome do marido no momento de declarar a filiação, a presunção *pater is est* é descartada e a filiação paterna extramatrimonial poderá ser estabelecida.

No que se refere à filiação materna, esta se encontra estabelecida pela simples indicação do nome da mãe no registro de nascimento da criança (art. 313-2, nº 1, do Código Civil brasileiro e 334-8, nº 2, do Código Civil francês).

O sistema francês estabelece que na hipótese da criança já ter a filiação estabelecida e, em se tratando de uma filiação extramatrimonial, será necessário provar a inexatidão da primeira filiação através de uma anulação, possível pelo intermédio de uma ação em contestação de reconhecimento, para que a outra filiação possa ser estabelecida (art. 338, do Código Civil). Tratando-se de uma filiação matrimonial, será necessário precisar se a criança possui registro de nascimento e posse de estado de filho em conformidade com as indicações deste documento. Se existe título e posse de estado, nenhuma outra filiação contrária poderá ser estabelecida (art. 322, do Código Civil). Na ausência de posse de estado de filho, um reconhecimento de filiação, da parte de um outro homem que não o marido, é possível mesmo tratando-se de um filho aparentemente "legítimo". No entanto, criar-se-á um "conflito de filiações", o qual deverá ser solucionado pelos tribunais, conforme a interpretação dada ao art. 334-9 do Código Civil francês.

Pode-se perceber que, apesar de todos os abrandamentos que o legislador francês trouxe às restrições da lei em relação à filiação extramatrimonial, não foram atingidos de forma absoluta os objetivos do princípio do igualitarismo. Por exemplo, foram mantidas restrições principalmente em nível patrimonial, visando garantir os interesses dos filhos legítimos e o cônjuge, vítima de adultério, em detrimento dos interesses dos filhos ditos "adulterinos". Neste sentido, dispõe o artigo 334, nº 3, do Código Civil que o filho adulterino terá seus direitos sucessoriais reduzidos pela metade quando concorrer com os filhos legítimos do seu genitor ou com o seu cônjuge.

Felizmente, visando extinguir essa discriminação, está em trâmite na Assembléia Nacional francesa um projeto de lei que tem o objetivo de suprimir esta limitação para estabelecer uma verdadeira igualdade de direitos entre os filhos, alinhando a condição sucessorial dos filhos adulterinos e legítimos.[15]

Tratando-se ainda das dicotomias existentes entre o Direito brasileiro e o Direito francês, caberia examinar, mesmo que de maneira sucinta, a ação alimentar francesa que, sendo de fácil acesso, destina-se a contribuir de modo eficiente à manutenção e ao sustento dos filhos que não possuem a filiação paterna legalmente estabelecida.

10. A AÇÃO ALIMENTAR DO DIREITO FRANCÊS: A AÇÃO COM FIM DE SUBSÍDIOS

Quando a criança possui somente a filiação materna legalmente reconhecida, ela tem o direito de entrar com uma ação alimentar contra o suposto pai, que não a reconheceu voluntariamente. Em certos casos, o interessado não preenche os requisitos de admissibilidade para a ação de investigação de paternidade, restando-lhe, então, somente a opção de pedir alimentos.

No Direito francês, a prova da existência de relações sexuais entre a mãe e o suposto pai, durante o período de concepção, serve para possibilitar que uma prestação alimentar seja concedida à criança. Esta foi a maneira encontrada pelo legislador para responsabilizar o homem que não reconheceu o filho e que não contribui de maneira alguma ao seu sustento. A Lei de 3 de janeiro de 1972 criou assim a "ação com fim de subsídios" (*action à fins de subsides*) que, embora pareça muito com a antiga ação de alimentos do Direito francês, trouxe algumas inovações. De fato, essa ação prevista pelo artigo 342 do Código Civil foi concebida como uma forma de compensar a criança que não tem a filiação paterna reconhecida e que não obteve acesso à ação de investigação de paternida-

[15] Projeto de lei apresentado à Assembléia Nacional, em 23 de dezembro de 1991, Projeto nº 2.530, Paris, Assembléia Nacional.

de, em virtude de suas limitações e de sua complexidade, que são semelhantes àquelas previstas pelo Direito brasileiro.

Uma das características peculiares desta ação é que a existência da *exceptio plurium concubentium* (exceção de pluralidade de amantes) durante o período da concepção da criança, não tem o efeito de bloquear o prosseguimento normal da demanda. A mãe tem a possibilidade de nomear todos os "possíveis pais" de seu filho a fim de que seja determinada em juízo qual a paternidade mais provável. Deste modo, cabe ao juiz decidir quem prestará os alimentos à criança.

No Direito pátrio, a alegação da exceção de pluralidade de amantes pode ter o efeito de impedir que a criança obtenha a prestação de alimentos e isso, em virtude da conduta de sua mãe. Enfim, pune-se o filho pela provável conduta "imoral" de sua genitora, sem que seja discutida a probabilidade da existência ou não do laço de paternidade alegado pela mãe.

No sistema francês, excepcionalmente poderá haver a condenação de dois ou mais homens a prestar os alimentos à criança. Neste caso, ficando provada a existência das relações sexuais da mãe com mais de um indivíduo, durante o período legal de concepção e havendo dificuldade em identificar-se qual o genitor da criança, o juiz pode condenar dois ou mais homens a prover o sustento desta. Para configurar-se tal hipótese, é necessário ainda que tenha havido uma falta, como, por exemplo, uma sedução dolosiva, o recurso de violências ou até mesmo a não-utilização de meios contraceptivos.[16] Também é considerada a existência de uma promessa de auxílio financeiro ou de reparação de prejuízos causados à mãe, para que a indenização seja dividida entre dois ou mais homens (artigo 342-3, do Código Civil).

Observa-se claramente que o objetivo da ação com fim de subsídios é não privar de meios de subsistência o filho, por motivos relacionados com a vida íntima de sua mãe, mesmo quando existem dúvidas quanto à existência do laço de filiação. O fundamento indenizatório da ação descarta os argumentos de ordem moral, que não têm o poder de impedir o sucesso da demanda.

Entretanto, a utilidade desta ação é atualmente discutida pela doutrina francesa que prevê o seu desaparecimento, pois se a ação é baseada no risco de paternidade do homem que manteve relações sexuais com a mãe durante o período da concepção, havendo recurso aos exames científicos que permitem a constatação da filiação, não haveria mais a dúvida ou o risco de paternidade.[17] Deste modo, a paternidade poderia ser declarada e a criança teria sua filiação estabelecida de modo completo e seria beneficiária de todos os efeitos jurídicos dela decorrentes, bastando utilizar-se dos exames sangüíneos para comprovação da paternidade.

No estado atual do Direito francês, cabe à mãe decidir da oportunidade de intentar uma ação com cunho meramente alimentar, no caso da ação com fim de subsídios ou optar por aquela que tende a declarar o estado de filiação, a ação de investigação de paternidade. Os motivos de ordem pessoal têm levado as mães a optarem pela ação alimentar, pois obtêm uma ajuda financeira do genitor da criança sem conceder-lhe nenhum direito relativo ao exercício da autoridade parental, direito de visitas ou participação na educação do filho. Igualmente, a ação com fim de subsídios é juridicamente mais acessível e dispõe de celeridade processual, fatos que ainda justificam sua utilidade em detrimento dos inúmeros requisitos e obstáculos existentes para obter-se sucesso em uma ação de investigação de paternidade.

11. As perspectivas de reformas destinadas a facilitar o estabelecimento da filiação extramatrimonial

Embora todos os progressos realizados no âmbito do Direito de Família, tanto na França quanto no Brasil, aos quais tivemos a oportunidade de dedicar uma breve abordagem, restam reformas de grande importância que devem ser concretizadas objetivando proporcionar a todas as crianças o direito de ter a filiação legalmente estabelecida e de usufruir dos mesmos direitos garantidos aos filhos havidos no casamento.

De maneira concreta, trata-se primeiramente da supressão dos pressupostos de admissibilidade para a propositura da ação de investigação de paternidade, admitindo-se que ela seja

[16] Os tribunais têm considerado diversas situações a fim de garantir a prestação da pensão à criança, mesmo que esta tenha que ser dividida entre mais de um homem. Ver a acórdãos: Trib. gr. inst. Bourgen-Bresse, 12 de fevereiro de 1974, Lyon, 29 de janeiro de 1975, Aix-en-Provence, 12 de dezembro 1974, Paris, J.C.P., 1975, IV, p. 6511.

[17] HAUSER, Jean, HUET-WEILLER, Danielle. *Traité de Droit Civil*. *La Famille*: Fondation et vie de la famille. Paris: L.G.D.J, 1989, p. 449.

intentada livremente e com apoio de todos os meios de prova. Deste modo, as ações meramente alimentares não teriam mais utilidade. Este é o objetivo almejado por outro projeto de lei francês que adota um regime de liberdade para a propositura da ação, permitindo a apresentação de toda e qualquer prova que ateste a existência do liame de filiação.[18] Parece ser este o caminho tomado pelo Direito francês, que busca adaptar-se aos princípios fixados pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, particularmente no que concerne o direito de toda criança de conhecer sua origem e de crescer em um ambiente familiar.

No que tange ao Direito brasileiro, este inovou criando a averiguação oficiosa da paternidade, prevista pela Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, a qual atribuiu ao Ministério Público a iniciativa de intentar a ação de investigação de paternidade quando conste apenas a filiação materna no registro de nascimento do menor e, em havendo elementos suficientes que possibilitem obter o reconhecimento da filiação paterna. Esta lei representa um grande passo no sentido de colocar em prática o direito de toda criança ter um pai e uma mãe, e de incumbilos da responsabilidade de criá-la ou, pelo menos, de colaborar com o seu sustento e sua educação.

Espera-se que, num futuro próximo, sejam demolidas as últimas barreiras jurídicas, possibilitando que toda pessoa tenha garantido o direito de conhecer seus genitores e de ter a filiação estabelecida de modo completo. Que o acesso aos avanços tecnológicos para determinação da filiação seja indistintamente proporcionado às pessoas ricas quanto às pobres e assim, na busca da verdade biológica, o princípio da igualdade estará sendo devidamente aplicado. No entanto, com o desejo de reconhecer a todos o direito a uma vida familiar, não poderíamos esquecer de atribuir um expressivo valor à posse de estado de filho, pois quando os laços criados pelo afeto e pela dedicação se asseveram mais importante que os laços sangüíneos, significa que portanto, estes elementos exteriorizam com fidelidade a idéia de laços familiares e devem ser devidamente considerados.

[18] Projeto de lei apresentado à Assembléia Nacional, em 23 de dezembro de 1991, Projeto nº 2.531, Paris, Assembléia Nacional.

Bibliografia

BENABENT, Alain. *Droit Civil: la famille*. Paris: Litec, 1991.

BIOULAC, M.B. "Rapport d'information sur la bioéthique". *Recueil de Jurisprudence Dalloz*. Paris: Dalloz, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto (Direção). *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOTTIAU, A. "Empreintes génétiques et droit de la filiation", *Recueil de Jurisprudence Dalloz*. Paris: Dalloz, p. 271, 1989.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Les enfants nés hors mariage en droit français et brésilien*. Tese de Doutorado. Universidade de Rennes I, Rennes, França, 1993.

BUFFELAN-LANORE, Yvaine. *Droit Civil:* la famille. Paris: Masson, 1989.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos Direitos Humanos:* fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil:* la famille. Paris: PUF, 1989.

CLERGERIE, Jean-Louis. L'adoption d'une Convention Internationale sur les Droits de l'enfant, *Revue de Droit et de Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, p. 435-451, 1990.

CORNU, Gérard. *Droit Civil:* la famille. Paris: Montchrestien, 1991.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

_____(Coordenador). *Comentários à Lei nº 8.560/92:* averiguação oficiosa e investigação de paternidade. Curitiba: Genesis, 1995.

FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. *Direitos de Família e do Menor:* inovações e tendências. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

MENDES, Emílio Garcia; COSTA; Antonio Carlos Gomes. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994 (Série direitos da criança).

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____, *O Novo Direito de Família*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

HAUSER, Jean; HUET-WEILLER, Danielle. *Traité de Droit Civil*. Paris: L.G.D.J., 1989, La Famille: fondation et vie de la famille.

MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent. *Cours de Droit Civil:* la famille. Paris: Cujas, 1987.

MASSIP, J.; MORIN, G.; AUBERT, J.-L. *La Réforme de la Filiation*. Paris: Défrenois, 1976.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. Parte especial, tomo 09: Direito de Família, Direito Parental e Direito Protetivo.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PEREIRA, Caio Mário Silva. *Instituições de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1991, 6 v. v.6: Direito de Família.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 1989. 7.v. v.6: Direito de família

SIQUEIRA, Liborni (Coordenador). *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

THEODORO Jr., Humberto. *Direito de Família.* São Paulo: Leud, 1987.

WALD, Arnoldo. *Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Direito à tutela jurisdicional

GLÁUCIO FERREIRA MACIEL GONÇALVES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito. 3. Direito constitucional à jurisdição. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O direito à tutela jurisdicional guardou, no passado, estreita consonância com a política governante no país. Espelhava a "cara" da nação. Em regime democrático, era valorizado, mas no ditatorial tudo era feito para tolher o acesso da população ao Judiciário, às vezes ao que unicamente podia se recorrer para evitar o grande volume de atos atentatórios ao direito já garantido.

Desta forma, de grande valia para a implementação de um Estado democrático de direito é possibilitar-se à população o acesso à justiça, através do juiz natural constitucionalmente garantido, seja para fazer valer o direito do cidadão frente a um outro particular, seja para controlar e até mesmo anular os atos do Estado, praticados contra a legalidade.

Mas também de nada adianta garantir o direito à tutela jurisdicional sem que o próprio sistema seja modificado, tornando-se mais efetivo. Mister se faz, por outro lado, conscientizar os jurisdicionados sobre seus direitos e aumentar o número de advogados para os necessitados.

2. CONCEITO

Para se chegar a um conceito de direito à tutela jurisdicional, deve-se, primeiramente, vislumbrar a jurisdição, não com uma visão

Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves é ex-Professor substituto de Direito Processual Civil da UFMG, Mestrando em Direito pela UFMG e Assessor de Ministro (STJ).

antiquada, sincretista[1], mas como

> "uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para, imparcialmente, buscar a atuação da vontade do direito objetivo substancial válida para o caso concreto – seja expressando autoritativamente o preceito, seja realizando no mundo das coisas o que o preceito dita."[2].

A jurisdição, como função estatal, tem como objetivo, repita-se, a atuação da vontade do direito objetivo, buscada através da técnica, sendo indevido sustentar que, além do escopo jurídico, a jurisdição está dotada de finalidades sociais e políticas[3]. Os aspectos metajurídicos do processo (em conseqüência, da jurisdição) estão sintonizados na lei material, mas não na lei instrumental.

Destarte, o direito à jurisdição pode ser conceituado como o direito constitucional de o cidadão acionar o Estado, que, através do Poder Judiciário, será chamado a compor uma situação social de conflito, aplicando-se o direito objetivo.

3. Direito constitucional à jurisdição

A Carta de 5 de outubro de 1988 consagrou, no inciso XXXV do artigo 5º, que a *lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

Não se trata de novidade em sede constitucional, eis que já fazia parte dos Textos Constitucionais de 1946 e 1967, contudo com redação e alcances diferentes. A distinção entre estes e o atual reside na ausência, lá, da expressão *ou ameaça*, bem como de ter sido retirada da redação atual a qualificação direito *individual*.

A uma comparação apressada das Cartas Magnas em discussão extrai-se que diferença não há. Todavia, não é bem desta forma. Duas novidades podem ser vistas[4]. A primeira é que não se fala em direito individual, mas somente em direito. Em verdade, o Brasil achava-se atrasado frente aos países do continente europeu, pois enquanto eles se preocupavam, com o correr dos tempos, com os direitos coletivos, aqui tendia-se a tutelar somente direitos individuais. Mas agora, com a nova redação, visualiza-se a proteção de direitos amplos, inerentes aos cidadãos como grupo, advindo, assim, o nascedouro de disposição constitucional sobre os interesses coletivos, difusos e homogêneos. Permite-se, destarte, o controle de legalidade dos atos da Administração, impedindo-a de praticar atos ilegais que firam direitos coletivos.

A segunda novidade trazida com a remodelação do princípio de acesso à justiça está em que se generalizam os chamados juízos preventivos ao mencionar a ameaça a direito. Tal garantia preventiva destina-se a evitar a violação de um direito, como, *v.g.*, o interdito proibitório e o mandado de segurança preventivo. Vê-se, assim, que era destinada à legislação infraconstitucional colacionar os casos de juízo preventivo, não contemplando o ordenamento jurídico brasileiro, até então, um juízo preventivo geral.

Informa Celso Barbi que os juristas, há muito, já pugnavam por esta generalização do juízo preventivo, tendo até sido aprovada declaração neste sentido, à unanimidade, pelo Congresso Internacional de Direito Comparado realizado em Bruxelas, em 1958, *verbis*:

> "É desejável que em todos os países exista a possibilidade de se dirigir aos tribunais, não apenas em caso de violação consumada de um direito ou interesse jurídico, mas também, com as garantias convenientes, quando se tratar de prevenir tal violação, em caso de ameaça objetiva e atual."[5]

Não poderia deixar de mencionar ainda o excelente artigo do eminente processualista fluminense, José Carlos Barbosa Moreira, intitulado "Tutela sancionatória e tutela preventiva", na obra *Temas de Direito Processual – 2ª série* (São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21), que praticamente esgota a matéria posta em mesa.

---

[1] Não se pode deixar de citar a posição de MANDRIOLI, que ainda acredita que a atividade jurisdicional vise à tutela de direitos, "come attuazione, in via normalmente secondaria e sostitutiva, dei diritti sostanziali" (*apud* YARSHELL, *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*, 1993, p. 16).

[2] DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 1987, p. 55.

[3] Reside neste ponto a grande controvérsia entre os ilustres Professores Titulares de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo, DINAMARCO (Cf. *A Instrumentalidade do Processo*) e da Universidade Federal de Minas Gerais, GONÇALVES (Cf. *Técnica Processual e Teoria do Processo*). Para o primeiro, a jurisdição tem escopos jurídicos, sociais, políticos e éticos, enquanto para o segundo, a finalidade é única, jurídica.

[4] BARBI, Celso Agrícola. Garantias Constitucionais Processuais. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte: 1991. v. 33, p. 89.

[5] BARBI, *op. cit.*, 1991, p. 89.

O direito à justiça, ou mais precisamente, direito à tutela jurisdicional é e sempre foi preocupação de todos os Estados, como corolário de sua democracia. E tanto é que está definido no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, como se segue:

> "Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com eqüidade, por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ela dirigida, em matéria penal."

Assim também o artigo 6º, 1, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais assinada em Roma, em data de 4 de novembro de 1950, reza:

> "Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela."

Da mesma forma o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, em seu artigo 14, 1, prescreve:

> "Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei, no tocante a qualquer acusação de caráter penal contra ela formulada ou para a determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil."

No mesmo diapasão também o artigo 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, escrita em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969:

> "Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza..."[6]

Os doutrinadores admitem como o marco do reconhecimento estatal do dever do Estado de assegurar igual acesso à justiça (pelo menos quando as partes já estejam litigando em juízo) o Código Austríaco de 1895, o qual conferiu ao juiz um papel ativo para equalizar as partes[7].

Nos Estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove, o direito de acesso à justiça correspondia a um direito natural, preexistente ao Estado, e refletia a ideologia da época, lastreada na preocupação com direitos individuais. Sendo direito natural, o Estado permanecia passivo, sem nada resolver, transformando o direito à justiça em um direito meramente formal à ação e à defesa, ainda mais levando-se em conta que a justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire* não estava ao alcance do cidadão, pelos seus altos custos. Tratava-se, desta forma, de acesso meramente formal à justiça, e não efetivo, como pretendiam os cidadãos.

Itália e Alemanha, nações onde mais se estudou direito processual neste século, inseriram em seus Textos Fundamentais a garantia em tela, senão veja-se. A Constituição italiana de 1947 defende abertamente o direito à tutela, em seu artigo 24, quando preconiza que:

> "Todos podem agir em juízo para tutela dos seus direitos e interesses legítimos."

Na Carta da Alemanha de 1949, denominada Constituição de Bonn, a garantia está locada em seu artigo 103[8], que prevê:

> "Todos têm o direito de ser ouvidos legalmente perante os tribunais..."

Tiveram o cuidado de inserir nas suas leis fundamentais a garantia nominada também Espanha e Portugal. O artigo 24 da Constituição espanhola de 1978 diz que:

> "Todas as pessoas têm o direito de obter a tutela efetiva dos seus direitos

---

[6] TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 11-12.

[7] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 11.

[8] MIRANDA, Jorge. *Constituição de Diversos Países*. 1979. v. II, p. 379.

e interesses legítimos pelos juízes e tribunais, não podendo em nenhum caso ser denegada justiça."

Já a Lei portuguesa de 1976, com a alteração introduzida pela Primeira Lei de Revisão de 1982, dispõe no artigo 20, 2, que:

> "A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a Justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos."[9]

Ainda recentemente é preocupante a situação do Estado perante o direito garantido de acesso à justiça, pois aquele se mantém igualmente indiferente às realidades do sistema judiciário, em geral.

Devem-se afastar problemas de somenos importância visando a possibilitar o efetivo acesso à Justiça. Primeiramente, mister se faz conscientizar a população que uma gama de direitos e garantias lhe é oferecida, indicando a fonte e explanando acerca de tais direitos. Isso se diz porque de nada adianta a compilação de garantias sem que os jurisdicionados saibam de sua existência.

Em segundo plano, visualizando aqui somente o aspecto político da questão, abstraindo de questões puramente processuais, pugna-se por uma justiça menos onerosa, com real acessibilidade aos desafortunados que dela necessitam. Com efeito, a Justiça é bastante cara. Nisto, a novel Constituição brasileira deu altos saltos; garantiu o direito de certidão aos órgãos públicos independentemente do pagamento de taxas, garantiu assistência judiciária gratuita aos necessitados e traçou as regras básicas para se organizar a Defensoria Pública da União, efetivamente implementada, órgão incumbido de prestar assistência jurídica aos que não têm condições de arcar com honorários de advogado, juntamente com a dos Estados, já há muito organizada.

Assevera-se que há, atualmente, uma forte tendência de todos os processualistas de facilitar em grande monta o acesso à tutela jurisdicional, bem como de utilizar o processo como um instrumento para realização da justiça.

Com relação ao primeiro tópico, a abertura da justiça a todos, indiscriminadamente e sem controle, deve ser vista com restrições, pois, a tal pretexto, vários institutos de processo constitucional podem se desmoronar. O maior risco é que sejam abandonados, por exemplo, o princípio do julgador imparcial, da reserva legal e do contraditório, eis que seria o direito ao acesso à justiça um supraprincípio, onipotente regra.

Theodoro Jr. lembra Enrique Vescovi[10], autor uruguaio que revela sua apreensão com o princípio da celeridade inserido no novo Código Geral de Processo daquela República de 1988, *verbis:*

> "Sin embargo, en la búsqueda de una Justicia rápida no debemos olvidar las debidas garantías procesales. Puesto que habrá un límite en la supresión o disminución de trámites (recursos, incidenciales) constituido por aquellos imprescindibles para garantizar los debidos derechos de las partes en juicio..."

Na Itália, através da Lei de nº 353, de 26.11.90, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1992, profundas alterações foram introduzidas no processo civil, com vistas a imprimir maior celeridade procedimental, diminuindo a duração entre o início do processo e a satisfação do direito lesado. Trata-se de uma lei primorosa, amplamente discutida entre os juristas peninsulares desde a apresentação do projeto ao Senado, em agosto de 1988, pelo Ministro da Justiça Giuliano Vassalli. Procura-se possibilitar o acesso à justiça, satisfazendo melhor o interesse dos jurisdicionados, fazendo-se uma reestruturação do sistema até então deficiente.

No final de 1991, a imprensa escrita e falada noticiou que nos Estados Unidos da América, federação que se prima pela democracia, o setor estatal competente estava atento ao crescimento de demandas, criando a tão criticada, à época, "indústria do litígio", o que fazia a população americana desacreditar na sua justiça. Grande parcela de culpa foi atribuída aos advogados, que ficavam sempre esperando uma situação de desrespeito a direitos para que aproveitassem dela visando a ganhar dinheiro fácil. Criticou-se não o desrespeito a direitos, mas a não-profissionalidade dos causídicos que buscavam desgraça alheia para se promoverem.

---

[9] THEODORO JR., Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: 1990, v. 310, abr./mai/jun., p. 19.

[10] THEODORO JR., Humberto. A garantia do devido processo legal e o grave problema do ajuste dos procedimentos aos anseios da efetiva e adequada tutela jurisdicional, *Revista Jurídica Mineira*. Belo Horizonte, n. 94, mar./abr., 1992, p.11.

Questiona-se também se o processo pode ou não ser realizado como instrumento de justiça. A discussão é infindável e não comporta ser examinada neste sintético trabalho. A *vexata quaestio* está em se admitir escopos sociais e políticos além de jurídicos ao processo[11].

Aroldo Plínio Gonçalves adverte que, quando os argumentos se desenvolvem em nome da justiça ou justiça social, provocam fascínio tal que é difícil barrá-los, notadamente quando vêm revestidos pelo vigor da cultura e pela elegância da forma[12].

Não obstante o fascínio acima mencionado, o processo é melhor tratado como técnica, fazendo presente a sua instrumentalidade, mas instrumentalidade tal que se realize com escopos apenas jurídicos, como já enfatizado, através de procedimentos mais céleres e eficientes, com participação das partes, em contraditório, na formação do provimento.

Uma confusão entre direito de petição e direito à tutela jurisdicional não pode ser feita, pois o primeiro consiste na faculdade de uma ou de um grupo de pessoas apresentar reclamação aos órgãos públicos em defesa de seus direitos. Tucci & Tucci lecionam que, a despeito de possivelmente terem uma origem comum, não se pode "asimilar el deber de impartir justicia que corresponde, en exclusiva, a los órganos judiciales, com el deber de informar, remover obstáculos administrativos, atender reclamaciones en vía de gestión, oír proposiciones o sugerencias, recibir quejas, que caracteriza la acutación de otros órganos del Estado no jurisdiccionales en relación con aquel derecho de petición" (Cf. NOSETE, José Almagro. *Protección procesal de los derechos humanos en España*. RDPrIA 1973 (4):24)[13].

O direito ao acesso à justiça, então, tem sido progressivamente reconhecido como sendo de vital importância numa sociedade democrática, pois através dele tem-se modos de controle de abusos e ilegalidades praticados pelo Estado. Não basta somente sua capitulação nos textos-base, pois perdem sentido os direitos se desprovida fica a população de meios para reivindicá-los.

Mas, neste diapasão, a Lei Magna brasileira de 1988 inovou, graças ao legislador constituinte, eis que armou os jurisdicionados de meios para efetivação dos seus direitos, visando ao tão pedido acesso à justiça.

Pode, portanto, o acesso à justiça ser encarado como o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e equânime que pretenda garantir efetivamente e não apenas proclamar os direitos de todos[14].

4. Conclusão

O direito à jurisdição sempre foi preocupação de todos, pois reflete a ideologia do Estado em determinada época; com a ditadura ele é banido ou restringido no ordenamento jurídico; já com a democracia ele é plenamente assegurado.

Enquanto no Brasil, tendo em vistas os vários anos de ditadura (civil e militar), o direito à tutela jurisdicional somente ganhou foro de constitucional na Carta de 1946 (depois tolhido no governo militar), no estrangeiro ele já era realidade no século passado, seja nas Constituições dos Estados, seja nas declarações de direitos humanos, nas quais aparecia o direito à jurisdição como um direito fundamental do homem.

Bem andou o constituinte de 1988 em fazer constar que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário a *ameaça* a direito e ainda fortalecer o direito coletivo ao invés do direito individual como era costume.

Não basta a outorga do direito à jurisdição sem que a imensa população seja conscientizada da existência deste e de outros tantos direitos e sem que sejam implementados meios para se chegar a uma função jurisdicional.

Afigura-se, destarte, o direito à tutela jurisdicional como um dever-poder do Estado, criando para a entidade política soberana uma obrigação irrecusável para com o jurisdicionado, que passa a ser o centro de tudo, como é o próprio princípio democrático, norteador das atuações da pessoa política.

Bibliografia

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e

[11] Ver nota de rodapé de n. 3.

[12] GONÇALVES, Aroldo Plínio. O Processo como Técnica. *Revista do TRT 9ª Região*. Curitiba, v. 16, n. 2. p. 35, jul./dez. 1991

[13] TUCCI & TUCCI, *op. cit.*, p.11.

[14] CAPPELLETTI & GARTH, *op. cit.*, p.12.

Constituição: o devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito.* Belo Horizonte, v. 23-25, n. 23-25, p. 59-103, 1980-1982.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília, n. 76, p. 97-124, out./dez. 1982.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral das Constituições Escritas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos.* Belo Horizonte, v. 60-61, p. 25-98, jan./jul. 1985.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1984. 408p.

BARBI, Celso Agrícola. Garantias Constitucionais Processuais. *Revista da Faculdade de Direito.* Belo Horizonte, v. 33, p. 87-106, 1991.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O Direito à Defesa na Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1994. 84p.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. 310p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. 168p.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 417p.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 350p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 341p.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale.* 5. ed. Padova: CEDAM, 1989. 711p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo.* Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. 219p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. O Processo como Técnica. *Revista do TRT 9ª Região*. Curitiba, v. 16, n. 2, p. 27-41, jul./dez. 1991.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Novas Tendências do Direito Processual.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. 451p.

GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Teoria Geral do Processo.* 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 320p.

GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *As Nulidades do Processo Penal.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 261p.

LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. Trad. Fátima Sá Correia *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 1993. 861p.

MIRANDA, Jorge. *Constituições Políticas de Diversos Países.* Brasília: Imprensa Nacional, 1975.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994. 255p.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coord. *As Garantias do Cidadão na Justiça.* São Paulo: Saraiva, 1993. 391p.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coord. *O Judiciário e a Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1994. 326p.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo.* São Paulo: Saraiva, 1993. 198p.

THEODORO JR., Humberto. *A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal.* Rio de Janeiro: Aide Editora, 1987. 285p.

THEODORO JR., Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela, no direito processual civil. *Revista Forense.* Rio de Janeiro, v. 310, abr./mai/jun. 1990.

THEODORO JR., Humberto. A garantia do devido processo legal e o grave problema do ajuste dos procedimentos aos anseios de efetiva e adequada tutela jurisdicional. *Revista Jurídica Mineira*. Belo Horizonte, n. 94, mar./abr. 1992.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo.* Regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989. 281p.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 288p.